


KÖPRÜLÜ KÜT.
632

الثاني من شرح الهداية للعيني

٦٢٢



بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب النكاح

اي كتاب في بيان احكام النكاح وقال الكافي النكاح لغة الجمع والضم ومن امثال العرب انكحنا الفرا فسترى … جمعنا بين حمار الوحش والاتان لننظر ما يتولد منهما يضرب مثلا للقوم يجتمعون على امر لا يدرون … ما يصدر عنه وحكى المبرد عن البصريين وغلام ثعلب عن الكوفيين انه عبارة عن الجمع والضم ويستعمل … لوجود الضم فيه ويستعمل في العقد مجازا قال تعالى فانكحوهن باذن اهلهن وقال تعالى وانكحوا … والعقد موقوف على الاذن لا الوطء ووطء الايامى من نسائهم واحوالهم حرام عليهم وفي شرح قاضي … النكاح في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد وقال الشافعي رحمه الله انه في الشرع عبارة عن العقد لا … تعالى حيثما ذكر في القرآن اراد به العقد وهذا لا يصح لانه تعالى قال الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة … وقال حتى اذا بلغوا النكاح اراد به الوطء بالاجماع وفي شرح الاسبيجابي النكاح لغة الجمع المطلق وشر[عا] … بشرائطه وقال فخر الاسلام النكاح العقد الشرعي وقد يراد به الوطء ثم قيل انه حقيقة في الوطء … بمعنى الضم فيه حقيقة ولا يجوز ان يكون حقيقة في العقد لانه يؤدي الى الاشتراك وهو خلاف … ورد عليه محو اهل اللغة وفي المبسوط النكاح لغة الوطء ومنه قول الفرزدق التاركين على طهر نساءهم وا[لناكحين] بشطي دجلة البقرا يهجو بذلك قوما وقال عليه السلام ناكح البهيمة ملعون وقال المطرزي ثم … الزوج نكاح لانه سبب الوطء ولما فرغ عن بيان العبادات في بيان المعاملات لانها مالية لها ادلها … وجود العبادة والبقاء بالكسب الحلال والكسب يتوقف على معرفة العبادات فان النكاح … الانبياء والمرسلين وفيه تحصين نصف الدين وقد تواترت الاخبار والآثار في توعيد من رغب عنه … عن من رغب فيه قال عليه السلام النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني الحديث رواه ابن ماجه من رواية … ابن ميمون عن القاسم عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام الدنيا متاع وخير … الدنيا المراة الصالحة رواه مسلم والنسائي وابن ماجه من حديث عبد الله ابن عمرو بن العاص وقال عليه … م اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذي من حديث ابي ايوب عن النبي … الله عليه وسلم وقال الترمذي حديث حسن غريب وقال عليه السلام لعكاف ابن وداعة الهلالي هل لك ز… قال لا قال ولا جارية قال ولا جارية قال وانت موسر قال وانا موسر قال انت اذا من اخوان الشياطين … سنتنا النكاح شراركم عزابكم هكذا نقله الشروحي ثم قال رواه احمد ابن حنبل في مسنده وابو … بد البرودي رحمه الله في الفائق وزاد فان كنت من رهبان النصارى فالحق بهم وان كنت منا فمن سنتنا … انتهى قلت نقله شيخنا زين الدين العراقي رحمه الله في شرحه للترمذي وقال وحديث عكاف رواه ابو … العقيلي في تاريخ الضعفاء باسناده الى عطية ابن بسر الهلالي عن عكاف ابن وداعة الهلالي انه اتى النبي … الله عليه وسلم فقال يا عكاف الك امراة قال لا جارية قال لا قال وانت صحيح موسر قال نعم قال … اذا من اخوان الشياطين اذ كنت من رهبان النصارى فالحق بهم وان كنت منا فان من سنتنا … ح ان … واعزاب المتزوجين هم المبرؤون من الخنا ان الشياطين تمرسون والذي نفسي بيده … الشياطين سلاح ابلغ وقال بعضهم الغد في الصالحين من الرجال والنساء من ترك النكاح يا ابن و… الا المتزوجون صواحب ايوب وداود ويوسف وكرسف قال بابي يا رسول الله وما كرسف فقال رجل … على ساحل البحر خمس مائة عام وقال بعضهم ثلاثمائة عام تقوم الليل وتصوم النهار ثم انه … اعجبته فتبعها وترك عبادة ربه وكفر بالله فتداركه الله عز وجل بما سلف فتاب عليه قال … بي يا رسول الله زوجني قال قد زوجتك باسم الله والبركة زينب بنت كلثوم الحميرية وقال … عكاف ابن وداعة الهلالي امره النبي صلى الله عليه وسلم بالزواج وله قوي ثم قال شيخنا ز… ن رواه احمد في مسنده قال حدثنا عبد الرزاق انا محمد بن راشد عن مكحول عن رجل عن ابي ذر … دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل يقال له عكاف ابن بشر التميمي فقال له النبي صلى الله عليه … يا عكاف هل لك من زوجة … وساق الحديث بتمامه وروى البيهقي من حديث ابي امامة قال قال … رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجوا فاني مكاثر بكم الامم ولا تكونوا كرهبانية النصارى

وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رضي الله عنه قال لو لم يبق من الدنيا الا يوم واحد لبعث الله بزوجة فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول شرار… وروى البغوي في معجم الصحابة من حديث ابي نجيح قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من … ينكح فلم ينكح فليس منا وابو نجيح هذا ذكره البغوي وابن عبد البر في الصحابة وروى الطبراني … بي موسى … قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الله لا يحب الذواقين والذواقات وقال الكاكي قال عليه السلام تزوجوا فان يوما من التزوج خير من عبادة الف سنة … له صاحب الفردوس وبهذه الاحاديث احتج الظاهرية حيث قالوا النكاح فرض عين … قدر على الوطء والانفاق يأثم بتركه واختلف اصحابنا فقيل هو فرض كفاية وبه قال بعض اصحا… رحمه الله وقيل مستحب وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقيل سنة مؤكدة وقال بعضهم … الكفاية وفي المبسوط النكاح مسنون مستحب في قول جمهور العلماء وفي المحيط سنة مؤكدة … ح قول من قال انه فرض كفاية عند المتاخرين من مشايخنا وقيل هو قول الكرخي وفي البد… فرض حالة التوقان وخوف الوقوع في الزنا بلا خلاف وفي المبسوط لا يسعه تركه حينئذ … في النكاح سنة يعني في حالة الاعتدال وعند التوقان يجب وهو عليه السهو وقالوا حالة … لانه لا تظهر المصالح المطلوبة في النكاح في حالة الجور فان قلت روى عن حذيفة رضي الله عنه … اذا كان سنة خمس ومائة فلان يربي احدكم جرو كلب خير له من ان يربي ولدا قلت قال ابن … وضعفها لا يثبتها من رواية ابي عاصم رواد ابن الجراح العسقلاني لا يحتج به وبان وضعهما … يجعل الناس ما فيهما من ترك النسل لبطل الاسلام والجهاد والدين وغلب اهل الكفر فظهر كذ… بلا شك انتهى كلامه م النكاح ينعقد بالايجاب والقبول ش اراد بالنكاح ينعقد العقد … الذي يوجب حل المراة بنفسه وانما قيل بنفسه احترازا عن البيع فانه يوجب حلها بواسطة … رقبة يقال عقد الحبل اذا ضم احد طرفيه بالاخر وهو الوصل ومنها عقد النكاح والانعقاد … احدهما فتصير كلام احد العاقدين منضما الى الاخر حكما وتحصل به كتب شرعي له اثار مخصوصة … وجود الشرائط واراد بالايجاب اخراج الممكن من الامكان الى الوجود على ما هو المعروف عند … الا الايجاب الذي يعاقب بتركه وقولنا زوجت وتزوجت الة انعقاده وقوله ينعقد بالا… اشارة الى هذا لان الباء تدخل على الالة كما يقال قطعت بالسكين وكتبت بالقلم وكذا قولهم البيع … يعنون به المعنى الشرعي الذي يوجب الملك في المحل م بلفظين ش قيد باللفظين ليخرج الكتـ… لو كتب رجل على شيء لامراة زوجيني نفسك فكتبت المراة على ذلك الشيء عقيبه زوجت نفسي منك لا … اح وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك واحمد رحمهما الله م يعبر بهما ش اي عن … عبارة البيان م عن الماضي ش اي عن صيغة الفعل الماضي بان تقول المراة زوجت نفسي … ول الرجل قبلت م لان الصيغة وان كانت الاخبار وضعا ش اي صيغة الماضي للاخبار في اصل … لان الاخبار اظهار ما كان او سيكون لا الاثبات ما لم يكن فان قولك قمت لا يوجد القيام … زوجت لا يثبت التزوج وضعا ولغة م فقد جعلت ش اي الصيغة م للانشاء شرعا ش … شرع لان الانشاء اثبات امر لم يكن وانما جعلت الشارع دفعا للحاجة ش فان الحاجة كانت … الجاهلية وكانت لهم انكحة معتبرة قال عليه السلام ولدت من نكاح ولم اولد من سفاح … الشارع وانما اختير لفظ الماضي للانشاء لانه يقتضي سبق الوجود فيكون ادل على الوجوب … ودعقاله والفرق بين الانشاء والاخبار ان الانشاء سبب لمدلوله ولان الانشاء لا يحتمل الـ… لتكذيب والاخبار يحتملهما م وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل … الا ان شطر الانعقاد بالماضي والمستقبل مثل ان يقول الرجل اي اتزوجك وقالت المراة … سي منك فيل يصح النكاح ويكون لفظ المستقبل كالماضي تبعا للماضي وما ورد في الكتاب … لدم مثل ان يقول ش الرجل م زوجني فيقول ش اي المراة م زوجتك ش قال حميد الدين … تحيح لان قوله زوجني توكيل فلا يكون شطر العقد قال والنظر الواضح ما قلنا ويجاب بان الواحد … طرفي العقد في النكاح دون البيع وهو معنى قوله م لان هذا ش اي قوله زوجني م توكيل با… واحد يتولى طرفي

النكاح على ما نبينه [illegible] الله تعالى ش واراد بطرفي النكاح الايجاب والقبول قوله على ما نبينه اي في فصل
الوكالة والحاصل انه بقوله زوجتك بمنزلة الايجاب والقبول والوكيل بمنزلة شخصين والواحد يتولى
طرفي العقد في النكاح [illegible] لكن قوله زوجتك لا يكون بمنزلة شطري العقد الا بقوله زوجني لانه به
يصير وكيلا فصار كانه شطر العقد بخلاف البيع فانه لا يتولى فيه الواحد طرفي العقد الا الاب
والجد [illegible] استحسانا والفرق بين النكاح والبيع اي الحقوق في البيع تتعلق بالوكيل والوكيل في النكاح ليس
كذلك لانه لا يطالب بتسليم المهر ولا غيره وفي شرح الاسبيجابي قدرة الزوج على الرد يفضي الى الاضرار
بها والحاق العار والشنار [illegible] سيما لانهم اذا اوجبوا العقد عند قوله زوجني بان قال الولي زوجتك
مثلا ولو لم يتم العقد [illegible] جاز للزوج ان يرجع ويلحق بالولي عار وشنار وهذا الاعجوز لانه يقال
زوجه بغتة فلم يقبل [illegible] في البيع فانه لا عار فيه [illegible] ولذا لو قال الزوج جئتك لتزوجني ابنتك
او جئتك خاطبا ابنتك [illegible] قال الاب قد زوجتك صح النكاح ولزم وكذا لو قال لامراة اتزوجك على الف درهم
فقالت قد تزوجتك على ذلك صح لان النكاح لا يحضره الشهود وفي خزانة الاكمل اتزوجك بكذا او خطبتك
على كذا فقالت قد زوجتك نفسي صح وهو استحسان بخلاف البيع والخلع ذكره السرخسي وفي المرغيناني
ينعقد بقوله زوجتني [illegible] قبلت او قال اتزوجك فقالت قد قبلت ولو قال خطبتك بالف
فقالت زوجت نفسي منك كان نكاحا وفي خبر مطلوب عن ابي حنيفة رحمه الله قال زوجني ابنتك
فقال قد زوجتك صح قال زوجني [illegible] بنتي بالف فقال قبلت وسكت عن المهر صح وان قال قبلت ولا
اقبل المهر لا يصح لانه رد وعن ابي نصر الكبير يصح لان المال في النكاح تبع وقال المرغيناني قال زوجني
ابنتك فقال ارفعها [illegible] حيث شئت بحضرة الشهود لا ينعقد وقال الامام محمد بن الفضل
ينعقد قال زوجت ابني ولم [illegible] لي هذا فقال ابو الصغير قبلت يقع للاب الا ان يقول قبلت
او اشتريت صح وان لم يقل بعت منه اذا كان بينهما مقدمات البيع قال تزوجتك على هذا ان اجاز ابي
او رضي فقال قبلت لا يصح ولو كان [illegible] حاضرا في المجلس فقال اجزت او رضيت جاز ولو قال زوجت
نفسي منك فقال قبلت جاز وفي الكبرى [illegible] صرت امراة لي فقالت نعم او صرت اختيار المشايخ انه ينعقد
وفي جوامع الفقه لو قال [illegible] زوجني بحضرة الشهود لا يصح على المختار بينه وبين الله ولو قال تزوجتك
ان رضيت او رضي فلان وهو في المجلس فقالت رضيت او قال رضيت جاز وفي القنية فامر احد الزوجين
قبل القبول بطل وفي بطلان البيع [illegible] وفي البدايع والفور في القبول ليس بشرط عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله له بنت واحدة فقال زوجتك بنتي صح وان كانت له بنتان لم يصح تزوج حاضرة منتقبة
لم يعرفها الشهود ولم يذكر اسمها [illegible] لا يجوز الا عند نصر له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي عايشة
لم يصح الا ان يقول عايشة هذه لان [illegible] الاسم لغو في المشار اليها تزوج امراة في بيت فقبلت وليس معها
غيرها فسمعوا كلامها صح وان كان معها غيرها لم يصح الا اذا عرفوا كلامها سميت في الصغر باسم وفي
الكبر باسم زوجت بالاعرف قال زوجت نفسي بعد انقضاء عدتي لا يصح وكما لا يصح تعليق النكاح
بالشرط لا يجوز اضافته الى وقت مستقبل له بنتان ايم وذات زوج فقال زوجتك بنتي ولم
يسمها صح زوجت نفسها [illegible] يقل شيئا بل دفع اليها المهر في المجلس فهو قبول قاله برهان الدين
السمرقندي [illegible] برهان الدين صاحب المحيط وقال القاضي بديع الدين لا ينعقد قالت لامراة السلام
عليك يا زوجي فقالت [illegible] عليك يا زوجي لا ينعقد ذكره علي السعدي ويصح نكاح الهازل
وبه قال ابن حنبل وهو المشهور من مذهب مالك ذكره في الذخيرة قال عليه السلام ثلاثة جدهن جد
النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي وهو حجة على الشافعي رحمه الله في النكاح قلت رواه ابو
داود ايضا وفيه الرجعة [illegible] الهازل ونكاحه ورجعته مؤاخذ به ولا يلتفت الى قوله كنت
هازلا ولا بد من [illegible] بينه وبين الله عز وجل وقد ذهب بعض المالكية الى ان نكاح الهازل
غير صحيح فقال علي [illegible] منهم لا يجوز نكاح هزل ولا لعب ويفسخ قبل البنا وبعده
وعن ابن القاسم [illegible] قال ابو بكر بن اللباد منهم انه صحيح لازم وقال شيخنا زين الدين وهو قول عامة
العلماء وروي ذلك عن علي وابن مسعود وعطا وهو قول ابي حنيفة والشافعي رضي الله عنهم اجمعين
م وينعقد ش [illegible] النكاح م بلفظ النكاح ش بان يقول انكحني فيقول انكحتك وفي بعض النسخ

بلفظ

بلفظ الانكاح بان يقول انكحني ابنتك فيقول انكحتك م والتزويج ش اي وبلفظ التزويج نحو تزوجني
فيقول تزوجتك م والهبة ش اي وبلفظ الهبة بان يقول هب لي نفسك فيقول وهبت او يقول
لابيها هب لي بنتك فيقول وهبت م والتمليك ش اي وبلفظ التمليك بان يقول ملكيني نفسك
فيقول ملكت م والصدقة ش اي وبلفظ الصدقة بان يقول تصدقي لي نفسك فيقول تصدقت
وبهذا كله قال مجاهد والثوري والحسن بن صالح ومالك وابو ثور وابو عبيد وداود وفي المبسوط
والمحيط الالفاظ التي ينعقد بها النكاح نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ النكاح والتزويج عرفا
وشرعا وكناية ثلاثة انواع ما ينعقد به وما لا ينعقد به وما اختلف فيه اما الاول فالتمليك
والهبة والصدقة ونحوها والثاني الاحلال وهو ما لا ينعقد به الاحلال والاباحة والتمتع والخلع
والاقالة والاجارة بالراي والرضى والشركة والاعتاق والكتابة والولاء والايداع والثالث
ما اختلفوا فيه البيع والشراء لو قال بعتك نفسي او قال الاب بعتك ابنتي بكذا او قال الرجل اشتريتك
بكذا فاجابت بنعم اختلف فيه المشايخ وكان ابو القاسم البلخي يقول بجوازه واليه اشار محمد في كتاب
الحدود وقال اذا زنى بامراة ثم قال تزوجتها او اشتريتها فسوى بينهما وقال يسقط عنه الحد
فيهما لجعله دعوى النكاح وهو رواية ابي رستم عن ابي حنيفة وهو الصحيح ذكره في الذخيرة
وغيره وقال [illegible] ابو بكر الاعمش لا ينعقد بلفظ البيع وفي جوامع الفقه وينعقد النكاح بكل لفظ
شرع لتمليك العين بغير بدل اذا ذكر معه المهر كالبيع والهبة والصدقة وان لم يذكر المهر ينعقد
بالنية وفي البدايع والتحفة ينعقد النكاح عند الكرخي بلفظ الاجارة والاعارة وعند عامة
الاصحاب لا ينعقد بهما وفي القرض قيل لا ينعقد وقيل ينعقد به لانه يفيد ملك الرقبة للمستقرض
وفي المرغيناني ينعقد على قياس قول ابي حنيفة ومحمد لانه يفيد الملك عندهما بالقبض وبلفظ
السلم قيل لا ينعقد وقيل ينعقد به لانه يفيد ملك الرقبة وينعقد السلم في الحيوان حتى لو قبضه
ملكه ملكا فاسدا واختلفوا في الصرف قيل لا ينعقد وقيل ينعقد ولا ينعقد بالوصية
وعن الطحاوي رحمه الله ينعقد وفي الاكمل من اختلاف المشايخ وقال الجرجاني لا ينعقد بالاقالة
لانها موضوعة للفسخ وكذا الصلح لكونه لاسقاط الحق لا لانشاء العقد وقال السرخسي ينعقد
بلفظ الصلح والعطية وروى بشر عن ابي يوسف انه ينعقد بلفظ الرد صورته طلق امراته ثلاثا
فقالت رددت نفسي عليك بكذا كان نكاحا اذا قبله وفي الذخيرة قال اتزوجك متعة
وفي الهاروني انه عنده ينعقد ويلغو لفظ المتعة وفي المنتقى اتزوجك متعة فهو باطل وفي المرغيناني
استمتع بك [illegible] لا ينعقد الا اذا كانا لا يعيشان الى تلك المدة [illegible] كما في سنة وثلاث مائة سنة
لانه مؤبد حكما وقال المرغيناني النكاح لا ينعقد بالجعل قال في الذخيرة هذا ليس بصحيح وفي نوادر
ابن رستم عن ابي يوسف اذا قالت المراة لرجل جعلت نفسي لك بالف بحضرة الشهود فقال قبلت
يكون نكاحا ولو عقدا بلفظ لا يفهمان بكونه نكاحا ولا يعلمان به اختلف المشايخ فيه م
وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج ش وبه قال احمد وهو قول سعيد بن المسيب
وعطا والزهري م لان التمليك ليس حقيقة فيه ش اي في النكاح او في التزويج لانه لو كان حقيقة
فيهما يلزم الترادف وهو خلاف الاصل م ولا مجازا عنه ش اي عن النكاح او التزويج لان المجاز تقتضي
المشاكلة في المعاني ولم توجد م لان التزويج للتلفيق ش يقال زوجت بين ثوبين ولفقت
احدهما بالاخر الا فقت بينهما بالخياطة ويقال احاديث ملفقة اي ضم بعضها الى بعض م والنكاح
للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا ش ولهذا الواطي منكوحة يفسد النكاح
ولو كان بينهما ملائمة لما فسد م ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة ش [illegible] تمليك الرقبة سبب
لملك المتعة اذا صادف محل المتعة لا وصلة اليه وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية
طريق المجاز وقيد بقوله م في محلها ش اي في محل المتعة احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت
الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست محلا لملك المتعة م بواسطة ملك الرقبة ش يتعلق
بقوله التمليك سبب لملك المتعة م وهو الثابت ش اي ملك المتعة هو الثابت م بالنكاح ش فكان
بينهما اتصال باعتبار السبب م والسببية طريق المجاز ش وان لم يكن ابدا لا من جهة المعنى

معنى الاستعارة فيكون من باب اطلاق السبب على المسبب قال الاكمل واعترض بان ملك الرقبة
اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح به واجيب بان افساد النكاح ليس من حيث
تحريم الوطي لا محالة ام من حيث ابطال ضرب مالكيته لها في مواجب النكاح في طلب القسم ووجوب
النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحسد لا منافاة بين مالكيته وسببه فجازت الاستعارة
م وينعقد ش اي النكاح م بلفظ البيع ش بان قالت المراة بعتك نفسي او قال الاب بعت ابنتي
منك بكذا او لذا بلفظ الشرا بان قال اشتريتك بكذا فاجابت بنعم م هو الصحيح ش يعني انعقاد
النكاح بلفظ البيع هو الصحيح واحترز به عن قول ابي بكر الاعمش فانه قال لا ينعقد بلفظ
البيع وقد ذكرناه عن قريب م لوجود طريق المجاز ش لان الملك سبب ملك المتعة في محله فيجوز استعارته
م ولا ينعقد بلفظ الاجارة ش بان تقول امراة اجرت نفسي منك بكذا او يقول الاب اجرت ابنتي
بكذا ونوى به النكاح واعلم الشهود الذين حضروا ذلك فانه لا يجوز م في الصحيح ش احتراز عن قول
الكرخي فانه قال الا جوزنا والنكاح لا ينعقد الا موبدا وبينهما مغايرة على سبيل المنافاة فلا
يصح الاستعارة م ولا بلفظ الاباحة ش اي ولا ينعقد النكاح ايضا بلفظ الاباحة والاحلال
والاعارة لما قلنا ش انه ليس بسبب للملك اما الاباحة والاحلال فان من احل او اباح طعاما
لغيره لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح واما الاعارة فانها تمليك المنفعة بغير عوض فلا توجب ملكا
ليستفاد به ملك المتعة م ولا بلفظ الوصية ش اي ولا ينعقد ايضا بلفظ الوصية بان يقول
الاب اوصيت لك بابنتي م لانها ش اي لان الوصية م توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ش فلا
مناسبة بينهما فلا يصح الاستعارة وعن الكرخي لو قال الاب اوصيت لك بابنتي الان ينعقد او قال
اوصيت لك بضع ابنتي في الحال بكذا وقبل الاخر ينعقد النكاح واعلم ان الاعتبار بهذه
الالفاظ ينعقد شبهة فيسقط به الحد ويجب به الاقل من المسمى ومن مهر المثل عند الدخول
كذا في المبسوط م ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين ش الشهادة في النكاح شرط عندنا
وهو مذهب سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن البصري وابراهيم النخعي وسفيان الثوري
والاوزاعي وقتادة والشافعي واحمد حكاه ابن المنذر في الاشراف وقال عبد الرحمن ابن مهدي
ويزيد بن هارون وعبيد الله بن الحسن وابو ثور يجوز بغير شهادة وجوزه ابن عمر بغير شهود وكذا
فعل الحسن بن علي وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال ابن ابي ليلى وعثمان البتي ذكره السرخسي رحمه الله
وقالت طائفة يجوز بغير شهود اذا اعلنوه وهو قول الزهري ومالك واهل المدينة ثم انه يريد جواز
شهادة الشاهدين بوصفيهما بقوله م حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامراتين ش
سواء كانوا م عدولا او غير عدول او محدودين ش اي او كان الشاهدان محدودين م في القذف ش ثم
بين ما في هذه الاوصاف للشهود ما فيه من الخلاف والتعليل م قال ش اي المصنف م اعلم ان الشهادة
شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا نكاح الا بشهود
ش هذا غريب بهذا اللفظ وينبغي ان يستدل بما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث الزهري
عن عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له
قال ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر قال الاكمل واعترض بانه خبر واحد فلا يجوز تخصيص
قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره من الايات واجاب الامام فخر الاسلام بان هذا
حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى قلت هذا فيه نظر لانه
خفي م وهو ش اي الحديث المذكور م حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ش هذا
الحديث لم يثبت بهذا اللفظ كيف يكون حجة على مالك نعم حديث عايشة المذكور حجة عليه واحتج
مالك بما رواه الترمذي حدثنا احمد بن منيع عن يزيد بن هارون عن عيسى بن ميمون عن القاسم
عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال وقال حسن غريب
وعيسى بن ميمون يضعف في الحديث ولئن سلمنا صحة هذا الحديث فنقول الاعلان يحصل بحضور الشاهدين
ولو شرط كتمانه للعقد مع حضور شاهدين صح العقد عندنا وبه قال الشافعي رحمه الله والخطابي

وابن المنذر والظاهرية وقال مالك يفرق بينهما م ولا بد من اعتبار الحرية فيهما ش اي في الشاهدين
م لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ش والشهادة من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن
نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما
ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبد لان الولاية لا مدخل لها في هذه الحالة
واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمراده هنا وانما المراد بها الولاية القاصرة لتعظيم
خطر امر النكاح لاشتراط اصل الشهادة م ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ش اي
بدون العقل والبلوغ ولا خلاف في اشتراطهما في الشاهد وانما الخلاف في وصف الذكورة والعدالة على
ما ياتي عن قريب ان شاء الله تعالى م ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر
على المسلم ش يعني انه من باب الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به
الاداء حين يكون الولاية شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان الشهادة وظيفة الشاهدين انما كانت لتعظيم
ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار م ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين
ش وبه قال الشعبي وداود واصحابه واختاره ابن حزم وجوزه بشهادة اربع من النساء وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله ش فان عنده لا يجوز فيه شهادة النساء لظاهر قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل اي لفظ شاهدين يقع على ذكرين او على ذكر وانثى والثاني غير مراد بالاجماع فتعين الاول
ولنا ان شهادة النساء حجة اصلية بالنص لكن فيه نوع شبهة باعتبار صورة البدلية والنكاح مما
يثبت بالشبهات م وسيعرف ش اي خلاف الشافعي رحمه الله م في الشهادات ان شاء الله تعالى ش بانه و
بيان خلاف الشافعي رحمه الله في كتاب الشهادات وسيجيء ان شاء الله تعالى م ولا يشترط العدالة ش اي
في شهود النكاح م حتى ينعقد ش اي النكاح م بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ش فانه
ينعقد بحضرة الفاسقين وبه قال احمد وقال امام الحرمين في النهاية لا ينعقد بحضور الفاسقين
لان الشهادة فيه معقول المعنى وهو صون العقد عن الجحود لان العقد لا يثبت بشهادتهما انتهى
هذا باطل بالمستور بل انه لا يثبت بشهادتهما عند الجحود ويصح العقد بحضورهما وما بين الزوجين
وبينهما على الاصح ولا يثبت بهما م له ش اي الشافعي م ان الشهادة من باب الكرامة ش لقوله عليه السلام
اذا لقيت الفاسق فالقه مكفهرا لان كلامه محتمل للصدق والكذب ولا يترجح صدقه لعدم عدالته
اذ العدالة هو المرجح على ما عرف فاذا فات المرجح بقي محتملا فلا يصلح حجة م ولنا انه ش اي الفاسق م
من اهل الولاية ش لاسلامه م على نفسه م فيكون من اهل الشهادة ش لانه اذا كان من اهل الولاية
على نفسه يكون على غيره وهي الشهادة م وهذا ش اشارة الى الجواب عما يقال الولاية على نفسه ولاية
قاصرة لا نسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة لانها متعدية الى غيره
وتقرير الجواب ان يقال هذا الذي قلنا ان الفاسق من اهل الشهادة لانه من اهل الولاية م لانه
ش اي لان الفاسق م لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه ش اي لكونه مسلما م لا يحرم ش اي الولاية م على
غيره ش وهي الشهادة م لانه ش اي لان كونه اهلا للولاية على غيره م من جنسه ش اي من جنس كونه
اهلا للولاية على نفسه وقيل الضمير في لانه للمشهود اي لان المشهود عليه من جنس الفاسق من حيث
ان كل واحد منهما مسلم لانه اي لان الولاية على ما قيل المذكور م ولانه ش اي ولان الفاسق م صلح مقلدا
ش بكسر اللام اي سلطانا وخليفة فان جمهور الائمة بعد الخلفاء الاربعة لم يخلوا عن فسق كالحجاج ونحوه
فالقول بالخروج عن الامامة بالفسق يفضي الى فساد عظيم فاذا كان كذلك م فيصلح مقلدا ش بفتح
اللام اي قاضيا وحاكما م فكذا شاهدا ش اي فكذا يصلح شاهدا لان الشهادة والقضا من واد واحد
قال الاكمل في عبارته تسامح لانه يفهم منه ان يكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضا
وقد ذكر في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضا مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالواو
كان احسن لا يقال يجوز ان يكون مرتبا على مقلدا بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة
من اهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب ان مبنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية اعم

ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عامة الضرر او خاصته اولى الترتيب على هذا الوجه غير خاف الصحة
ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكانت
الولاية قاصرة الكافر اسهل باسلام والمحدود في القذف من اهل الولاية ش نظرا الى الاسلام م فيكون
من اهل الشهادة تحملا ش يعني من حيث تحمل الشهادة لا من حيث الاداء وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم
شهادة نهي عن القبول وهو يعتمد وصف الاداء لا اصل الشهادة اذ النهي عن قبول الشي يقتضي
تحقق ذلك الشي وفوت الثمرة لا يدل على فوت الاصل كشهادة العميان وقال ابن المنذر واجازا بوا
حنيفة واصحابه بالعميين او محدودين في القذف او فاسقين المجمع على رد شهادتهما واطلق شهادة
العبدين وقد اختلفوا في شهادتهما واجاب عنه السروجي وقال اما الجهالة واكثر تخليطه مما لا يعرفه
والمراد بالمحدودين التائبين الا فلا فايدة بذكرهما مع ذكر الفاسقين وشهادتهما مقبولة عند جماعة
من العلما بعد التوبة منهم الشافعي رحمه الله والفاسق له شهادة حتى لو حكم به حاكم نفذ حكمه قال اسعد
ان حاكما فاسقا نبيا فتبينوا الامر بالتثبت والتبيين لم يامرنا بالدفع والرد بخلاف العبدين فان الشهادة
من باب الولاية اذ فيها الزام على الغير والعبد ليست له ولاية على نفسه فكيف تثبت ولايته على غيره وقد
وقد جازف في نقل الاجماع في رد شهادة المذكورين قال وليس يثبت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر قال وكان يزيد ابن هرون يعيب على اصحاب
الراي ويقول امر الله في البيع ولم يامر بالاشهاد في النكاح وزعم اصحاب الراي ان البيع بدونه جائز
والنكاح بدونه فاسد وقال السروجي جهله اعظم من جهل ابن المنذر لان الاية قاطعة فيما ان
الامر في الاشهاد على التبايع امر استحباب ويزيد ليس له من الفهم الا التعلق بالصور دون
المعاني وجمهور العلما واهل الفتوى على اشتراط الاشهاد في النكاح وطعنه هذا طعن على الذين
ذكرناهم شيئا مضى عن قريب ولا يخص ابا حنيفة واصحابه انتهى قلت قوله وليس يثبت عن رسول
صلى الله عليه وسلم في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر يرده ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث
عايشة رضي الله عنها وقد مر عن قريب م واما فاتت ثمرة الادا ش جواب عما يقال ان المحدود
في القذف اذا كان من اهل الولاية فينبغي ان يكون شهادته متعدية وليست كذلك فاجاب
بقوله وانما الفايت ش اي من شهادة المحدود في القذف م ثمرة الادا ش اي اداء شهادته م بالنهي
الجزئية ش لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا م ولا يبالي ش بصيغة المجهول م بفواته ش
اي بفوات ثمرة الادا او اعادة الضمير اما باعتبار المذكور واما بالنظر الى لفظ الادا م كشهادة
العميان ش فان النكاح ينعقد بشهادتهم بالاجماع ولا تقبل عند الادا بالاجماع م وابني العاقدين
ش اي وكما في شهادة ابني العاقدين فان النكاح ينعقد بشهادتهما بالاجماع ولا تقبل شهادة الادا
بالاجماع فروع في المشكلات وينعقد بشهادة الاخرس والمغفلين وابني الزوج وابني
الزوجة وابنيهما وفي المغني وفي شهادة عدوين وابني الزوجين وابني الزوجة وجهان
واختار الانعقاد ابو عبد الله بن بطه ولا ينعقد عند الجماعة بالعبدين والمكاتبين والمدبرين
والصبيين والاصمين وفي الكني لا ينعقد بشهادة اصمين ولا بشهادة اخرسين وفي شهادة
المراهقين احتمال وفي الشهاية واجمعوا على انه لا ينعقد بشهادة الاصمين وفي الذخيرة ولا ينعقد
بشهادة النايمين لا يسمعان كلام العاقدين وفي قنية المنية ينعقد بهما وهو الاصح م وان تزوج
مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف ش سواء كانا موافقين في دينهما او
مخالفين م وعند محمد وزفر لا يجوز ش وبه قال الشافعي واحمد رحمهما الله وفي بعض النسخ وقال محمد
وزفر لا يجوز وقالت الملايكة لا تجوز انكحة الكفار فاسدة مع انه لا ولاية للكافر على الكافر صحيحة عندهم
والشهادة ليست بشرط عندهم والاسلام يصححها عندهم م لان السماع ش اي سماع كلام العاقدين
من الايجاب والقبول م في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم ش بالاتفاق م فكانهما ش
اي فكان الذميين م لم يسمعا كلام المسلم ش اي بطريق الشهادة وشرط الانعقاد سماع الشاهدين
شطري العقد ولم يوجد فصار كانهما سمعا كلام المراة دون كلام الزوج فلا ينعقد كما لو لم

بسمعا

يسمعا كلامهما او كلام الزوج وذلك ان سماع من لا شهادة له يكون وجوده كعدمه كما في العبد م
ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك اي
ملك المتعة م لورود ش اي لورود الملك م على محل ذي خطر ش فيشترط الشهادة تعظيما للابضاع
فيكون الرجل هو المخاطب بالشهادة لاجل انه يتملك البضع الا ترى انه عليه السلام كان مخصوصا
بالنكاح بغير شهود م لا على اعتبار ش اي لا يشترط الاشهاد على اعتبار م وجوب المهر ش لها عليه
م اذ لا شهادة يشترط لزوم المال ش لان ايجاب المال يصح بلا شهود كالبيع وغيره م وهما شاهدان عليها
ش اي الذميان شاهدان عليها اي على الذمية بشهادة اهل الذمة على الذمية جايزة فان قيل
ملك الازدواج مشترك قلنا نعم لكن ذلك ليس باصل وانما يقع تبعا للملك الوارد عليه كما لو اشترى
امة يملك وطيها بلا شهود لانه وقع تبعا م بخلاف ما اذا لم يسمعا ش جواب عن قول محمد وزفر تقريره
الشهادة شرط في النكاح على العقد كما علم لانه يخاطب بالاشهاد عليها بالعقد م لان العقد ينعقد
بكلامهما ش اي بكلام الزوجين م والشهادة شرطت على العقد ش واذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا
على العقد م ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر ش اي والحال ان الاب
حاضر عند العقد م بشهادة رجل واحد ش يتعلق بقوله فزوجها م سواهما ش اي سوى الامر والمامور م
جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ش لان الموجود في الوكيل واجب الانتقال الى الموكل
في باب النكاح وانما جعل الاب مباشرا اذا كان حاضرا م لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا
ش لانتقال الوكالة الى الاب م فيبقى المزوج شاهدا ش ومعه اخر فينعقد وقال الكاكي فيه لي
هذا التعليل نظر قلت ... وهو السغناقي فانه قال في النهاية لهذا تكلف غير محتاج اليه في المسالة
الاولى لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى جعل المباشرة من المامور الى
الامر حكما وانما يحتاج اليه في المسالة الاخيرة وهي ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد
واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها واذا كانت
غايبة لم يجز لان الشي انما ينقل تقديرا او لو تصور تحقيقا اليه اشار في الفوايد الظهيرية وقال
الاكمل اي انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف قلت فيه تكلف لا يخفى ومن اراد
ان يصح له ذلك فلينظر في النهاية م وان كان الاب غايبا لم يجز ش النكاح م لان المجلس يختلف
لانه لو انتقل اليه العقد لكان الايجاب في مجلس والقبول في مجلس اخر م فلا يمكن ان يجعل الاب
مباشرا ش لاجل غيبته م وعلى هذا ش اي وعلى اعتبار حضرة الاب وغيبته م اذا زوج الاب
ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت ش اي الابنة م حاضرة جاز ش لامكان اعتبار الاب
شاهدا م وان كانت غايبة لا يجوز ش العقد ش لعدم شاهد اخر

فصل في بيان المحرمات ش اي هذا فصل في بيان النسا المحرمات تزوجها لان الله تعالى اخرج
منهن عن محلية النكاح فاحتيج الى بيانها ومن ادلعة عشر نسبه في جهة النسب وسبعة من جهة
السبب وستجيء كلها م لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ش هذه احدى السبعة من جهة النسب
م ولا بجداته ش اي لا يحل ان يتزوج بجداته سواء كن م من قبل الرجال والنسا ش اي ومن قبل
النسا وليس من كلام العرب تزوجت م قال ش اي القدوري م بامراة وانما يقال تزوجت امراة قاله
يونس لما روي انه خلقت اولا ثم دحيت الارض منها لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ش
فدلالته على حرمة الام ظاهرة واما دلالته على حرمة الجدات فاشار اليه بقوله م اذ الام هو الاصل
ش يقال لمكة ام القرى لكونها هي الاصل لما روي انها خلقت اولا ثم دحيت الارض منها وقال تعالى
من ام الكتاب اي اصل يرد اليه المتشابه وقال عليه السلام الخمر ام الخبايث وهذا عند المحققين
من مشايخنا الذين لا يجوزون الجمع بين الحقيقة والمجاز وعند مشايخنا العراقيين يجوز الجمع بين
الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل فحرمة الجدات ثبتت بالنص ايضا مجازا وعند الطايفة الاولى
بطريق الحقيقة باعتبار معنى يعمهما لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز وفي المبسوط من يجوز
الجمع بين الحقيقة والمجاز يقول حرمت الجدات بالنص ومن يمنع يثبت حرمتهن بالاجماع واليه اشار
المصنف بقوله م او ثبتت حرمتهن بالاجماع ش هذا عند الفريقين م ولا ببناته ش اي ولا يحل

ايضا ان يتزوج ببنته ولا بنت بنت بنته وان سفلت على ما مر الان والاستدلال فيهن مثل
الاستدلال في الام فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار ان البنت يراد به الشرع فيثبتا وطا
النص حقيقة او مجازا عند البعض وبجواز الجمع عند اختلاف المحل او بالاجماع م لما تلونا ش وهو قوله
تعالى وبناتكم م ولا ببنت ولده وان سفلت ش اي ولا يحل ايضا ان يتزوج ببنت ولده وان سفلت
ولفظ الولد يتناول الابن والبنت ولما ذكرنا من جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين على
قول البعض م للاجماع ش عند الفريقين م ولا باخته ش اي ولا يحل ايضا ان يتزوج باخته ش سواء
كانت لاب وام او لاب او لام وضمت الهمزة في اخت لبدل على الواو الذاهبة منه بخلاف الاخ لاجل
النكاح التي بعث في الوصل والوقف كالاسم الثلاثي م ولا ببنات اخته ش سواء كن لاب وام او لاب
او لام م ولا ببنات اخته ش سواء كانت بنت اخته لاب وام او لاب او لام م ولا بعمته ش اي ولا يحل
ايضا ان يتزوج بعمته م ولا بخالته ش اي ولا يحل ايضا ان يتزوج بخالته والخالة اخت الام والخالة اختها
ذكرها الجوهري في باب خول الذي على اصلها واوي لان حرمتهن ش اي حرمة هولاء المذكورات
كلهن من الاخوات المتفرقات وبنات الاخ وبنات الاخت والعمات والخالات م منصوص عليها في هذه
الاية ش اي في قوله عز وجل حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الاية وفي النهاية حاصله اي المحرمات التي
ضمنها كتاب النكاح والرضاع على احد وعشرين نوعا سبعة من جهة النسب الامهات والبنات
والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت وسبعة من جهة الرضاع كذلك لو يحرم
الرضاع في هولاء لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واربعة من جهة المصاهرة
وهي ام المراة وابنتها ومنكوحة الاب وحليلة الابن واثنان من جهة الجمع وهما الجمع بين اكثر
من اربع والجمع بين الاختين وواحدة من جهة الكفر وهي المجوسية كما في شرح الطحاوي وفي
التحفة تحريم النكاح يتنوع الى تسعة انواع القرابة والصهرية والرضاع والجمع وتقديم الامة على الحرة
وبسبب حق الغير وبسبب الشرك وبسبب ملك اليمين وبسبب الطلقات الثلاث فعلى هذا
تكون المحرمات خمسة وعشرين كلها مذكورة في الكتاب م ويدخل فيها ش اي في الاية المحرمة م العمات
المتفرقات ش اي العمة لاب وام والعمة لاب دون ام والعمة لام دون اب وفي المحيط وكذا ام العمة
حرام لان ام العمة لابيه وامه او لامه هي ام ابيه لا محالة وام ابيه حرام عليه واما عمته لابيه هي
اخت ابيه لاب فانها تكون امراة جده اب الاب وامراة الجد حرام عليه وكذا عمات ابيه وعمات
اجداده وعمات امه وعمات جداته وان سفلن واما عمة العمة ينظر ان كانت العمة القربى عمته
لابيه وامه او لابيه فعمة العمة حرام لان القربى اذا كانت اخت ابيه لابيه وامه او لابيه فان عمتها
تكون حرمة اب الاب واخت اب الاب حرام لانها عمته وان كانت العمة القربى عمة لامه فعمة العمة لا
تحرم لان اب العمة يكون زوج ام ابيه فعمتها تكون اخت زوج الجدة ام الاب واخت زوج الام لا تحرم
واخت زوج الجدة اولى ان لا تحرم م والخالات المتفرقات ش اي الخالة لاب وام والخالة لاب دون ام
والخالة لام دون اب ولذا خالات ابائه وامهاته واما خالة الخالة فان كانت الخالة القربى خالة لاب
وام او لام فخالتها تحرم عليه وان كانت القربى خالة لاب فخالتها لا تحرم عليه لان ام الخالة القربى تكون
امراة الجد اب الاب لا ام امه فاختها اخت امراة اب الاب واخت امراة الجد لا تحرم عليه م وبنات
الاخوة والاخوات المتفرقين ش اي ويدخل في الاية المذكورة بنات الاخوة والاخوات وقوله
المتفرقين بصيغة الجمع المذكر صفة الاخوة التي جمع لاخ ويدخل فيه الاخوات التي هي جمع اخت
ومعنى التفرق يعني سواء كانت بنات الاخ لاب وام او لام وبنات الاخت كذلك وكلهن محرمات على
التابيد بالكتاب والسنة والاجماع وفي الذخيرة اولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات
مباحات لقوله تعالى وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك وفي التنفيذ
حرم الله العمة والخالة ولم يحرم بناتهما ولدا او لادا او لادهم وان سفلوا لجواز التناكح فيما بينهم من
جميع القرابات وهم ارحام لا محارم م لان جهة الاسم عامة ش يعني المعنى المجوز لاطلاق اسم الاخت
تشمل الفرق الثلاث وهو المجاورة في رحم او صلب مكان الاسم حقيقة للكل قال تاج الشريعة لو
لان جهة الاسم عامة اي جهة اسم العمومة والخؤولة لانها اخت ابيه او اخت امه وهذه الجهة تتغير

بكونها لاب وام او لاب او لام م ولا بام امراته فهذا بيان المحرمات من جهة النسب وهي جهة المصاهرة
اي ولا يحل له ان يتزوج بام امراته م دخل بابنتها او لم يدخل ش بها وكذا بجداتها وان علت م لقوله تعالى
وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ش يعني القران مطلق عن قيد الدخول في ام المراة والله حرمها مطلقا
فمن قيد بالدخول فقد نسخه وبه قال الجمهور وهو قول عمر ابن الخطاب وعلي ابن ابي طالب وعبد الله ابن عباس
وعبد الله ابن عمر وزيد بن ثابت وعمران ابن حصين رضي الله عنهم وبه قال الشافعي واحمد ابن حنبل ومالك
في الصحيح وقال بشر المريسي وابن سماعة وداود دخول بنتها شرط وروي عن ابن مسعود وجابر ان ام
الزوجة لا تحرم حتى يدخل بالبنت ولا تحرم بنفس العقد حتى لو طلقها قبل الدخول فله ان يتزوج
بامها م ولا ببنت امراته ش اي ولا يحل ايضا ان يتزوج بنت امراته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول
بالنص ش وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وان لم يدخل بها حتى حرمت عليه بطلاق او
موت يحل له ان يتزوج البنت لان هذه الحرمة تعلقت بشرط الدخول وقال امام الحرمين في
النهاية قال مالك انما تحرم الربيبة اذا كانت صغيرة يوم العقد فيجعلها في حجره ويكفلها واذا كانت
كبيرة يوم العقد لا تحرم م وسواء كانت ش اي بنت امراته م في حجره او في غير حجره ش اختلفت
الصحابة رضي الله عنهم في شرطية الحجر لهذه الحرمة فقال علي رضي الله عنه الحجر شرط وبه قال داود
لظاهر الاية م لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة ش فان العادة ان تكون البنات في حجر زوج امها غالبا
في تربيتها م لا مخرج الشرط ش اي ما خرج مخرج كونه شرطا والتقييد العرفي لا يوجب تقييد
الحكم به كما في قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا لذا في المبسوط ولا الزام فيه على داود لان علم
الخير شرط صحة الكتابة عنده م ولهذا اكتفى في موضع الاحلال ش وهو قوله فان لم تكونوا دخلتم بهن
فلا جناح عليكم يعني اكتفى الله في هذه الاية م بنفي الدخول ش ولم يشترط نفي الحجر مع نفي الدخول
حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم فان الاباحة تتعلق بضد ما يتعلق به الحرمة
واعترض بانه يجوز ان تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة
بانتفا احدهما لان الشيء ينتفي بانتفا الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفا الدخول دليلا على ان
الحرمة غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا لا نفي
احدهما والسكوت عن الاخر م قال ش اي القدوري م ولا بامراة ابيه ش اي ولا يحل له ايضا ان يتزوج
بامراة ابيه م واجداده ش اي وبنساء اجداده م لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ش واسم الاب
يتناول الاجداد والاب الحقيقي باعتبار عموم المجاز وهو الاصل فثبتت الحرمة في الجميع نصا او
على ما مر وعلى قول من جوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في المحلين تثبت نصا وقوله ولا تنكحوا نهي بمعنى النفي
اذ لو كان المراد به النهي لكان ينعقد نكاحها لان النهي في الافعال الشرعية لا يعدم المشروعية
ثم المراد من النكاح ان كان هو العقد فالوطي حرام لان سبب الوطي هو النكاح لما كان حراما فالمسبب
المقصود به اولى ان يكون حراما وان كان المراد به هو الوطي فحرمة العقد ثابتة بالاجماع لكن لا يستقيم
تمسك المصنف بالاية الا على قول من قال المراد بالنكاح العقد وقوله تعالى الا ما قد سلف معناه
الا ما قد سلف في الجاهلية فانكم لا تواخذون بذلك اذا خليتم سبيلهن بعد الحرمة وقيل معناه
ولا ما قد سلف لان الا تاتي بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم فيكون المتنى انه كما لا يحل ابتداء
العقد بعد ثبوت الحرمة لا يحل امساك ما قد سلف بعد نزول الحرمة كيلا يظن ظان ان هذه الحرمة
تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء والعرب في الجاهلية كانوا فرقتين فرقة يعتقدون الارث في منكوحة
الاب اذا لم يكن منها ولد يطاها بغير عقد جديد رضيت ام كرهت وفرقة يعتقدون انها تحل له بعقد
جديد وانه متى رغب فيها فهو احق بها من غيره فنزلت الا ما قد سلف الاية ناسخة لما اعتقده الفريقان
م ولا بامراة ابنه ش اي ولا يحل له ان يتزوج بامراة ابنه م وبني اولاده ش اي ولا يحل ايضا نكاح بنتا
بني اولاده من الذكور والاناث م لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم ش الحلائل جمع حليلة لانها
حلت للابن من الحل او لانها تحل فراشه وتحل هو فراشها من الحلول او حل كل واحد ازار صاحبه وحليلة
الابن حرام على الاب سواء دخل بها الابن ام لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة ابن الابن
فبعمومه او بالاجماع م وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني ش هذا جواب عما يقال ابن الابن لا يكون

جامعا

ب

من صلبه فكيف يصح تعديه حرمة حليلة الابن الصلبي اليه مع هذا القيد فاجاب بقوله وذكر الاصلاب
لاحل اسقاط اعتبار التبني رواه عن الشعبي وروى عنه اسحاق وفي الكشاف جعله قوله عثمان وعلي
ثم قال ورجح علي ما التحريم وعثمان الاباحة والاباحة قول الظاهرية م لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ش
ولو في موضع الرفع لانه معطوف على المحرمات اي وحرم عليكم الجمع بين الاختين فان التبني قد انفسخ بقوله
تعالى ادعوهم لآبائهم فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها
زيد فكان المشركون قد طعنوا وقالوا انه حليلة ابنه فانزل الله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم
فالتقييد المذكور هنا لدفع طعن المشركين م لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ش فان حليلة الابن من
الرضاع تحرم على ابيه من الرضاع عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم بناء على اصله اي لان ليس المحل لا تحرم
واستدل بهذا القيد المذكور ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقال
الكاكي وذكر في كتب الشافعية ان تقييد الاصلاب ليس لاحلال حليلة الرضاع بل لاحلال حليلة المتبنى
فحينئذ لا خلاف بيننا وبينهم م ولا بامه من الرضاعة ش اي ولا يحل ان يتزوج ايضا بامه من الرضاع م ولا
باخته من الرضاعة ش اي ولا يحل ايضا ان يتزوج باخته من الرضاعة والرضاع بفتح الراء وكسرها والتاء
معهما وانكر الاصمعي كسرها مع التاء م لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله
عليه السلام ش اي ولقول النبي صلى الله عليه وسلم م يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ش هذا الحديث
بهذا اللفظ اخرجه الطبراني في معجمه الكبير من حديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واخرج الترمذي من حديث عائشة قالت قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان الله حرم من الرضاعة ما حرم من الولادة وقال هذا حديث حسن صحيح واخرج البخاري
من حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم اريد على ابنة حمزة فقال انها لا تحل لي انها ابنة اخي
من الرضاعة وانه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب واخرجه مسلم ولفظه ما يحرم من الرحم
م ولا يجمع بين اختين نكاحا ش اي من حيث النكاح يعني لا يكونان معه بعقد او عقدين م ولا بملك يمين وطئا
ش اي من حيث الوطء قيد بالوطء لانه يجوز ان يجمع بين الامتين الاختين من حيث الملك غير انه اذا وطئ
احداهما لا يطأ الاخرى وكان عثمان رضي الله عنه يتوقف في الجمع بين الاختين في الوطء بملك اليمين ويقول
احلتهما آية وهي قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية وهي قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وحمل
ابو بكر الرازي هذا القول على مجاهد وقال تاج الشريعة قوله وان تجمعوا بين الاختين اي حرم عليكم
الجمع بينهما والمراد حرمة النكاح لان التحريم في الآية تحريم النكاح قوله وان تجمعوا عطف على امهاتكم
م ولقوله عليه السلام ش اي ولقول النبي صلى الله عليه وسلم م من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا
يجمعن ماءه في رحم اختين ش هذا حديث غريب لم يتعرض اليه احد من الشراح غير ان الكاكي احاله على ما
ذكر في المبسوط والسروجي احاله على الذخيرة للمالكية وفي الترمذي في حاشية من حديث ابي وهب
الجيشاني انه سمع ابن فيروز الديلمي يحدث عن ابيه قال اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول
الله اني اسلمت وتحتي اختان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر ايتهما شئت وقال هذا حديث
حسن غريب وفيه دلالة على ان الجمع بين الاختين لا يجوز وقال الترمذي وابو وهب الجيشاني اسمه الديلم
ابن هوشع والجيشاني بفتح الجيم وسكون الياء آخر الحروف وبالشين المعجمة نسبة الى جيشان قبيلة
باليمن وهو جيشان بن عيدان بن حجر بن ذي رعين واسم ابن فيروز الضحاك وذكر ابن حبان في الثقات
م فان تزوج اخت امة له ش اي فان تزوج رجل اخت امة في ملكه م قد وطئها ش جملة حالية والجملة
الفعلية الماضية اذا وقعت حالا لا بد فيها من لفظة قد صريحا او مقدرا اي والحال ان الرجل قد كان
وطئ جاريته التي في ملكه م صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله ش اي لاجل ان النكاح
من صدوره من اهله حال كونه مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطئها من باب الاستخدام وهو لا يمنع
نكاح الاخت الا انه لا يطؤها بعد ذلك م واذا جاز ش اي نكاح اخت امته م لا يطأ الامة ش بعد ذلك
حتى لا يصير جامعا بين الاختين وطئا م وان كان لم يطأ المنكوحة ش واصل بما قبله لان المنكوحة موطوءة
حكما ش اي من حيث الحكم ولهذا يستحق الوطء على الزوج والامة لا تستحق الوطء على المولى فان قيل لما كان
النكاح قائما مقام الوطء ينبغي ان لا يجوز هذا النكاح حكما كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما لو كان لبعض

ما لك قلنا نفس النكاح ليس بوطء وانما صار كالوطء بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء وحكم الشيء يثبت بعده
والنكاح حال وجوده ليس بوطء فيصح لوجوده في محله م ولا يطأ المنكوحة للجمع ش اي لاجل الجمع بينهما م
الا اذا حرم الموطوءة ش اي الامة الموطوءة م على نفسه بسبب من الاسباب ش كالبيع والتزويج والهبة
بالتسليم وبالاعتاق والكتابة م فحينئذ اي حين حرم الامة الموطوءة على نفسه م يطأ المنكوحة لعدم
الجمع ش من حيث الوطء وعن ابي يوسف لا يحل وعنه ايضا لو ملك فرج الاولى غيره لا يطأ الاخرى حتى تحيض
الاولى حيضة بعد وطئها لانه يجوز ان يكون حاملا منه م ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع
وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما ش لان ملك اليمين لم يوضع للوطء ولهذا لا يثبت نسب ولد
المرقوقة بلا دعوة وفي المنكوحة يثبت به وبلا م فان تزوج اختين في عقدين ولا يدري ايتهما اولى ش
بضم الهمزة قيد بعقدين لانه لو تزوجهما في عقد واحد فان النكاح باطل للجمع بين الاختين فلا يستحقان
شيئا من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية وفرق بينه وبينها لان نكاح
احدهما باطل بيقين م ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ش لانه اذا لم يكن وجه لتعيين احدهما بان يعين احدهما
لعدم الاولوية لعدم التعيين م ولا الى التنفيذ ش يعني الى تصحيح احدهما لغير عينها م لعدم الفائدة ش لان
المقصود من النكاح التوالد والتناسل وذلك بالوطء والوطء لا يقع في غير المعينة بل يقع في المعينة ولا حل في
المجهولة م او للضرر ش في حقهما فان كل واحد منهما معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة في تقدير ابقاء النكاح
وفيه ضرر بهما ولا خلاف فيه للائمة الاربعة م فتعين التفريق ش بينهما لما ذكر من الامور م ولهما ش اي
للاختين م نصف المهر ش يعني بينهما نصفان م لانه ش اي لان نصف المهر م وجب للاولى منهما بضم الهمزة
قوله منهما اي من الاختين اي للتي نكاحها صحيح ولا يصح نكاحهما وقد جاءت فرقة من جانب الزوج فصار
كالطلاق قبل الدخول لانه لا يصح نكاحهما وبقي الموطوءة على الاباحة وليست احداهما اولى من الاخرى فصار
بينهما م وانعدمت الاولوية للجهل بالاولوية ش وقال الاتقاني وتقرر كلا المهر للاولى منهما وليس احدهما
بكونها اولى للجهل بالاولوية وفي بعض النسخ بالاولوية م فيصرف اليهما ش اي الى الاختين فان قيل ينبغي
ان لا يقضى على الزوج بشيء كما روي عن ابي يوسف وبه قال الحنابلة لان المقضي له مجهول وجهالة المقضي له تمنع
القضاء كما لو قال لاحدهما على الف فانه لا يكون لاحدهما لانه يأخذ منه شيئا ما لم يصطلحا اجيب بان معنى المسألة
ان تدعي كل واحدة انها الاولى ولا حجة لهما اما اذا قالتا لا ندري اي النكاح الاولى لا يقضى لهما بشيء ما لم يصطلحا على
احد نصف المهر لان الحق وجب لمجهول فلا بد من الدعوى او الاصطلاح ليقضى لهما وهو اختيار الفقيه ابي جعفر
الهندواني كذا في الكافي واشار المصنف بقوله م وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما ش اي من الاختين
بالاولية م او الاصطلاح ش اي لا بد من اصطلاحهما م لجهالة المستحقة ش منهما وصورة الاصطلاح ان يقولا
عند القاضي لنا عليه المهر فنصطلح على اخذ نصف المهر او المتعة لا نعدوها ويكون لكل واحدة ربع المهر وعن محمد يجب مهر
كامل لهما لانه يقر بنكاح احدهما وعدم طلاقها فاذا جاز نكاح احدهما وجب المهر كاملا م ولا يجمع بين المرأة
وعمتها او خالتها ش اي ولا يجمع ايضا بين المرأة وخالتها م او ابنة اخيها ش اي اخي المرأة م او ابنة اختها ش اي
اخت المرأة م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا
على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها ش هذا الحديث رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي من حديث
ابي هريرة واللفظ هو لمسلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة
على بنت اخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت اختها لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى
على الكبرى واعلم ان مسلما لم يخرجه هكذا بتمامه ولكنه فرقه حديثين فاخرج صدره عن ابي سلمة
عن ابي هريرة لا تنكح المرأة على بنت الاخ ولا ابنة الاخت على الخالة وروي عن علي رضي الله عنه اخرجه
احمد في مسنده مثل النصف الاول من الحديث الذي ذكره المصنف حيث قال كان رسول الله صلى الله
لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها وكذا رواه ابن ماجه من حديث ابي موسى مثله سواء ولفظ بعينه
رواه الطبراني في الكبير من حديث الحسن عن سمرة بن جندب وكذا رواه الطبراني من حديث ايوب
ابن خالد عن عتاب بن اسيد مثله م وهذا مشهور ش اي هذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول
واشتهر بين التابعين واتباع التابعين مع رواية جماعة الصحابة رضي الله عنهم وقد رواه من الصحابة ش
ابن عباس وابو هريرة وعلي وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابو سعيد وابو امامة م يجوز الزيادة على الكتاب بمثله

عن ابي هريرة لا تنكح المرأة على عمتها ولا على
خالتها واخرج ابن خزيمة عن قبيصة بن ذؤيب م
وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب
وعبد الله بن مسعود وابن ابي رمثة [illegible]
وابن اسيد [illegible]

علي

اراد بالكتاب قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وايضا فقد خصت هذه الاية بالمرتدة والمجوسية وبناته من الرضاعة
فخص هذه الصورة ايضا بهذا الخبر وقيل ورد بيانا للمجمل في الكتاب لانه شرط الاحصان في الاباحة بقوله
محصنين وهو مجمل وخبر الواحد يصلح ان يكون بيانا لما هو مبهم في الكتاب وقد اجمع بهذا الحديث على تحريم الجمع
بين من ذكر في الحديث وقال ابن عبد البر اجمع العلما على القول بهذا الحديث فلا يجوز عند جميعهم نكاح
المراة على عمتها وان علت ولا على ابنة اخيها وان سفلت ولا على خالتها وان علت وعلى ابنة اختها وان سفلت والرضاعة
والرضاعة في ذلك كالنسب ولا خلاف فيه للفقها ونقل عن الروافض والخوارج والظاهرية وعثمان البتي
انه يجوز الجمع بين المراة وعمتها وبينها وبين خالتها ورد عليهم بما ذكرنا فان قلت ما الحكمة في النهي عن ذلك
قلت قال بعضهم لما فيه من قطيعة الرحم وبه جزم الرافعي واستدلوا على ذلك بما رواه ابن حبان في صحيحه
رواه ابو حريز عن عكرمة حدثه عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تزوج المراة
على المراة والخالة قال انكن اذا فعلتن ذلك قطعتن ارحامكن ومن قال بهذا عدى الحكم الى الاقارب كلها
لهذا المعنى ولا يجوز الجمع عندهم بين المراة وقرابتها سوا كانت عمة او خالة او بنت عمة او بنت خالة او بنت
عم او بنت خال وهذا مروي عن اسحق بن طلحة وعكرمة وقتادة وجابر بن زيد واختلفت الرواية فيه
عن عطا ابن ابي رباح فروى ابن ابي نجيح عنه موافقة هولاء في تعميم الاقارب وروى ابن جريج عنه موافقة الجمهور
وهو الصحيح عنه وحكي عن مالك انه قال ما اعلم احسن منه واقتصر الجمهور على تحريم ما ورد به الخبر وقال
شيخنا زين الدين ليست الحكمة فيه قطيعة الرحم بل المعنى فيه كما رجحه ابن عبد البر هو المعنى في تحريم الجمع بين
الاختين وذلك ان الاختين لو كان احدهما ذكرا لم يحل له نكاح الاخرى فلذلك بمنزلة الاختين كالعمة والخالة
وبنت الاخت وليس كذلك بنت العم وبنت العمة وبنت الخال وبنت الخالة فانه لو كان احدهما ذكرا حل له
نكاح الاخرى وقد روي هذا المعنى عن الصحابة فيما ذكره ابن عبد البر من رواية معتمر بن سليمان عن فضيل ابن
ميسرة عن ابي حريز عن الشعبي قال كل امراتين اذا جعلت موضع احدهما ذكرا لم يحل له ان يتزوج بالاخرى فالجمع بينهما
باطل فقلت له عمن هذا فقال عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو حريز بفتح الحا المهملة وكسر الرا وفي اخره
زاي واسمه عبد الله بن حسين وهو قاضي سجستان واختلفوا في الاحتجاج به وضعفه الجمهور وضعفه الجمهور عن
يحيى بن سعيد القطان واحمد وابو داود والنسائي وابن معين في رواية ووثقه في اخرى ووثقه ابو زرعة ابضا ولم
يخرج له الشيخان وعلق له البخاري واخرج له ابن حبان في صحيحه م ولا يجمع بين امراتين لو كانت احدهما رجلا لم يجز له
ان يتزوج بالاخرى ش الاولى ان يقال لو كانت كل واحدة منهما رجلا كما هو في لفظ بعض نسخ القدوري لكان اولى
لان الشرطان يتصور الرجل من كل جانب لا من جانب واحد والا ينتقض هذا الكلام بالمسئلة التي تليه وهي مسئلة
الجمع بين المراة وابنة زوج كان لها من قبل ثم ان الشراح بالرافعي صورة قوله ولا يجمع بين امراتين الى اخره بالمراة
وعمتها فان كل واحدة منهما لو فرضت ذكرا حرم العقد بينهما لانه لو فرضت المراة ذكرا حرم عليه نكاح عمته
ولو فرضت العمة ذكرا حرم عليه بنت اخيه واذا لم يجز الجمع بينهما الا من جهة واحدة جاز الجمع بينهما كما اذا
جمع بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل لان احدهما لو كان رجلا وهي الزوجة جاز له ان يتزوج بالاخرى
فلم يعم التحريم وقال زفر لا يجوز كما في الصورة الاولى وهو مذهب ابن ابي ليلى والحسن البصري وعكرمة
وفي الينابيع ان كان النكاح لا يحل على كلا التقديرين لا يحل له ان يجمع بينهما بنكاح ولا بملك يمين وطا ولا بالمس
بشهوة ولا بالتقبيل وان كان يحل على احد التقديرين دون الاخر يحل عند الجمهور خلافا لزفر رحمه الله وفي المجتبى
لفظ المصنف لو كانت كل واحدة منهما رجلا لم يجز ان يتزوج بالاخرى ولما وقع في بعض النسخ لو كانت
احدهما رجلا سهو وقع من الكاتب لانه ينتقض بالمسئلة التي تليها وانما قاله هذا لما عرف من ان هذا
الكتاب ابتدا اصلاحا معا يخرج منه المسايل م لان الجمع بينهما ش اي بين المراتين لو كانت احديهما
رجلا م يفضي الى القطيعة ش اي قطيعة الرحم المحرم القطع لان المعاداة عادة بين الضراير م والقرابة
المحرمة للنكاح محرمة ش اي القرابة اذا كانت محرمة تحرم النكاح لها حرم قطعها لانه تعرض وصلها والنكاح
سبب لقطعها لجواز ان لا يجوز بطبع الزوج فيما يامر وينهى فيودي الى التشاجر كما هو العادة وهو سبب
للقطع والجمع بينهما يودي الى القطيعة ايضا لا يودي الى ما يستند لا طاقة ان النكاح ادق م ولو كانت المحرمية
بينهما اي بين المراتين بسبب الرضاع يحرم ش اي الجمع بين المراة وعمتها الرضاعية والجمع بين المراة
وخالتها من الرضاع والجمع بين المراة ومرضعتها ش كما في النسب لما روينا من قبل ش وهو قوله عليه السلام

٤٨

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقدمر عند قوله وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
م ولا باس بان يجمع بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل ش اي كان الزوج للمراة من قبل ذلك وقال الاترازي
اراد بابنة الزوج ابنته من امراة اخرى وقوله كان لها من قبل صفة نكرة وهي زوج والضمير في لها يرجع الى
المراة وبه قالت الايمة الاربعة وعامة العلما م لانه لا قرابة بينهما ش اي بين هذه المراة وبنت زوج كان لها
وذا المعنى موجود فيهما م وقال زفر لا يجوز ش وهو قول الحسن البصري وعكرمة وابن ابي ليلى لان امنه
الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامراة ابيه قلنا امراة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج
بهذه ش اي بهذه البنت م والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ش كما كان في الاختين لذلك لان ذلك
هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل م وقد صح ان عبد الله
ابن جعفر جمع بين امراة علي وابنته ش قال السروجي ذكر البخاري ان عبد الله بن جعفر جمع بين ابنة
علي وامراة علي رضي الله عنهم وعن ابن عباس انه جمع بين امراة رجل وابنته من غيرها رواه
الدارقطني ولذلك روى الدارقطني عن رجل من اهل مصر كانت له صحبة يقال له جبلة انه
جمع بين امراة رجل وابنته من غيرها وفي المغني لو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت
من غيره او كان لها بنت ولها ابن جاز تزوج احدهما من الاخرى في قول عامة العلما وحكي عن طاوس
كراهيته اذا كان ما ولدته المراة بعد وطي الزوج لها والاولى اولى لعموم الاية ومتى ولدت المراة
من ذلك الزوج ولدا صار عما لولدهما وخالا واذا تزوج امراة وزوج ابنه امها جاز واذا ولد
الحمل واحد منهما ولد كان ولد الاب عم ولد الابن وولد الابن خال ولد الاب م ومن زنى بامراة
حرمت عليه امها وابنتها ش وهو قول عمر وعمران بن حصين وابن مسعود وجابر بن عبد الله وابي
ابن كعب وعايشة وابن عباس في الاصح وبه قال الحسن البصري وعامر الشعبي وابرهيم النخعي وعبد
الرحمن الاوزاعي وطاوس ومجاهد وعطا وقال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه هو قول سعيد
ابن المسيب وسليمان بن يسار وسالم وحماد والثوري واسحق ابن راهويه واحمد بن حنبل ومالك
في الدولة عن ابن القاسم م وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة ش وهو قول
ابن عباس في رواية وعروة والزهري وابي ثور وابن المنذر ورواية مالك في الموطا وقال سهل الدين
العراقي هو رواية غير مشهورة عنه ذكره في الذخيرة وان لاط برجل لا يحرم عليه امه ولا ابنته
عندنا وبه قال عامة العلما وقال عبد الله بن الحسن العنبري والاوزاعي والثوري وابن حنبل في رواية
تحرم بنته وامه عليه وقال الحسن بن صالح يكره ولو مسه بشهوة او قبله لا يحرم عليه امه ولا
ابنته بالاجماع م لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ش اي لان المصاهرة نعمة فلا تنال بالحرام م ولنا ان
الوطي سبب الجزئية ش اي بين الواطي والموطوة يعني يصيران كشخص واحد م بواسطة الولد ش
حتى لا يحل للزانية ان تتزوج ابو الزاني ولا ابنه م حتى يضاف ش اي الولد م الى كل واحد منهما
ش اي من الزاني والزانية حتى يقال ابن فلان وابن فلانة م كملا ش اي على وجه الكمال اضافة
حقيقة وعرفا وهذه علة ثبوت الجزئية بين الواطي والموطوة فان قيل ماذكرتم ان الولد يضاف
الى كل واحد كملا ممنوع لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه السلام اثبت للزاني
الحجر وجعل كل الولد منسوبا الى صاحب الفراش بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر واضافة الولد
الى كل واحد منهما ليست بطريق الحقيقة بل بعضه يضاف اليه حقيقة وبعضه مجازا والولد
مخلوق من ماهما فكان البعض متولدا من احدهما والبعض متولدا من الاخر ضرورة الا ان المايين
لما اختلطا حصلت المجاورة منهما والمجاورة من طرق المجاز يقال جرى النهر وسال
الميزاب فكيف هذا اجيب بان كل الولد يضاف الى كل منهما والاصل ان الاستعمال بطريق
الحقيقة ولا هذا اضافة واحدة باسم واحد بجهة واحدة الى شخص واحد وقد حملت الحقيقة
في البعض فلا يجوز حملها على المجاز في البعض الاخر فاللفظ الواحد لا يشمل على الحقيقة والمجاز في
حالة واحدة م فيصير اصولها ش هذا نتيجة قوله حتى يضاف الى كل واحد منهما اي فيصير اصول
الموطوءة م وفروعها كاصوله وفروعه ش اي كاصول الواطي وفروعه واراد بالاصول اباهما
وبالفروع اولادهما في الحل والحرمة م وكذلك على العكس ش اي وكذلك يصير اصوله وفروعه

كاضوئها وفروعها م والاستمتاع بالحرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة ش لا تنالوا قيل
بحرمتها لما حلت لآدم امراة تودى حين الى ابطال المقصود من شرع النكاح وهو التوالد والتناسل
فلمعنى الضرورة لم يعتبر ذلك ههنا كما حلت حوا لآدم عليهما السلام وقد جعلت منه حقيقة لحلت
له ضرورة وحرمت ابنتها م والوطي محرم ش جواب عن قوله فلا ينال بالمحظور نقرره ان يقال
ان الوطي حرام م من حيث انه زنا الا من حيث انه سبب الولد ش وفي بعض النسخ والوطي محرم من حيث
انه سبب للولد لا من حيث انه زنا والذي يظهر من كلام الشراح هنا ان هذه النسخة هي
الصحيحة قال الاكمل في بيانه ان الوطي ليس بسبب الحرمة من حيث ذاته ولا من حيث انه
زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا
معصية للسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا نقال ولد عصيان او عدوان والشي اذا قام
مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم وقال السغناقي لا عدوان ولا
عصيان في المسبب الذي هو الولد فكذا الاعصيان في السبب الذي قام مقامه من ذلك وهو الزنا
لان وصف النائب انما يوجد في وصف المنوب كما في التيمم مع الوضوء وقال الكاكي يعني اثبتنا
الحرمة بالوطي بواسطة انه سبب لما والما سبب للولد والولد هو الاصل في استحقاق
باعتبار انه جزء الوالدين ولا عصيان فيه فكان الوطي قائما مقام ما لا يوصف بذلك وهو الولد فلا
يوصف بالحرمة كالتراب لما قام مقام الماء نظر الى كون الماء مطهرا وسقط وصف التراب انتهى فان قلت
قال الشافعي رحمه الله النكاح امر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه فاني يكون سببا للنعمة الا ترى
انه لا يثبت به النسب ولا العدة فكذا حرمة المصاهرة ولانه لو كان سببا للنعمة يفضي الى تكثير
الزنا واستدل ايضا بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال هكذا رواه ابن عباس رضي الله عنهما
وروى ابو هريرة رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام سئل عمن زنى بامراة ثم تزوج بامها فقال
عليه لا يحرم الحرام الحلال وقالت عائشة رضي الله عنها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل
اتى امراة حراما ثم يتزوج ابنتها فقال عليه السلام لا يحرم الحرام الحلال قلت اجيب بان عدم ثبوت
النسب به لكون المقصود من النسب الشرف به ولا يحصل ذلك بالنسب الى الزاني وعدم وجوب العدة
لكون وجوبها في الاصل باعتبار حق النكاح او الفراش وبين النكاح والسفاح منافاة فلانعدام الفراش
ينعدم السبب الموجب للعدة واستدلاله بالحديث لا يصح لانا لا نجعل الحرام محرما للحلال وانما يثبت
الحرمة باعتبار ان الفعل حرث للولد وحرمة هذا الفعل لكونه زنا مع ان هذا الحديث غير مجرى على
ظاهره فان كثيرا من الحرام يحرم الحلال كما اذا وقعت قطرة من خمر في ماء والوطي بالشبهة ووطي الامة المشتركة
ووطي الاب جارية الابن فان هذا كله حرام حرم الحلال وفي اسناده الاول عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي
قال يحيى بن معين كان يكذب وقال البخاري وابو داود والنسائي ليس بشيء وقال الدارقطني متروك
وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات لا يجوز الاحتجاج به واما الحديث الاخر فضعيف
فقال احمد حديثهم من كلام ابن اشوع بعض قضاة العراق وقيل من قول ابن عباس من كبار اصحابه خالفوه
في ذلك م ومن مسته امراة بشهوة حرمت عليه امها وبنتها ش وفي جمع التفاريق سواء كان ذلك اللمس عمدا او
خطا او ناسيا او نائما او مكرها اذا اشتهى وفي القنية لو قال لم اشته لا يصدق وقال الكاكي سواء كان اللمس
حلالا او حراما وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ومالك في الحلال فانه ذكر في المبسوط لو قبل امته
بشهوة لا يتزوج بنتها ولذا لو قبل امراته بشهوة ثم ماتت قبل الوطي لا يتزوج بنتها م وقال الشافعي
رحمه الله لا تحرم ش في قول وبه قال احمد سواء كان في الحلال او الحرام م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف
المذكور بيننا وبين الشافعي رحمه الله م مسه ش اي مس الرجل م امراة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها
الى ذكره عن شهوة ش ولذا الخلاف في التقبيل والمعانقة وقال ابو الليث رحمه الله في مسها له
تاويل المسالة انه اذا صدق الرجل المراة انها مسته بشهوة ولو كذبها ولم يقع في اكبر رايه انها فعلت عن
شهوة ينبغي ان لا يحرم عليه امها وبنتها كذا في جامع قاضي خان والمحبوبي وفي المجتبى تثبت حرمة
المصاهرة بمسها اذا كانت مشتهاة وهي بنت تسع سنين فصاعدا ولا تثبت في بنت الخمس وفيما بين الخمس
والتسع وقال ابو الليث تكلموا في الثمان والسبع والست والغالب انها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين

وقال الشهيد

وقال الشهيد في كتاب النفقات وعليه الفتوى م له ش اي للشافعي م اي المس والنظر ليسا في معنى الدخول
ولهذا ش اي ولكونهما ليسا في معنى الدخول م لا يتعلق بهما ش اي بالمس والنظر م فساد الصوم والاحرام
ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ش اي فلا يلحق المس والنظر به اي بالدخول لان الملحق لا بد ان يكون
في معنى الملحق به م ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام ش اي السبب الداعي الى الوطي م مقامه
ش اي مقام الوطي م في موضع الاحتياط ش وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتنا في حرمة الابضاع
الا ترى انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام
من التوارث ومنع موضع الزكوة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد
الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطي
ونوقض بان ما ذكرتم ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المراة مقام الوطي في ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا
اليه واجيب بان النظر الى الفرج المحرم هو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة فانه
لا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك انها لا تكون في هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب قال الاكمل
فانظر لعد هذا الى ان النظر الى الجمال الحلال في الملك وغيره خلا وملا هل يكون في كونه داعيا الى الوطي دعوة
النظر ذلك اليه اولا لا ارى قائلا بذلك الا مكابرا انتهى وقال الكاكي ولنا حديث ام هانى رضي الله
عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امراة بشهوة حرمت عليه امها وبنتها وفي
الحديث ملعون من نظر الى فرج امراة وابنتها وعن عمر رضي الله عنه انه جرد جارية له ونظر اليها ثم استوهبها
منه بعض بنيه فقال اما انها لا تحل لك وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا جامع الرجل المراة او قبلها او لمسها
بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وبنتها انتهى قلت حديث
ام هانى اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه وقوله وفي الحديث ملعون الى اخره خرجه الجوزجاني وعن
ابرهيم كانوا يقولون اذا اطلع الرجل من المراة على ما لا يحل له او لمسها بشهوة فقد حرمتا عليه جميعا
وعن عطا وابرهيم والحكم وحماد بن ابي سليمان ومجاهد وجابر بن زيد وابن المسيب مثله وعن ابن
منبه قال في التورية التي انزل الله تعالى على موسى عليه السلام انه لا يكشف رجل امراة فرابنتها الا
وهو ملعون وروى ذلك كله ابن ابي شيبة في مصنفه م ثم المس بشهوة ان تنتشر الالة ش هذا التعريف المس
بشهوة وهو ان تنتشر الالة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل ذلك م هو الصحيح ش احترز به عن قول بعض
المشائخ حيث لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها
واختيار المصنف قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام وفي المحيط والاصح قول كثير من
المشائخ المذكور وان شيخا او عنينا فحد الشهوة فيه ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا ولا
يعتبر مجرد الاشتهاء هكذا ذكره السرخسي رحمه الله وحكي عن محمد بن ابرهيم الميداني انه كان
يميل الى هذا وفي الذخيرة لا تثبت هذه الحرمة بالنظر الى ساير الاعضا غير الفرج وان كان عن شهوة
وقال الصفار ان كان لا يشتهي بقلبه لعلو سنه فان مس مقدار ما لو كان شابا تنتشر الته
تثبت الحرمة وقال الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا تعتبر تحري القلب وانما تعتبر تحرك الالة
وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين والذي ماتت شهوته حتى تتحرك الته
بالملامسة وروى ابن رستم عن محمد انه اذا مسها بشهوة فلم تنتشر عضوه او كانت منتشرا فلم
يزدد انتشارا حتى تركها او ازداد انتشاره بعد ذلك لم تثبت به حرمة المصاهرة وانما تثبت الحرمة
اذا انتشر بالمس وهو بعد لامسها او يزداد انتشارا وهو لامسها بعد وان كان بينهما ثوب رقيق
يجد حرارة الممسوس في يده تثبت الحرمة وفي طلاق المنتقى للحسن بن زياد عن ابي يوسف اذا مس
شيا من جسد امراته من فوق الثياب عن شهوة وهو يجد مس جسدها حرمت عليه امراته ولو انما
مس رجلها فوق الخف او مس ساق الخف او اسفل الخف وروى ابرهيم عن محمد ان النظر الى دبر
المراة موضع الجماع مثل النظر الى فرج المراة ثم رجع وقال لا يحرم الا النظر الى الفرج من داخل
ومثله عن ابي يوسف رحمه الله وتقبل الشهادة على اقراره بالمس والتقبيل بشهوة وهل تقبل على ذلك
بغير اقراره قيل لا تقبل واليه مال محمد بن الفضل لانه لا يوقف على ذلك وقيل تقبل واليه مال علي
البزدوي وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رجل نظر الى امراته عن غير شهوة فينبغي ان يكون له

حكام

ان يكون له جارية مثلا لو قبلت له بشهوة معه وقوع نظره ان كانت الشهوة على ابنته حرمت عليه امرأته
وان كانت على ما تمنى لم يحرم وفي واقعات الناطفي والمحيط اقام امرأته عن فراشه ليجامعها ومعها ابنته فوصل
يده اليها فقرصها باصبعه نظن انها امرأته وهي تشتهي حرمت عليه امرأته وان كان يحسبها امرأته لانه
مسها بشهوة ولا نشترط بلوغها ونشترط ان يكون مشتهاة وعن محمد بن الفضل بنت تسع مشتهاة
من غير تفصيل وبنت خمس لا وفيما بينهما مشتهاة عبره وبنت ثمان وسبع وست ان كانت عبلة ضخمة كانت
مشتهاة والا فلا وفي الينابيع لو جامع ابنة امرأته فافضاها وافسدها لا يحرم عليه امها وقال ابو
يوسف الزم له الام والبنت وفي المحيط يحرم عليه امها وقال محمد التنزه احب الي ولا افرق بينهما ولو
وطي جاريته بنته من الزنا فولدت منه لا تصير ام ولد بالاتفاق وسئل شيخ سلمة عن امرأة ادخلت
ذكر صبي في فرجها وهو ليس من اهل الجماع قال يثبت به حرمة المصاهرة م والمعتبر النظر الى الفرج
الداخل ولا يتحقق ذلك ش اي النظر الى داخل الفرج م الا عند اتكائها ش اي الا اذا كانت متكئة
اما اذا كانت قاعدة مستوية او قائمة ونظر اليه لا تثبت حرمة المصاهرة لان هذا حكم متعلق بالفرج
والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه دون وجه ولان الاحتراز عن النظر الى الفرج
الخارج متعذر فسقط اعتباره وعن ابي يوسف لو نظر الى منبت الشعر تثبت حرمة المصاهرة
وقال محمد لا تثبت حتى ينظر الى الشق كذا في قاضي خان م ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة
ش وبه قال يعني شمس الاسلام الاوزجندي ووجهه ان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة فهذه الزيادة
ان كانت لا توجب خلافها م والصحيح انه لا يوجبها ش هذا اختيار المصنف وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي والامام فخر الاسلام رحمه الله م لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا ش
اي على هذا الخلاف م اتيان المرأة في الدبر ش اي دبر المرأة اما لو لاط بغلام لا يوجب ذلك حرمة عند عامة
العلماء وقد ذكرناه فيما مضى وقال الشافعي رحمه الله لو اتى امرأته بنكاح صحيح او فاسد في دبرها او امته
في دبرها هل تثبت به حرمة المصاهرة فيه قولان ثم الاتيان في دبر المرأة حرام باجماع الفقهاء وما روى
ابن عبد الحكم عن الشافعي رحمه الله انه قال لم يصح تحريمه عندنا عن النبي صلى الله عليه وسلم والقياس انه
حلال فقال الربيع كذب ابن عبد الحكم فان الشافعي رحمه الله نص على تحريمه وقال شيخنا في شرح الترمذي
له قد انعقد الاجماع اجماعا على تحريم اتيان المرأة في الدبر وان كان فيه خلاف قديم وقد انقطع وكل من
روى عنه اباحته فقد روي عنه انكاره فاما القائلون بتحريمه من الصحابة فعلي بن ابي طالب وابن عباس
وابو هريرة وابو الدرداء وابن مسعود ومن التابعين سعيد بن جبير ومجاهد وعلقمة وابراهيم
النخعي وسعيد بن المسيب وطاوس وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وسفيان الثوري والشافعي
واخرون من اهل العلم رضوان الله عليهم اجمعين قال الشيخ ولم يختلف فيه احد من الصحابة الا ابن عمر
ولا من التابعين الا نافع واما ابن عمر رضي الله عنهما فروى النسائي في سننه الكبرى من طريق مالك
قال اشهد على ربيعة حدثني عن سعيد بن يسار انه سال ابن عمر عن ذلك فقال لا باس به وقد صح عن ابن عمر
ايضا انكار ذلك فيما رواه النسائي في سننه الكبرى من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار
قال قلت لابن عمر انا نشتري الجواري فنحمض لهن قال وما التحميض قال نأتيهن في ادبارهن قال ابن عمر
اف او يفعل هذا مسلم وروى الثعلبي في تفسيره من رواية عطاف بن موسى عن عبد الله بن الحسن
عن ابيه انه حكي عن مالك اباحة ذلك وانكره اصحابه م واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له
ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها ش وكذا لا يتزوج باربع سواها ولا بعمتها ولا بخالتها ولا ببنت
اختها وكذا الفسخ بعد الدخول لها حتى تنقضي عدتها روي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وزيد
ابن ثابت رضي الله عنهم وقال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والنخعي والثوري
وابن حنبل وكذلك في المثنى م وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن وثلاث يجوز ش وبه
قال مالك وابن ابي ليلى وابو ثور وابو عبيد وابن المنذر وروي عن القاسم بن محمد وعروة م لانقطاع
النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ش وهو الطلاق البائن والثلاث م ولهذا ش اي ولاجل انقطاع النكاح
بالكلية م لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ش ولو جاءت بولد لاكثر من سنتين لم يثبت النسب
ولو تعقب بينهما عقد نكاح يسقط به الحد ويثبت النسب وانما العدة واجبة لانه ما يحرم لا

لا نظر

لانها من حقوق النكاح حتى لا تجب بدون توهم الدخول وما كان من العدة حق النكاح لا يعتبر فيه
توهم الدخول كعدة الوفاة كذا في المبسوط م ولنا ان نكاح الاول ش اي المرأة الاولى وفي بعض النسخ
ان النكاح الاول م قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع ش من الخروج في البيت م والفراش ش اي
وكذا بقاء الفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه م والقاطع ش وهو الطلاق
وهو جواب عن قول الشافعي رحمه الله يجوز لانقطاع النكاح بالكلية م تاخر عمله الى زمان انقضاء
العدة ش لبقاء حكم النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف عن علته وهو باطل م ولهذا بقي القيد
ش اي في حق الزوج بزوج اخرى في حق الخروج والبروز في العدة م والحد لا يجب ش هذا جواب عن قوله
ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد اي والحد لا يجب م على اشارة كتاب الطلاق ش معنى اشارته
ما ذكر في باب ثبوت النسب اي المبتوتة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين او لتمام السنتين من بعد
الطلاق وادعاه المطلق يثبت النسب منه فدل على ان هذه شبهة في المحل والشبهة اذا كانت في المحل
يستوي فيها العلم والظن في سقوط الحد عنه بخلاف الشبهة في الفعل فان النسب لا يثبت بها اصلا
كما لو وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي م وعلى عبارة كتاب الحدود يجب
ش اي الحد م لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ش لوقوع الوطي في غير الملك فيجب الحد م
ولم يرتفع ش اي الملك م في حق ما ذكرنا ش يعني من النفقة والمنع والفراش وليس هذا الا باعتبار
الحكم بقيام النكاح في حق التزوج بالاخت احتياطا في التعادي عن الجمع بين الاختين وهو معنى قوله
م فيصير جامعا ش يعني اذا كان الملك قد زال عن الحل ويتزوج اختها يصير جامعا بين الاختين
فان قلت ما معنى ذكر لفظ الاشارة في عدم وجوب الحد ولفظ العبارة في وجوب الحد قلت
لان في المسالة الاولى التي ذكرنا صورتها ادعى بشبهة ويثبت ففيه اشارة الى ان الوطي في عدة
الثلاث لا يكون زنا فلا يجب الحد وفي المسالة الثانية يفهم وجوب الحد من نفس العبارة لانه
وطئ في غير الملك فصار زنا وموجب الزنا الحد م ولا يتزوج المولى امته ش سواء ملك كلها او بعضها
م ولا المرأة عبدها ش اي ولا تتزوج المرأة عبدها سواء ملكت كله او بعضه وبهذا قال الائمة الاربعة
وعليه الاجماع وقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على بطلان نكاح المرأة عبدها انتهى وبه قال الفقهاء
جوزوا ذلك واستدلوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم
المؤمنات والجواب ان الاية المذكورة يعارضها قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من
عبادكم وامائكم خاطب الله تعالى الموالي بانكاح الاماء لا بنكاحهن فان قيل الاية ساكتة عن نكاحهن
والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع ما يحتاج اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان
في موضع الحاجة الى البيان بيان م لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين
ش ثمرته للزوجة وجوب المهر والكسوة والنفقة ووجوب الوطي عليه حكما وما بعدها ديانة
حتى لا يحل له العزل بغير رضاها ووطؤها الجماع واجب والعنة وثمرته للزوج التمكين من نفسها
وقرارها في بيته واعمال داخل البيت من الطبخ وغسل ثيابه وتربيته وكل منها واد رضاها
ملكه كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة اشار اليه بقوله والمملوكية تنافي المالكية
ش لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما فاذا كان
كذلك م فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ش لان مالك احدهما صاحبه ينفي وقوع الثمرة على الاشتراك
واذا انقطعت الشركة ينقطع الملك لان الملك ما ثبت لعينه في باب النكاح وانما ثبت لتحقيق
الثمرات فان قيل المالكية والمملوكية من جهتين مختلفتين فلا تنافي حينئذ والجواب تمنع
اختلاف الجهة لان كون المرأة مالكة لجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة
ولقائل ان يقول المرأة لجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست مالكة لمنافع بضعه
لجاز ان يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع ولو
لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزائها
م ويجوز تزوج الكتابيات ش هي جمع كتابية والكتابي هو الذي يعتقد دينا ويؤمن بكتاب
ولا خلاف للائمة الاربعة في تزوج بنكاح الكتابية الحرة وهي النصرانية او اليهودية فيمن

امن مزبور داود وصحف ابرهيم وشيث عليهم السلام والسامرة من اليهود اختلف فيه وكر
قال الشافعي رحمه الله ينبغي ان يكون اسرائيلية يعني من اولاد اسرائيل وهو يعقوب عليه السلام
واما المتمسك بكتب الانبيا السالفة كصحف ابرهيم وموسى وادريس لا يجوز نكاحهم كذا في شرح
الوجيز وممن روى عنهم جواز حرائر اهل الكتاب عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وحذيفة وسلمان
وجابر وغيرهم رضي الله وروي عن ابن عمر انه كان لا يجوز نكاح الكتابية وقالت الامامية لا يجوز
نكاح الكتابية الا عند عدم المسلمة لاختلاف العلماء في كونهم مشركين قال تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يومن اي حتى يسلمن واختلف اهل العلم ان لفظ المشرك يتناول اهل الكتاب فقال بعضهم
يتناول لقوله تعالى قالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ثم قال في اخر الاية
سبحانه عما يشركون والاصح ان اسم المشرك مطلقا لا يتناول اهل الكتاب لقوله تعالى ربما
يود الذين كفروا لو كانوا مسلمين لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين والعطف
يقتضي المغايرة والمطلق ينصرف الى الكامل م لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب ش
اي الكتابيات مما حصنت اذا عفت واحصنها زوجها او لا عفها فهي محصنة بالفتح م اي
العفايف ش فسر المصنف المحصنات بالعفايف وقال الاكمل فسره بذلك احترازا عن قول ابن
عمر رضي الله عنهما ولذا فسره السدي والشعبي فانه فسره بالمسلمات وليست العفة شرطا
لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة بان لا يكون الغرض وجه الاستدلال ان الله تعالى قال اليوم
احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب اي واحل لكم المحصنات من المومنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب فلا
خفا في دلالته على الحل والعفايف جمع عفيفة من عف عن الحرام يعف عفا وعفة اي كف
فهو عف وعفيف والمراة عفة وعفيفة م ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد
ان شا الله تعالى ش يعني بعد اسطر حيث قال ويجوز تزوج الامة وقال الكاكي والاولى ان لا تزوج
الكتابية ولا توكل ذبيحتهم الا للضرورة لما روي ان عمر رضي الله عنه غضب على حذيفة وكعب
وطلحة غضبا شديدا فقالوا نطلق يا امير المومنين لا تغضب وكان حذيفة ابن اليمان تزوج يهودية
وكذا كعب ابن مالك وطلحة ابن عبيد الله م ولا يجوز تزوج المجوسيات ش باجماع الائمة الاربعة
وفقها الامصار والصحابة وفي المبسوط لا يجوز نكاحها لانها ليست من اهل الكتاب وذكر
اسحق في تفسيره جواز نكاحها على ما روي عنه ان المجوس اهل الكتاب وبه قال داود الظاهري
واباح وطيهن بملك اليمين سعيد ابن المسيب وعطا وعمرو بن دينار وقال السروجي
واباح ابو ثور وداود الظاهري نكاح المجوسية وروي ذلك عن حذيفة وقال مرة الهمداني
والحسن وابرهيم وحماد لا يطا المجوسية حتى تسلم وبه قال الشافعي واحمد قال ابو عمر بن عبد البر
عليه جماعة فقها الامصار ولم يبلغنا اباحة ذلك الا عن طاوس قلت قد ذكرنا اباحة ذلك
عن جماعة غير طاوس وقال السروجي ولا يجوز نكاح عبدة الشمس والكواكب وكل من لا كتاب له
ولا نكاح الزنادقة والمعطلة م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م سنوا
بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ش هذا الحديث بهذا اللفظ غريب
وقال الاكمل رواه عبد الرحمن ابن عوف قلت وروايته ليست هكذا ويذكر حديثه الان لما ورد
روى عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيهما عن قيس ابن مسلم عن الحسن ابن محمد ابن علي ان
النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت
الجزية غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم وقال ابن القطان هذا مرسل ومع ارساله ففيه قيس ابن مسلم
وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء كشريك وابن ابي ليلى وروى البزار
في مسنده والدارقطني في غرائب مالك من حديث ذكر المجوس فقال لا ادري كيف اصنع
في امرهم فقال عبد الرحمن رضي الله عنه اشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم
سنة اهل الكتاب اسمى قوله سنوا بهم اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملتهم في اعطا
الامان واخذ الجزية م قال ولا الوثنيات ش اي قال القدوري رحمه الله ولا يجوز ايضا تزوج

الوثنيات

الوثنيات وهو جمع وثنية والمذكر وثني وهي نسبة الى عبادة الوثن وهو ما له جثة من خشب او حجر
او فضة او جوهر ينحت والجمع اوثان وكانت العرب تنصبها وتعبدها ويدخل في الوثنيات عبدة الشمس
وعبدة النجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز
وكذا كل مذهب يكفر معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعا م لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يومن ش وهو بعمومه يتناول الوثنية قال الاكمل وهي من تعبد الصنم وغيره قلت الوثنية من
تعبد الوثن وقد فسرناه الان والصنم غيره لانه صورة بلا جثة كذا فرق بينهما كثير من اهل اللغة
وقيل لا فرق بينهما وقيل قد يطلق الوثن على غير الصورة م ويجوز تزوج الصابيات ش هو جمع صابية
والمذكر صابي من صبا اذا خرج من دين الى دين وقال السدي الصابيون طايفة من اليهود كالسامرة
وقال الاستاذ ابو اسحق هو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال قاضي خان هو قول عمر رضي الله عنه
وفي الذخيرة القرافية الصابيون من النصارى والسامرة من اليهود يجوز مناكحتهم وفي المغني عن احمد
انهم طايفة من النصارى ونص عليه الشافعي رحمه الله وهو قول اسحق ابن راهويه وقيد المصنف
جواز تزوج الصابيات بقوله م ان كانوا يومنون بدين نبي ش اي ان كانت جماعة الصابية يومنون
بنبي من الانبيا عليهم السلام م ويقرون بكتاب ش من الكتب المنزلة من السما م لانهم من اهل الكتاب
ش اي حين يومنون بنبي ويقرون يكونون من اهل الكتاب ولا خلاف في جواز تزوج الكتابيات م
وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون ش فلا يجوز مناكحتهم قالوا
هم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذا
التفسير م والخلاف المنقول فيه ش يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه ان مناكحتهن صحيحة عنده خلافا
لهما م محمول على اشتباه مذهبهم فكل ش اي كل واحد من ابي حنيفة وصاحبيه م اجاب على ما وقع عنده
ش فوقع عند ابي حنيفة انهم من اهل الكتاب يقرون الزبور ولا يعبدون الكواكب ولكنهم يعظمونها
كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا
كعبدة الاوثان فاذا لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به ابو حنيفة جاز مناكحتهم
عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وقال مجاهد والحسن لا كتاب للصابية
وقال ابو العالية وقتادة يعبدون الملائكة ويصلون الى القبلة ويقرون الزبور وقال عبد الرحمن ابن زيد
يقولون لا اله الا الله وليس لهم كتاب ولا نبي ولا عمل مقابلهم قوم يقرون بالله ويعبدون الملائكة
ويقرون الزبور ويصلون الى الكعبة اخذوا من كل دين شيا وقال الكلبي هم قوم من النصارى يحلقون وسط
رؤوسهم ويجبون مذاكيرهم وقال عبد العزيز بن يحيى قد درجوا وانقرضوا فلا عين ولا اثر وقال الخليل
هم قوم يشبه دينهم دين النصارى الا ان قبلتهم نحو مهب الجنوب يزعمون انهم على دين نوح عليه
السلام م وعلى هذا حل ذبيحتهم ش اي وعلى الخلاف المنقول فيه حل ذبيحتهم فعند ابي حنيفة تحل
ذبائحهم وعندهما لا تحل وذكر شيخ الاسلام في شرح السير ان الصابيين تحل ذبائحهم ونساؤهم عند ابي
حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد والسرخسي ذكر ابا يوسف مع محمد وهو المشهور م قال ش اي القدوري
م ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام ش قال الحافظ ابو جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى
وهو قول عبد الله ابن مسعود وعبد الله ابن عباس وانس ابن مالك رضي الله عنهم وبه قال سعيد ابن جبير
وعطا وطاوس ومجاهد وعكرمة وجابر ابن زيد وعمرو ابن دينار وايوب السختياني وعبيد الله ابن
الحسن وهو مذهب اهل العراق م وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ش وبه قال مالك واحمد م وتزويج الولي
المحرم وليته ش اي موليته م على هذا الخلاف ش المذكور فعندنا يجوز وعنده لا يجوز م له ش اي للشافعي
قوله عليه الصلاة والسلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م لا ينكح المحرم ولا ينكح ش هذا الحديث
رواه الجماعة الا البخاري من حديث عثمان ابن عفان رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وابو داود في رواية ولا يخطب وزاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب
عليه قوله لا ينكح بفتح اليا ولا ينكح بضم اليا من الانكاح اي لا ينكح غيره م ولنا ما روي انه عليه السلام
ش اي النبي صلى الله عليه وسلم م تزوج ميمونة وهو محرم ش هذا الحديث رواه الائمة الستة في كتبهم
عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة

رضي الله عنها وهو محرم زاد البخاري وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف واخرج الدارقطني من حديث
ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم واحتجم وهو محرم واخرج البزار في مسنده
عن مسروق عن عايشة رضي الله عنها انه عليه السلام تزوج وهو محرم واحتجم وهو محرم وقال السهيلي
في الروض الانف انما ارادت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها وقال الحافظ ابو جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى
الذين رووا انه عليه الصلاة والسلام تزوج بها وهو محرم اهل علم وثبت من اصحاب ابن عباس مثل
سعيد بن جبير وعطا وطاوس ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وهولا كلهم فقها والذين نقلوا عنهم عمرو
ابن دينار وايوب السختياني وعبد الله بن ابي نجيح وهولا ايمة يقتدى برواياتهم واما حديث عثمان
فانما رواه نبيه بن وهب وليس كعمرو بن دينار ولا جابر بن زيد ولا ممن يروي لما يوافق ذلك عن
مسروق عن عايشة رضي الله عنها ولا لنبيه ايضا موضع من العلم كموضع واحد ممن ذكرنا فان قلت روى
يزيد بن الاصم عن ميمونة بنت الحارث قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن حلالان رواه
مسلم وابو داود والترمذي وابن حبان قلت اجيب ان عمرو بن دينار قال قلت للزهري وما يدري ابن الاصم
اعرابي بوال على ساقيه اتجعله مثل ابن عباس مع انه يحتمل ان يكون عبر بالتزوج البنا بها حلالا اذ
هو المقصود بالتزوج وذكر السبب واراده المسبب سايغ فان قلت روى مالك عن ربيعة ابن ابي
عبد الرحمن عن سليمان ابن يسار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار
فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل ان يخرج قلت قال ابو
عمر بن عبد البر حديث مالك في هذا الباب غير متصل ورواه مطر الوراق موصولا قال وهو غلط
من مطر الوراق لان سليمان بن يسار ولد سنة اربع وثلاثين ومات ابو رافع بعد قتل عثمان رضي الله
عنه بيسير وكان قتل عثمان في ذي الحجة سنة خمس وثلاثين فلا يمكن ان يروي عنه وقال
الترمذي لا نعلم احدا اسنده غير حماد ابن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة وضعف يحيى ابن سعيد
مطر الوراق وضعفه احمد وضعف البخاري حديث عثمان في النهي عن نكاح المحرم ورد رواية مالك
ومذهبه وقال ايضا حديث ابن الاصم مرسل وادخل في صحيحه عن سعيد بن المسيب انه عليه السلام
تزوجها وهو محرم وقال الطحاوي ومطر عندهم ليس ممن يحتج بحديثه ما قلت قال ابن حبان ليس
في هذه الاخبار تعارض وعندي ان معنى قوله تزوج وهو محرما اي داخل في الحرم كما يقال انجد
واتهم اذا دخل نجدا وتهامة قلت الجواب عنه من ثلاثة اوجه الاول ان حمله على الحقيقة الشرعية
اولى من الحقيقة اللغوية لما عرف والثاني انهم يزعمون انه كان بالمدينة عند العقد وانما وجه
اباها وكلاهما عليه السلام فلم يكن في الحرم ولو ادعوا ان المدينة حرم لم يكن ذلك مسلما لهم
ويكون على هذا النبي صلى الله عليه وسلم محرما على الدوام الا اذا بعد عن المدينة والثالث ان الراوي
الذي هو ابن عباس قطع له بعقد الاحرام لانه دفع به قول من قال تزوج بها وهو حلال ولا يمكن
حمله على خلاف رواية الراوي فان قلت قالوا النهي قول والجواز فعل والقول مقدم لوجهين
احدهما ان القول يتعدى دون الفعل والثاني يجوز ان يكون الفعل مخصوصا به عليه السلام لا سيما
في باب النكاح ولان الفعل معارض في نفسه ولا معارض للقول قلت اجيب عن الوجه الاول
بالمنع فان الفعل يتعدى ايضا لان الاحرام لما لم يكن مانعا منه في حقه وثبت جواز العقد معه ثبت
في حق امته ايضا اذ امته اولى بالرخص وهو بالعزايم لضعفهم وحاجتهم وقوته وتحمل الاشق وعن الوجه
الثاني ان الاصل عدم الاختصاص ويلزم منه تغيير الاصل فلا يصار اليه م وما رواه ش اي وما
رواه الشافعي رحمه الله م على الوطي محمول ش لان النكاح للوطي حقيقة وللعقد مجاز اي لا يطا المحرم
ولا يمكن المراة حتى يطاها اما ذكره بعضهم وهو ضعيف لان التمكين في الوطي لا يسمى نكاحا مع
انه لا اعرابا لكنه عليه السلام اخبر عن معتاد احوال المحرمين انهم في احرامهم لا يشتغلون
بالنكاح والانكاح ولا يباشرون ذلك وقال الخطابي الاوجه ان يقال ان الحديث يروى بالنهي
مجزوما والنهي يكون للتنزيه كما في نهيه عليه السلام عن الخطبة على خطبة اخيه ولو فعل صح
النكاح عندنا والشافعي واحمد خلافا لمالك رحمه الله يحمل عليه توفيقا بين الحديثين ولو روي
منفيا فالنفي بمعنى النهي م في الكل م ويجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمه الله

لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية ش وبه قال مالك واحمد في رواية وعن مالك جواز نكاح الامة مطلقا
وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن الحارث والزهري انهما قالا يتزوج الحر اربعا من الاما من غير فصل
وقال ابن عباس رضي الله ومجاهد ومما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسرا الا ان يكون
تحته حرة وقال قتادة والثوري اذا خاف العنت جاز له نكاح الامة وان وجد طولا وفي الدر حيرم
العواقبه اذا لم يستغن بامة واحدة يتزوج الى اربع وهو قول ابن حنبل وان استغنى بها ففي الزيادة
عليها خلاف واباح حماد نكاح اثنتين من الاما وعند الشافعي رحمه الله لا يزيد على واحدة وهو رواية
عن احمد م لان جواز نكاح الاما ضروري عنده ش اي عند الشافعي رحمه الله لما فيه ش اي لما تزوج
الاما م من تعريض الجزء على الرق ش اذ الولد يتبع الام في الرق م وقد ارتفعت الضرورة بالمسلمة
اي بالامة المسلمة الواحدة والضرورة تتقدر بقدرها فلا حاجة الى الكتابية م ولهذا ش اي
ولكونه ضروريا م جعل ش اي الشافعي م وعندنا الجواز مطلق ش اي جواز نكاح الامة مطلق مسلمة
كانت او كتابية م لاطلاق المقتضي ش وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا م وفيه ش اي في
الاقدام على نكاح الامة م امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه ش لانه لم يوجد بعد لانه ما مراق
وفيه الارقاق محال وبعدما حرف لا يتصور منه شي حتى يقال انه ارقاق وبعد وجود المال يوصف
بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا م وله ان لا يحصل الاصل
ش اي الولد بالعزل برضى المراة وبتزوج العجوز العقيم م فيكون له ان لا يحصل الوصف ش اي
وصف الحرية ايضا بتزوج الامة م ولا يتزوج امة على حرة ش سوا كان حرا او عبدا م لقوله عليه
السلام ش لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا تنكح الامة على الحرة ش روى الدارقطني في سننه
في الطلاق من حديث مظاهر بن اسلم عن القاسم بن محمد عن عايشة قالت قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم طلاق العبد اثنتان ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقرء الامة حيضتان وتتزوج
الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة ومظاهر ابن اسلم ضعيف وروى الطبراني في تفسير
سورة النسا باسناده عن الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة
قال وتنكح الحرة على الامة ومن وجد طولا لحرة فلا ينكح امة ورواه عبد الرزاق في مصنفه
مقتصرا على نكاح الامة فقال حدثنا ابن عيينة عن عمرو بن عيينة عن الحسن قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان تنكح الامة على الحرة ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ايضا حدثنا
ابو داود الطيالسي عن هشام الدستوائي عن رجل عن الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى ان تنكح الامة على الحرة وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع
جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج عن الحسن وابن المسيب
نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي بن ابي طالب وابن مسعود رضي الله عنه نحوه واخرج عن مكحول
ايضا نحوه وفي السروجي وعن سعيد بن المسيب ومكحول في الرجل يتزوج الامة على الحرة قال لا يفرق بينهما
وعن الزهري يرجع طهره وينزع منه وعن ابن طاوس قلت لابي رجل تزوج امة على حرة وانه يزعم انه
قد حرموها عليه قال صدقوا ذكره ابن ابي شيبة م وهو باطلاقه ش اي الحديث المذكور بمقتضى اطلاقه
حجة على الشافعي رحمه الله في ذلك ش اي يجوز الامة على الحرة م للعبد ش قال عنده يجوز للعبد ان
يتزوج الامة على الحرة وبه قال احمد في رواية م وعلى مالك ش اي وحجة على مالك م في تجويزه ش اي في
تجويزه الامة على الحرة م برضى الحرة ش يعني اذا رضيت الحرة بذلك يجوز م لان للرق تاثيرا ش اي في قوله
حالة الانضمام دليلنا ولم يذكر دليل الشافعي رحمه الله ولا دليل مالك فوجه قول الشافعي ان تزوج
الامة ممنوع بمعنى في التزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزيه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد
في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزايه ووجه قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد اسقطت
حقها واشار الى وجه قولنا بقوله لان للرق تاثيرا اي الرق له تاثير م في تنصيف النعمة ش وهي الحالة
الذي يبنى عليه النكاح في جانب النسا والرجال جميعا م على ما نقرره في الطلاق ان شا الله تعالى ش قد
قرره في اخر الفصل الذي في باب طلاق السنة على ما يا في بيانه ان شا الله عز وجل م فيثبت به ش اي
اي بالحل الذي يبنى عليه النكاح دون ما بعدها هو قوله م حل المحلية في حالة الانفراد ش وهي ما اذا تزوج

الامة ولم يكن تحته حرة م دون حالة الانضمام ش وهي ما اذا جمع بين الحرة والامة في عقد النكاح او تزوج
الامة على الحرة نقر من هذا ان في الحقيقة حالتين حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فيثبت
الحل في حالة الانفراد دون الانضمام وهو تزوجها على الحرة او مع الحرة والتزوج على الحرة انضمام
واقوى لان كل فعل يحتمل الامتداد نوطي لبقائه حكم الابتدا وحكم النكاح من ذلك القبيل
فيحصل الانضمام على هذا الطريق وقد طول الاكمل هنا كلامه واستغربه وهو في الحقيقة اخذه
من النهاية وصاحب النهاية اخذه من المبسوط وفيما ذكرنا كفاية م ويجوز تزوج الحرة عليها
ش اي على الامة ولا يبطل نكاح الامة باجماع الائمة الاربعة وقال المزني والشافعي من اصحابه يبطل
نكاح الامة للقدرة على طول الحرة م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م وينكح
الحرة على الامة ش تقدم هذا عن قريب في سنن الدارقطني من حديث عايشة رضي الله عنها م ولانها
ش اي ولان الحرة م من المحللات ش بفتح اللام م في جميع الحالات اذ لا منصف ش بكسر الصاد م في
حقها ش اي في حق الحرة بخلاف الامة م بان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق باين ش او ثلاث
قيد الاعتداد عن طلاق باين لانها لو كانت معتدة من طلاق رجعي لا يجوز بالاتفاق م لم يجز عند ابي ح
ويجوز عندهما ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد عند عدم طول الحرة م لان هذا ش اي نكاح الامة
في عدة الحرة م ليس بتزوج عليها ش اي على الحرة لزوال الملك م وهو المحرم ش اي التزوج على الحرة هو
المحرم بكسر الراء م ولهذا ش اي ولكون المحرم هو التزوج على الحرة م لو حلف لا يتزوج عليها ش اي على
امراته بان قال ان تزوجت عليك امراة فهي طالق فتزوج امراة بعد ما ابانها م لا يحنث بهذا ش اي
بهذا التزوج وهو تزوج المراة حرة كانت او امة في عدة عن طلاق باين بخلاف ما لو تزوج امراة في
عدة اختها من طلاق باين فانه لا يجوز بالاتفاق علمايها خلافا للشافعي رحمه الله لان المحرم هناك الجمع وفي التزوج
في العدة صار جامعا بينهما في حقوق النكاح اما ههنا فالمنع ليس لاجل الجمع ولهذا لو تزوج الحرة
عليها يجوز ان يجوز الامة على الحرة ادخال ما قصد الحال في مراجحة كاملة الحال ولهذا لا يوجد بعد
البينونة كذا في المبسوط والاسرار م ولابي حنيفة رضي الله عنه ان نكاح الحرة باق من وجه ش
في العدة م لبقاء بعض الاحكام ش وهو المنع من التزوج والفراش حتى يثبت نسبه والنفقة فكانت
العدة حقا من حقوق النكاح وحق الشي كنفس ذلك الشي م فيبقى المنع احتياطا ش كما لو تزوج اختها
في عدة اختها م بخلاف اليمين ش جواب عن قولهما ولهذا لو حلف لعدم الحنث لان اليمين يعتبر فيه العرف
وفي العرف لا يسمى متزوجا عليها بعد البينونة فلهذا لم يطلق واما في الفاظ الشرع المعتبر المعنى
ومعنى الحرمة باق ببقاء العدة وعلل المصنف بقوله م لان المقصود ان لا يدخل غيرها ش عليها
شركة م في قسمها ش بفتح القاف لان غرض الحالف تطييب قلبها بترك الاشتراك في الفراش م واذا
تزوجها في العدة كما اشترك غيرها في قسمها م وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاما ش وفي بعض النسخ
ويجوز للحر ان يتزوج اربعا من النساء الحراير او اربعا من الاما او اربعا منهما اذا فقد الامة م وليس له ان
يتزوج اكثر من ذلك ش اي من الاربع وعن القاسم ابن ابرهيم انه اباح نكاح تسع وهو خرق للاجماع ومثله
نقل عن الروافض فانهم يجوزون تسعا من الحراير وفي الحواشي حكى عن النخعي وابن ابي ليلى هكذا
وعن بعض الشيعة والخوارج جواز نكاح ثمان عشرة تعلقا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من
النسا مثنى وثلاث ورباع فمن جعل مبنى بعد العدل بمثنى اثنين ولذا اما بعده اباح نكاح تسع
ومن قال مثنى يعني اثنين مرتين اباح نكاح ثمان عشرة امراة وحكى القاضي عبد الوهاب
عن بعض الناس انه جوز للرجل ان يتزوج من النساء اي عدد شا قليلا كان او كثيرا من غير حصر وذلك
السروجي اباح الله سبحانه الرواج في التورية من غير حصر لمصلحة المصالح الرجال دون النساء
وحرم في الانجيل الزيادة على الواحد حفظا لمصالح النسا دون الرجال وجمع في هذه الشريعة المعظمة
بين مصالح الرجال والنساء م لقوله عز وجل فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى وثلاث ورباع والتنصيص
على العدد يمنع الزيادة عليه ش فان قيل قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه
غير مسلم الا ترى انه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغايط وقي ومني ودم والا
يغسل من الخمر ايضا مع انه عليه السلام نص على العدد مع طلب الحصر واجيب بان معناه انما

يغسل الثوب

يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الادمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسوال من يسال عن النخامة
وهو تخصيص على هذا العدد وقيل كلام المصنف انما يمشي على قول من يقول ان الواو في الاية بمعنى او
كما في قوله تعالى اولى اجنحة مثنى الاية ورد بان الاصح ان الواو بمعناها الان ولا يستعمل الا في التخيير
والتخيير في الحقيقة لانه حل في العدد ومثل هذا التركيبة يدل على جواز احد الاعداد كما في قوله
اقتسموا هذا المال اثنين اثنين وثلاثة ثلاثة واربعة اربعة ولو قلت او لعلم انه لا يسوغ ان يقتسموا
الا احد هذه القسمة وليس لهم ان يجمعوا بينها الا ان لاحد المشترين والواو يدل على تجويز الجمع بين الفرق
وقال الفرا المراد واحد من الاعداد ولا وجه لحمله على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من
العي في الكلام فان من اراد ان يقول اعط فلانا تسعة دراهم فقال اعطه درهمين وثلاثة واربعة
كان سخيفا جاهلا فعلم ان المراد واحد وقيل معنى الاية لينكح بعضكم اثنين وبعضكم ثلاثا وبعضكم
اربعا ولا يجوز لغة ولا شرعا واذا تزوج تسعا في زمان واحد لا يكون مثنى ولا ثلاث ولا رباع بل يكون
تساع م وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج الا امة واحدة ش يعني عند عدم طول الحرة وخوف العنت
وبه قال احمد وقال مالك يجوز تزوج اربع من الاما عند عدم طول الحرة وخوف العنت وعندنا يجوز
الاربع مع الطول وعدم خوف العنت ثم في جواز نكاح الامة عدم طول الحرة وخوف العنت شرط عندهم
وعندنا ليس بشرط ولكن المستحب ان لا يتزوج الامة مع طول الحرة عندنا م لانه ضروري عنده ش
اي لان نكاح الامة ضروري عند الشافعي رحمه الله والضرورة ترتفع بالواحدة فلا يزاد عليها كالميتة احلت
للضرورة لم تجز الاستزادة ما يسد رمقه م والحجة عليه ش اي على الشافعي رحمه الله م ما تلونا ش وهو
قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا يتناول الحراير ويتناول الاما الا اسرارى كان الاولى ان يقول اذا
الامة والحرة م كما في الظهار ش فان اية منكوحة بلفظ النسا يتناول الامة المنكوحة وحكم المدبرة والمكاتبة
على هذا الخلاف المذكور والمستسعاه كالمكاتبة عند ابي حنيفة رضي الله عنه م ولا يجوز للعبد ان يتزوج
اكثر من اثنتين ش وبه قال الشافعي رحمه الله واحمد وهو قول عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم وبه
قال عطا والحسن البصري والشعبي والثوري م وقال مالك يجوز ش له الاربع كالحر وبه قال سالم وطاوس
ومجاهد والزهري وربيعة الراي وابو ثور وداود والمكاتب والمدبر وام الولد في هذا كالعبد م لانه ش اي لان
العبد م في حق النكاح بمنزلة الحر عنده ش اي عند مالك م حتى ملكه ش اي حتى ملك النكاح م بغير اذن
المولى ش لان ملك النكاح من خواص الادمية والرق لا يؤثر فيها فصار كالقصاص فانه مبقي على اصل الحرية
فيه بالاجماع فكذلك ههنا م ولنا ان الرق منصف ش يعني مؤثر في تنصيف النعم وهذا الحل نعمة
من الله تعالى يتوصل بها الى اقتضاء شهوة الفرج حلالا والنعم تتفاوت الاحوال في الشرف فان حال
النبوة لما كانت اشرف حل له التسع دون غيره وحال الحرية اشرف من حال العبد فتظهر الزيادة في حق
الحر دون العبد م فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا ش اي ويتزوج الحر اربعا لشرفه م اظهارا لشرف
الحرية ش وتوثيقه حديث عمر رضي الله عنه فانه قال لا يتزوج العبد اكثر من اثنتين وفي المحلى وعن عطا
اجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان العبد لا يجمع بين النسا فوق اثنتين انتهى وفيه خلاف
الشافعي ومالك وقد ذكرناه عن قريب م فان طلق الحر احدى الاربع ش يعني اذا كان الرجل الحر متزوجا
باربع نسوة فطلق احداهن م طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة م حتى تنقضي عدتها ش يروى ذلك
عن علي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد
والنخعي والثوري واحمد وقال القاسم بن محمد وعروة وابن ابي ليلى له ذلك لانقطاع النكاح بينهما وبه قال
الشافعي رحمه الله اشار اليه المصنف بقوله م وفيه خلاف الشافعي رحمه الله ش اي في تزوج
الرابعة في عدة المطلقة طلاقا باينا خلاف الشافعي رحمه الله يعني يجوز عنده وبه قال مالك وابو ثور
وابو عبيد وابن المنذر قلنا نكاح المطلقة الرابعة قايم لبقا احكامه من النفقة والفراش
والمنع من الخروج والقاطع بدليل تاخر عمله الى انقضا العدة وعن ابي الزناد انه قال كان للوليد
ابن عبد الملك اربع نسوة فطلق واحدة منهن البتة وتزوج غيرها قبل ان تحل فعاب ذلك عليه
كثير من الفقها سهم سعيد بن المسيب قال سعيد ابن منصور اذا عاب عليه سعيد ابن المسيب باي
شي يقول حكى ان مروان شاور الصحابة فيه فاتفقوا على انه تفرق بينهما وخالفهم زيد بن ثابت رحمه

الى قوله ذكره في المبسوط م وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت ش اى عدم جواز نكاح المراة في
عدة الرابعة قبل انقضائها نظير عدم جواز الاخت في عدة الاخت وقد مر ذلك فيما مضى وفي المبسوط
لزوج المرتدة ان يتزوج اختها بعد لحاقها قبل انقضاء عدتها لانها لا عدة عليها من المسلم لتباين
الدارين فان عادت مسلمة لا يفسد نكاح الاخت لان العدة لا تعود وعند ابى يوسف تعود وفي بطلان
نكاحها روايتان عنه قال ش اى محمد في الجامع الصغير م فان تزوج حبلى من الزنا جاز النكاح ولا
يطاها حتى تضع حملها ش هذا اذا لم يكن الحمل ثابت النسب م وهذا ش اى جواز النكاح
ومنع الوطي الى حين الوضع م عند ابى حنيفة ومحمد ش وبه قال الشافعي رحمه الله في جواز النكاح
ولكنه جوز وطيها م وقال ابو يوسف النكاح ش وبه قال ابن شبرمة وزفر ومالك واحمد م وان كان
الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع ش ولو كان الحمل من الزنا من المتزوج فالنكاح جائز عند
الكل ويحل له وطيها وتستحق النفقة عند الكل ذكره في النوازل وان كان الزنا من غيره تستحق
النفقة عند بعض المشايخ ولا تستحق عند البعض على مذهب ابى حنيفة ومحمد م لابى يوسف ان
الامتناع ش اى امتناع النكاح م في الاصل ش وهو صورة الاجماع يعني فيما اذا كان الحمل ثابت النسب
لحرمة الحمل ش وصيانته عن سقيه ماء ذرع غيره فان الحمل يزداد بسعة ويصرح حد بالوطي م
وهذا الحمل من الزنا محترم لانه لا جناية منه ش اى من الحمل م وهذا ش اى ولاجل عدم الجناية
منه م لم يجز اسقاطه ش فيمتنع النكاح هنا ايضا م ولهما ش اى لابى حنيفة ومحمد انها ش اى الحبلى
الحبلى من الزنا م من المحللات بالنص ش وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان
قلت ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص قلت لمكان قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى
يبلغ الكتاب اجله م وحرمة الوطي ش هذا جواب عما يقال لو كانت من المحللات لحل وطيها بعد ورود
العقد عليها فاجاب بقوله وحرمة الوطي م كي لا يسقي ماءه ذرع غيره ش وهو حرام لقوله عليه السلام من
كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقي ماءه ذرع غيره يعني وطي الحوامل وقال عليه السلام لا توطا حامل
حتى تضع صحيح فان قلت فم الرحم ينسد بالحبل فكيف يكون سقي غيره قلت شعره ينبت من ماء
الغير قال قلت النكاح شرع بملك ضروري وهو الحل فلا يثبت بدونه والحل هنا غير ثابت فلا
يثبت بالنكاح قلت ليس من ضرورة حرمة الوطي انتفاء الحل على شرف الزوال فساد النكاح كما لو
حرم بالحيض والنفاس م والامتناع في ثابت النسب ش جواب عن قول ابى يوسف انه لحرمة الحمل
تقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني ش لان نكاحه
الحرام م فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب ش من زوجها فكان الماء محترما
واجب الصيانة هذا باجماع الائمة الاربعة وكذا المهاجرة الينا لو كانت حاملا وروى الحسن عن
ابى حنيفة والمهاجرة والمسبية انه يجوز نكاحهما لكن لا يطاهما حتى تضعا حملهما وان لم تكن حاملا
يجوز النكاح لان الفرقة وقعت بتباين الدارين كذا في جامع المحبوبي م وان زوج ام ولده وهي حامل
منه ش اى والحال انها حامل من المولى م فالنكاح باطل ش اى بالاجماع م لانها ش اى لان ام الولد
فراش لمولاها ش لوجود حدها وهو صيرورة المراة متعينة لثبوت نسب الولد منها وهو معنى قوله م
حتى يثبت نسب ولدها منه ش اى من المولى من غير دعوة فان قلت ذكرها بلفظ الباطل وفيما
تقدم بلفظ الفاسد قلت لان الحرمة فيما تقدم مختلف فيه لما ذكرنا من رواية الحسن فكانت
حرمتها اخف فذكر بلفظ الفاسد وقيل المراد بالفاسد هناك البطلان ايضا وفيه
تامل م فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين ش وهما فراش المولى وفراش الناكح وانه لا يجوز
لانه يؤدي الى اشتباه الانساب كنكاح المنكوحة م الا انه غير متاكد ش هذا
استثناء من قوله فراش لمولاها يعني ام الولد فراش لمولاها الا انها فراش قوي وجوزان يكون هذا
جوابا عما يقال هو انه لما كانت فراشا لمولاها لما جاز نكاحها عند كونها غير حامل ايضا مع
انه يجوز فاجاب بقوله الا انه اي الا ان فراشها غير متاكد يعني ضعيف م حتى ينتفي الولد بالنفي
ش اى حتى ينتفي ولده بمجرد النفي م من غير لعان فلا يعتبر ما لم ينضم اليه الحمل ش فلا يعتبر
هذا الفراش ما لم ينضم اليه الحمل لان الحمل مانع في الجملة ولذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التاكيد

فان قلت اذا كان غير متاكد بينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح
نفيا للنسب فانه يحتمل النفي دلالة كما اذا قال لجارية له ولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة هذا
الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز
النكاح كما تقدم قلت اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح
ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال ان زوج ام ولده وهي حامل منه
وانما يكون الحمل منه اذا اقر به م ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ش لعدم حد الفراش
وهو صيرورة المراة متعينة لثبوت نسب ولد الرجل ولم يوجد ذلك فيها م فانها لو جاءت بولد
لا يثبت نسبه من غير دعوة ش فلا مانع للنكاح فيجوز م الا ان عليه ش اى على المولى م ان يستبرئها
ش قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع
الصغير وانما ذكره المصنف فيقال انه اراد به الاستحباب م صيانة لمائه ش وقد صرح في فتاوى
الولوالجي بالاستحباب م واذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابى حنيفة وابى يوسف
وقال محمد لا احب له ان يطاها حتى يستبرئها ش وفي المشكلات لا يحل له وطيها حتى يستبرئها
بحيضة م لانه ش اى لان زوجها م احتمل الشغل بماء المولى ش لوجود سببه وهو الوطي ولو تحقق
الشغل والوطي لحرم الوطي فندبا عن سقي ذرع غيره فاذا احتمل م يوجب التنزه كما في الشراء
ش فان التنزه عن الوطي في الشراء قبل الاستبراء واجب وذكر الاترازي اى يلبث التنزه ولعل المراد
منه الوجوب المصطلح لدلالة قوله لا احب ان يطاها م ولهما ش اى لابى حنيفة وابى يوسف م ان الحكم
بجواز النكاح امارة الفراغ ش اى الحكم الشرعي بجواز النكاح علامة فراغ الرحم لان النكاح لم
يشرع الا على رحم فارغ عن ماء محترم واذا كان الرحم فارغا م فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا
وجوبا ش اى لا على طريق الاستحباب ولا على طريق الوجوب اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم
لفظ استحبابا وكان حقه التاخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء
عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به وكان نفيه اهم واما لينتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء
فيه واجب م بخلاف الشراء ش هذا جواب عن قياس قول محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق تقريره
ان الشراء ليس مثل النكاح فانه عليه م لانه ش اى لان الشراء م يجوز مع الشغل ش دون النكاح
فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ والا لكان حكما بما لا يجوز ولا دلالة في الشراء فيجب الاستبراء
وهذا الخلاف فيما اذا لم يستبرئها المولى اما لو استبراها ثم زوجها يجوز وطي الزوج بالاجماع قبل
الاستبراء ومن المشايخ من قال لا خلاف بينهم في الحاصل لان عندهما لا يجب الاستبراء ولم يقولا
لا يستحب وعند محمد يستحب وما قال واجب وقال ابو الليث وقول محمد اقرب الى الاحتياط
وبه ناخذ كذا في جامع المحبوبي م وكذا ش اى ولهذا الحكم مع الخلاف المذكور فيما م اذا راى امراة تزني
فتزوجها حل له ان يطاها قبل ان يستبرئها عندهما ش اى عند ابى حنيفة وابى يوسف وبه قال
الشافعي ومالك رحمهما الله وقال احمد لا يجوز الا بشرط انقضاء العدة ثلاث حيض وتوبتها حتى قال
احمد لو زنت امراة لا يطاها الزوج حتى تعتد من الزاني ثلاث حيض عنده وقيل يكفي
بحيضة وقال احمد لا يطاها حتى تتوب الزانية وقول قتادة واسحق وابى عبيد مثل قول احمد في
انقضاء العدة ثلاث حيض والتوبة وقال ابن حزم في المحلى لا يحل للزانية ان تنكح زانيا ولا
عفيفا حتى تتوب فاذا تابت حل لها الزواج من عفيف ولا يحل للزاني المسلم ان يتزوج مسلمة
لا زانية ولا عفيفة حتى يتوب وللزاني المسلم ان يتزوج كتابية عفيفة وان لم يتب والزنا
الطاري منهما اى من احدهما لا يوجب فسخ نكاحهما وروى ذلك باسناد عن علي وابن مسعود والبراء
ابن عازب وجابر بن عبد الله وابن عمر وعائشة واخرين رضي الله عنهم وقال ابن المنذر وهو قول
جابر وطاوس وابن المسيب وجابر بن زيد وعطا والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي واذا تابا
حل للزاني ان يتزوج بمن زنا بها عند الجمهور وعند ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة رضي الله عنهم
انها لا تحل للزاني بحال ثم لا تفرق بين الزوجين بزنى احدهما وعن جابر بن عبد الله ان المراة اذا زنت
يفرق بينهما ولا شيء لها وعن الحسن مثله وعن علي رضي الله عنه انه فرق بين امراة ورجل زنى قبل

ان يدخل بها وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبريها ش وذلك بطريق الاحتياط لاحتمال
اشتغال رحمها بماء الزاني م والمعنى ما ذكرنا ش اي ما ذكرناه من الجانبين في مسئلة الجارية تم ونكاح المتعة باطل
ش اي عند غير واحد من العلما الاجماع على تحريم المتعة وقال الخطابي في المعالم ان ذلك مما كان في صدر
الاسلام ثم حرم فلم يبق فيه اليوم خلاف من الامة الا شيئا ذهب اليه بعض الروافض وكان ابن عباس
يتاول في اباحته للمضطر اليه بطول الغربة وقلة اليسار ثم توقف عنه وامسك عن الفتوى به وقال
ابو بكر الحازمي يروى جوازه عن بعض الشيعة وعن ابن جريج وقال المازري في المعلم تقرر الاجماع
على منعه ولم يخالف فيه الا طايفة من المبتدعة وحكى ابن عبد البر الخلاف القديم في ذلك
فقال واما الصحابة فانهم اختلفوا في نكاح المتعة فذهب ابن عباس الى اجازتها وتحليلها لا خلاف
عنه في ذلك وعليه اكثر الصحابة منهم عطا ابن ابي رباح وسعيد بن جبير وطاوس قال وروي
ايضا تحليلها واجازتها عن ابي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله قال جابر تمتعنا الى النصف من خلا
عمر رضي الله عنه حتى نهى عمر الناس قال واما ساير الرواة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من
الخلفا وفقها المسلمين فعلى تحريم المتعة منهم مالك بن انس من اهل المدينة والثوري وابو ح
من اهل الكوفة والشافعي رحمه الله ومن سلك سبيله من اهل الحديث والفقه والنظر بالاثار
والاوزاعي من اهل الشام والليث بن سعد من اهل مصر وساير اصحاب الاثار م مثل ان يقول
لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال ش هذه صورة المتعة وفي المنافع صورتها ان يقول خذي
هذه العشرة لاتمتع بك او لاستمتع بك او متعيني بنفسك اياما وفي البدايع نكاح
المتعة نوعان احدهما ان يكون بلفظ التمتع والثاني ان يكون بلفظ النكاح او التزوج او ما يقوم
مقامهما فالاول ان يقول اتمتع بك يوما او شهرا او سنة على كذا وهو باطل وقال شيخنا ان
في شرح الترمذي نكاح المتعة المحرم هو ما اذا صرح بالتوقيت فيه اما اذا نوى في نفسه الزوج
انه لا يقيم معها الا سنة او شهرا او نحو ذلك ولم يشترط ذلك فانه نكاح صحيح عند عامة اهل
العلم ما خلا الاوزاعي فانه قال في هذه الصورة هي متعة ولا خير فيه واذا تقرر ان نكاح
المتعة غير صحيح فهل يحد من وطي في نكاح متعة اختلف فيه العلما فقال اكثر اصحاب مالك
لا حد عليه لشبهة العقد وقال الرافعي اذا وطي جاهلا بفساده فلا حد وان كان عالما فبني
امر الحد على ما روي ان ابن عباس كان يجوز نكاح المتعة ثم رجع عنه فان صح رجوعه وجب
الحد لحصول الاجماع فان لم يصح رجوعه فيبنى على انه لو اختلف اهل عصر في مسئلة ثم
اتفق من بعدهم على احد القولين فيها هل يصير ذلك مجمعا عليه فيه وجهان اصوليان ان قلنا
نعم وجب الحد والا فلا قال الرافعي وهو الاصح وكذا صححه النووي رحمه الله وقال ابن الزبير المتعة
الزنا الصريح ولا اجد احدا يعمل بها الا رجمته م وقال مالك هو جايز ش اي نكاح المتعة جايز
وقال الاكمل في هذا نظر فان المذكور في كتب مالك حرمة نكاح المتعة وقال في المدونة ولا يجوز النكاح
الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة وقال الاكمل معتذرا عن المصنف يجوز ان
يكون شمس الايمة الذي اخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة انتهى قلت
لم يذكر في كتاب من كتب المالكية رواية بجواز المتعة وبالاحتمال نقل قول عن امام من الايمة
غير موجه مع ان مالكا روى في موطاه من حديث الزهري من حديث علي بن ابي طالب ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النسا يوم خيبر على ما ياتي بيانه عن قريب وقال الاكمل ههنا
ايضا معتذرا ليس كل من يروي حديثا يكون واجب العمل لجواز ان يكون عنده ما يعارضه
او يترجح عليه انتهى قلت عادة مالك لا يروي حديثا في موطاه الا وهو يذهب اليه ويعمل به
ولو كان عنده ما ذكره الاكمل لذكره اصحابه ولم ينقل عنه شي من ذلك م لانه ش اي نكاح المتعة
م كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه ش اي فيبقى حكمه الى ان يظهر ناسخه م قلنا
ثبت النسخ باجماع الصحابة ش بيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما رواه
الترمذي من حديث الزهري عن عبد الله والحسن ابني محمد ابن علي عن ابيهما عن علي ابن ابي طالب
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النسا وعن لحوم الحمر الاهلية زمن خيبر

وقال حديث

وقال حديث حسن صحيح واخرجه بقية الايمة الستة ما خلا ابو داود ومنها ما اخرجه مسلم وبقية
اصحاب السنن من رواية الربيع ابن سبرة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة
وقال انها حرام من يومكم هذا الى يوم القيامة ومنها ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث ابي
هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك فنزلنا ثنية الوداع فراى نسا
يبكين فقال ما هذا قيل نسا تمتع بهن ازواجهن ثم فارقوهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
حرم او هدم المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث ومنها ما رواه مسلم من حديث سلمة ابن
الاكوع قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم عام اوطاس في المتعة ثلاثة ايام ثم نهى عنها ومنها
ما رواه البيهقي من حديث ابي ذر انما احلت لنا اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متعة النسا
ثلاثة ايام ثم نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ما رواه ابو داود في سننه من حديث الزهري
قال كنا عند عمر ابن عبد العزيز رضي الله عنه فتذاكرنا متعة النسا فقال رجل له الربيع بن سبرة
اشهد على ابي انه حدث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها في حجة الوداع انتهى ثم اجمعت الصحابة
على ان المتعة قد انتسخت في حيوة النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهر
لان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قلت ما وجه الاختلاف
المذكور في وقت تحريم المتعة لانه جا في زمن خيبر وفي غزوة تبوك وفي عام اوطاس وفي حجة الوداع
قلت قال المازري يصح ان ينهى عنها في زمن ثم ينهى عنها في زمن اخر توكيدا او ليشتهر النهي
ويسمعه من لم يكن سمعه اولا فسمع بعض الرواة النهي في زمن وسمعه اخر في زمن اخر فنقل
كل منهم ما سمعه واضافه الى زمن سماعه وقال بعضهم هذا مما تداوله التحريم والاباحة مرتين
والله اعلم وقال النووي الصواب المختار ان التحريم والاباحة كانا مرتين وكانت حلالا قبل خيبر
ثم حرمت يوم خيبر ثم ابيحت يوم فتح مكة وهو يوم اوطاس ثم حرمت يوميذ بعد ثلاثة ايام تحريما
مويدا الى يوم القيمة واستمر التحريم م وابن عباس صح رجوعه الى قولهم ش هذا جواب عما يقال ان الاجماع
وقد كان ابن عباس مخالفا فاجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه عن اباحة المتعة الى قول الصحابة
في تحريمها وروى جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة
م فتقرر الاجماع ش اي اجماع الصحابة على تحريمها م والنكاح الموقت باطل ش وهو قول عامة الفقهاء
وفي المحيط كل نكاح موقت متعة وفي ملتقى البحار النكاح الموقت في معنى المتعة عندنا خلافا لزفر
م مثل ان يتزوج الرجل امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام ش هذه صورة النكاح الموقت وقوله
عشرة ايام ليس بقيد ولذا قوله شهرا او سنة ونحوهما والفرق بذكر لفظ التزوج في الموقت دون
المتعة وكذا بالشهادة فيه دون المتعة وحكى ابن عبد البر وابن قدامة الحنبلي والنووي عن زفر
ان نكاح المتعة يصح ويتابد عنده قال السروجي رحمه الله ونقلهم غلط وانما قال زفر في النكاح
الموقت بما ذكرته عن اصحابنا وهو الذي ذكره المصنف وغيره م وقال زفر هو صحيح لازم ش
اي النكاح الموقت صحيح والتوقيت باطل طالت المدة او قصرت م لان النكاح لا يبطل ش لانه اتى بالنكاح
والشرط الزايد على ما يتم به النكاح فصح الايجاب وبطل الشرط لان النكاح لا يبطل بالشرط كما لو تزوج
بشرط ان يطلقها بعد شهر وعن ابرهيم النخعي النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع وذلك
لان النكاح من الاسقاطات لان معناه سقوط حرمة البضع في حق الزوج الا انه شرع ملكا
ضروريا لاجل شرعية الطلاق وهذا لا يبطل بالشرط الفاسد م ولنا انه ش اي ان النكاح بالتوقيت
م اتى بمعنى المتعة ش يعني اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمراة لا
لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة م والعبرة في العقود
للمعاني ش لا للالفاظ لان الكفالة بشرط برأة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة
م ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت ش احترز به عن قول الحسن ابن زياد انهما ان ذكرا
من الوقت ما لم يعلم انهما لا يعيشان اليه كماية سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه في معنى التابيد
وهو رواية عن ابي حنيفة واشار الى وجه الظاهر بقوله م لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد
وجد ش لان قوله تزوجتك التابيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال

الى عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سوا واستشكل
هذه المسألة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينهما
وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع النكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع
به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لا يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا
واما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة
عقد كما في الاجارة وقال الكاكي ومما يتعلق بمسألة النكاح ان المناكحة بين اهل السنة والاعتزال
قال الامام الرستغفني لا يجوز وقال الامام الفضلي من قال انا مومن ان شا الله فهو كافر لا يجوز
نكاح نسائهم وقال ابو حفص السنكردري لا ينبغي ان يزوج الحنفي بنته من الشافعي المذهب ولكن يتزوج
منهم وفي فتاوى الصغرى قال بعض المشايخ يجوز ان يزوج بنته من الشفعوي وقياس ما ذكر
الفضلي لا يجوز وقيل لا باس بتزوج النهاريات وهو ان يتزوجها على ان ياتيها نهارا دون الليل وكره ان
سرى وحماد هذا العقد وعن ابن وهب من المالكية يفسخ قبل البنا وبعده وبعضهم قالوا التفسخ قبل
البنا ويثبت بعده وياتيها ليلا ونهارا قال ابن الاصبغ لانه مؤبد فيلغو الشرط ولو نكح مطلقا ونيته ان يمكث
معها مدة فنكاحه صحيح وشذ الاوزاعي في جعله متعة ذكره النووي في شرح مسلم م ومن تزوج
ومن يزوج امراتين في عقدة واحدة احداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح
الاخرى ش باجماع الائمة الاربعة وقال السروجي وهو قول الجمهور من العلما واحد قولي الشافعي
وابن حنبل م لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع ش اي في عقدة واحدة
حيث يفسد البيع في العبد م لانه ش اي لان البيع م يبطل بالشروط الفاسدة ش لان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع وشرط بخلاف النكاح واشتراط الشرط في البيع في معنى القمار لانه يقابله مال
بمال ولا كذلك النكاح وفرق اخر وهو ان الحر لم يدخل تحت العقد فكان بيعا للعبد بالحصة ابتدا
وهو بيع فاسد والنكاح لا يفسد بذلك ويدل على الفرق بينهما انه لو قال بعتك هذا العبد بقيمته
او لم يذكر شيئا كان البيع فاسدا ولو قال زوجتك ابنتي بمهر المثل او لم يذكر شيئا كان النكاح صحيحا
ووجب مهر المثل م وقبول العقد في الحر شرط فيه ش اي في تصحيح البيع في العبد لانه لو لم يكن
كذلك لزم تفريق الصفقة وذلك حرام وشرط قبول الحر شرط فاسد والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لا
النكاح م ثم جميع المسمى ش في العقد يكون م للتي تحل عند ابي حنيفة ش وبه قال الشافعي م وعندهما
ش اي عند ابي يوسف ومحمد م يقسم على مهر مثلهما ش وبه قال الشافعي في قول واحمد وفي قول يستحق مهر المثل
لفساد المسمى لجهالته وبه قال مالك في قول وفي المغني تزوج ادعامي عقدة واحدة صح النكاح والمهر
وكذا في اشهر قولي الشافعي رحمه الله وابن حنبل وعنهما يجب لكل واحدة مهر مثلها م وهي مسألة الاصل
ش اي في المبسوط م ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امراته ش
بقضى بشهادة البينة م ولم يكن تزوجها ش اي والحال ان الرجل لم يكن تزوج هذه المراة م وسعها المقا
معه ش بفتح الميم وضمها اي وسع المراة الاقامة مع الزوج م وان يدعها ش اي وسعها ايضا ان تتركه
ش اي بان يجامعها م وهذا ش اي هذا المذكور في الحكم م عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش
وهذه المسألة ملقبة بين الفقها بان قضا القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة
ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرا تقرره فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير
ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى م وهو قول ابي يوسف اولا ش اي قول ابي حنيفة هو
قول ابي يوسف اولا م وفي قوله الاخر ش اي وفي قول ابي يوسف الاخر م وهو قول محمد لا يسعه ان يطاها
وهو ش اي قول محمد م قول الشافعي ش وقول مالك واحمد ايضا وعلى هذا الاختلاف في البيع
بان ادعى بيع جارية ولم يبعها في الواقع فقضى القاضي بالجارية للمدعي حل وطيها عنده خلافا لهم ولذا
لو ادعت المراة الطلقات الثلاث على زوجها وهو ينكر واقامت بينة ولم يكن طلقها في الواقع فقضى
القاضي بالطلقات الثلاث وتزوجت بزوج اخر حل للثاني وطيها عنده وعندهم لا يحل للثاني
ولا للاول ولذا الاختلاف في الفسخ والحاصل في المسألة اربعة اقاويل ابو حنيفة يقول للثاني
ولا للاول وعندهما لا يحل للثاني ح ولا للاول للحرمة والشافعي رحمه الله يقول يطاها الاول

سرا والثاني

سرا والثاني علانية وفيه اجتماع رجلين على امراة واحدة في طهر واحد وهو قبيح والاوجه ما قاله
ابو حنيفة رضي الله عنه كذا في جامع المحبوبي م لان القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة ش بالفتحات
جمع كاذب والخطا في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا م كما اذا ظهر انهم ش اي ان الشهود م عبيد او كفار
ش او محدودون في القذف والمشهود له يعلم خطاهم والقاضي لا يعلم فان قضاه ينفذ ظاهرا لا باطنا
وكما لو قضى بنكاح منكوحة الغير او معتدة الغير بشهادة الزور فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع م
ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده ش بالتحريك جمع صادق م عنده ش اي عند القاضي م وهو الحجة ش
اي صدق الشهود عند القاضي هو الحجة م لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق ش الحاصل ان القاضي مامور
بالقضا ببينة صادقة والتكليف بحسب الوسع وليس في وسعه الوقوف على صدق الشهود حقيقة
وهذا اذا اقيمت البينة وثبت عنده صدقهم بالتعديل او غيره يجب عليه القضا حتى لو لم يرد لذلك
نفسه يكفر ولو اخره يفسق وقد حصل هاهنا صدقهم بالتعديل في ظنه فيلزمه فوجب تصحيح قضائه
ما امكن م بخلاف الكفر والرق ش هذا جواب عن قولهما فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار تقريره ان
العبيد والكفار يعرفون بسيماهم م لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات م واذا ابتنى القضا ش
صفة المجهول م على الحجة ش وهي الشهادة الصادقة عند القاضي م وامكن تنفيذه ش اي تنفيذ الحكم
م باطنا بتقديم النكاح ش فقوله بتقديم النكاح جواب عما يقال القضا اظهار ما كان ثابتا لا اثبات
ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضا باطنا فاجاب بقوله بتقديم النكاح يعني بتقديم
النكاح على القضا بطريق الاقتضا كانه قال ان تزوجتك اياه وحكمت بينكما بذلك م ينفذ قطعا للمنازعة
ش فيحل له ان يطاها ليلا بناء على طلب الوطي ثانيا فان قيل اذا كان قضاه متضمنا انشا
العقد سابقا فليشترط الشهود عند قوله قضيت قلنا قال شمس الائمة السرخسي وغيره انه لا ينفذ
باطنا عنده بقوله قضيت الا بحضرة الشهود وبه اخذ عامة المشايخ وهو قول الزعفراني وقيل
لا يشترط حضور الشهود لقضائه لان العقد يثبت بمقتضى صحة قضائه في الباطن وما يثبت بمقتضى
صحة الغير لا يثبت بشرايطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عني بالف وقد جرى للاجل في هذه المسألة
بحث مع شخص معتزلي مراده بها المعاندة وذكره في شرحه ثم قال واما ما في هذه المسألة علي رضي الله عنه
فانه روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين فقضى بالنكاح
بينهما فقالت المراة ان لم يكن بد يا امير المومنين فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه شاهداك
زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها وزعمه الزوج فيها
وقد كان في ذلك تحصينهما من الزنا وكان ذلك منه قضا بشهادة الزور م بخلاف الاملاك المرسلة
ش اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين شرا
او ارث لا ينفذ القضا فيها الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطيها م لان في الاسباب تزاحما
ش لا كثيرة ولا يمكن للقاضي تعيين شي منها بدون الحجة م فلا امكان ش اي في تنفيذ الاطلاق الا به
لا يمكن تقديم شي من اسباب الملك في القضا لعدم اولوية بعضها على بعض ولا يمكن تقديم الكل
للاستحالة بخلاف القضا بالنكاح لان طريقه متعين من الوجه قلنا فيمكن تنفيذه واثباته وفي الهبة
والصدقة عن ابي حنيفة روايتان في رواية الحقها بالاشربة والاشربة من حيث انها تحتاج الى الايجاب
والقبول وفي رواية الحقها بالاملاك المرسلة لانه لا ولاية للقاضي على تمليك مال الغير بغير عوض والله اعلم

باب في الاولياء والاكفاء

ش لما ذكر النكاح والفاظه ومحله
شرع في بيان العاقد والولي اي هذا باب في بيان حال الاولياء والاكفاء والاولياء جمع ولي وهو المالك
يقال ولي اليتيم والقتيل اي مالك امرهما والاكفاء جمع كفو وهو النظير ومنه كافاه ساواه م وينعقد
نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي ش يعني لو زوجت نفسها بنفسها
سوا كانت م بكرا او ثيبا ش واحترز به من قول اصحاب الظاهر فانهم فصلوا بين البكر والثيب فقالوا
ان كانت بكرا لا يصح نكاحها بغير ولي وان كانت ثيبا صح م عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية
ش احترز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه قال ان الزوج كفوا لها جاز النكاح والا فلا م وعن ابي يوسف
ش يعني في غير ظاهر الرواية م انه لا ينعقد الا بولي ش قال ابو يوسف يقول اولا لا يجوز تزويجها نفسها

من كفو وغير كفو اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح والا فلا ثم رجع وقال صح النكاح سوا كان الزوج كفوا لها او لا وذكر الطحاوي قول ابي يوسف ان الزوج اذا كان كفوا لها امر القاضي الولي باجازة العقد فان اجاز جاز وان ابى لم يجز ولم ينفسخ ولكن يجيزه القاضي فيجوز ذكره في المبسوط وعند محمد ينعقد موقوفا ش على اجازة الولي سوا كان الزوج كفوا لها او لا فان اجاز الولي جاز والا فلا ومن العلما من يقول ان كانت غنية شريفة لم يجز تزوجها نفسها بغير رضى الولي وان كانت فقيرة خسيسة يجوز تزوجها نفسها بغير رضى الولي م وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النسا اصلا ش ولا توكيلا ولا بد من الولي او السلطان عند عدمه ويروى ذلك عن بعض الصحابة والتابعين ومن بعدهم وقال مالك اذا كانت ذات حسب وجمال وشرف او مال في مثلها لم يصح نكاحها الا بولي وان كانت خلاف ذلك جاز ان يتولى نكاحها اجنبي برضاها ولا تتولاه بنفسها قيل هذا النقل عنه غلط والصحيح منه ان الدنية اذا زوجها الجار وغيره ممن ليس بولي جاز والتي لها موضع فان زوجها غير الولي فرق بينهما فان اجاز الولي او السلطان جاز قال الشافعي واحمد شرط الولي في الكل واستدلا بقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن قال الشافعي رحمه الله هذه ابين اية في كتاب الله عز وجل يدل على ان النكاح بغير ولي لا يجوز لانه نهى الولي عن العضل اي المنع والمنع انما يتحقق منه اذا كان الممنوع في يده اذ الخطاب للاوليا وروى البخاري وابو داود والترمذي والنسائي من رواية الحسن عن معقل بن يسار قال كانت لي اخت تخطب الي فامنعها الحديث فانزل الله عز وجل فلا تعضلوهن وروى الترمذي حدثنا ابن ابي عمر نا سفيان بن عيينة عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عايشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل الحديث واخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجه ايضا وروى الترمذي من حديث ابي موسى الاشعري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي اخرجه ابو داود وابن ماجه ايضا واخرج الدارقطني في سننه من حديث قتادة عن الحسن عن عمران بن حصين عن ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ورواه الحاكم من حديث انس رضي الله عنه لا نكاح الا بولي ورواه البيهقي من حديث الحسن عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز نكاح الا بولي وشاهدي عدل وروى ابن عدي في الكامل من رواية ابن سيرين عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وخاطب وشاهدي عدل وروى ابن ماجه من رواية هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تزوج المراة المراة ولا تزوج المراة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها وروى ابن عدي في الكامل من حديث قبيصة بن ذويب عن معاذ بن جبل رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امراة تزوجت بغير ولي فهي زانية وروى الطبراني في الاوسط من حديث ابي سفيان عن جابر مرفوعا لا نكاح الا بولي فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وروى ابن عدي في الكامل من حديث الاصبغ بن نباتة عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امراة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له وفي الباب ايضا عن عبد الله بن عمرو وابي ذر والمقداد بن الاسود والمسور ابن مخرمة وام سلمة وزينب بنت جحش رضي الله عنهم واما استدلالهم من طريق المعقول فهو الذي اشار اليه المصنف بقوله م لان النكاح يراد بمقاصده ش ومقاصده معان تستدعي التوافق بينهما عادة ولا يوقف عليها الا بالعقل الكامل وعقلها ناقص بالحديث م والتفويض اليهن مخل ش تفويض عقد النكاح الى النسا م مخل بها ش اي بمقاصد النكاح لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند هيجان الشهوة فان الشهوة اذا ثارت حجبت العقول عن تحسين النظر في العواقب فلو فوض اليهن ربما يضعن انفسهن في غير الاكفا فيلحقهم العار ولا نقض قلنا هذا امر مردود بما اذا اذن لها الولي فان باذن الولي ينجبر الخلل وكان الواجب الجواز عندهم وهم لا يقولون به واشار الى هذا بقوله م الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة الولي والاستثنا من قوله مخل بها فالذي قاله محمد جواب بالرد لما قاله الخصم وتقريره ما قاله محمد ان الضرر الموهوم ينتفي باجازة الولي ولا خلل في نفس

العقد فيصح موقوفا باجازته وقالوا ايضا ينفذ عقد الولي عليها بسكوتها عنده ولو لم يكن له ولاية عليها لم ينفذ بسكوتها كالاجنبي قلنا سكوتها اذن منها بجعل الشارع ذلك اذنا منها فلم ينفذ الا باذنها كوكيلها قالوا يجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو لم يكن له ولاية لما وجب ذلك عليه قلنا هذا ممنوع بل يجب ان لا يمنع من تزويجها او يباشر بنفسها قالوا ان امرها وصف يسلب اهلية الامامة العامة والخاصة وسلب الشهادة فيما يندرئ بالشبهات وسقوط الجمعة والجماعات فصارت كالرقيق قلنا هذا قياس شبه باطل والنكاح ليس من الحدود ولا فيما يندرئ بالشبهات وانما سقطت الجمعة والجماعات للفتنة وهم شطر الناس فلا يسلب عنه الولاية ولا يوصف بشبهه بالنقص قالوا ان الولاية سعي عليها بعد بلوغها بعض صداقها وفي حق الصم والاسكان قلنا هذا لخوف الفتنة عليها قالوا الفا فاحرا في البضع ولهذا لا تنسا فرو خدرها قلنا يبطل هذا بسفر الحج فانها تسافر بغير محرم ولا زوج عند مالك والشافعي م ووجه الجواز ش اي جواز عقد نكاح المراة الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي م انها تصرفت في خالص حقها م لكونها عاقلة مميزة ولهذا ش اي ولاجل كونها عاقلة مميزة م كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج ش بالاتفاق وكل مصرف هذا شانه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاوليا ولهذا لا يجوز اذا لم يكن بكفو في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها وايجاب النفقة والكسوة والمهر والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للاوليا قال الفقير هذا استقلال بالراي في الكتاب والسنة ومثله فاسد اما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وانما يتحقق المنع اذا كان الممنوع في يده واما السنة فهي الاحاديث التي ذكرناها فنجيب اولا عن الاية ثم عن الاحاديث فنقول الاية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على انهن يملكنه وان قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله ان ينكحن ازواجهن يعارضها واما الجواب عن الاحاديث فنأتي واحدا واحدا فنقول اولا عن استدلال الشافعي رحمه الله واحمد رحمه الله بقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن انه يدل على جواز نكاحها بمباشرتها من غير اذن الولي من وجوه الاول ان الله تعالى اضاف العقد اليها الثاني انه نهيه تعالى عن العضل اذا تراضى الزوجان والثالث ان العضل اسم مشترك لمعنى المنع ومعنى الضيق والاول العضال وذلك كله ظاهر في منعها من الخروج والمراسلة في عقد النكاح والاظهر في الاية ان الخطاب للازواج لا للاوليا قال الله عز وجل واذا طلقتم النسا فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف وذلك بالحبس وتطويل العدة عليهن لقوله تعالى ضرارا لتعتدوا وكانوا يطلقون فيراجعون اذا قرب انقضا عدتهن من غير حاجة ضرارا وقال فخر الدين بن الخطيب المختار انه خطاب للازواج لا للاوليا قال وتمسك الشافعي رحمه الله بها ممنوع على المختار ورواه ابن عباس وايضا ثبوته في حق الولي ممنوع لانه مهما عضل لغيره فلا يبقى لعضله اثر واما الجواب عن حديث معقل بن يسار قال الرازي ان في طريقه مجهولا فلا يكون حجة عندهم واما حديث عايشة رضي الله عنها فمداره على الزهري وابن جريج سأله عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره فسقط اعتباره وقال الطحاوي صح عن عايشة رضي الله عنها ما خالف هذا الحديث فانها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن ابن المنذر وعبد الرحمن غايب بالشام ولما قدم قال امثلي يصنع به هذا ويفتات عليه فكلمت عايشة المنذر فقال المنذر ان ذلك بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت ارد امرا قضيته فقرت حفصة عنده ولم يكن ذلك طلاقا فلما رأت عايشة تزوجها جايزا مستقيما استحال عندنا ان تكون ترى ذلك وقد علمت ما نسب اليها من رواية الزهري فان قلت قال ابن حزم في المحلى هذا مشهور عنها ثم ذكر انكاح عايشة حفصة وفيه امرت رجلا فانكح ثم قالت ليس الى النسا النكاح قال وصح عنها بهذا رجوعها عن العمل الاول قال كتب الي داود بن يسار بهذا قلت قال السروجي ما اجهله بالفقه واصوله وهل يقول احد في

العالم اذ كان ابن ماجة يفيد اليقين والعلم الضروري مع انه لا يعرف صحة سنده ولا يعرف
من روى هذا الداودي ابن ماجة وخبر الواحد بالمشافهة لا يفيد يقينا فما ظنك بكتابه فان قلت
هذا الحديث قد روي بطرق كثيرة **قلت** في طريق يزيد بن سنان ابو فروة الرهاوي
قال احمد وعلي ابن المديني والدارقطني هو ضعيف وقال يحيى ليس بشيء وقال النسائي والازدي
متروك الحديث وفيها نوح ابن دراج القاضي قال يحيى سعد ولا يدري ما الحديث وقال
النسائي متروك الحديث وفيها عبد الله بن حكيم ابو بكر الزاهري الضبي يروي عن هشام ابن
عروة قال يحيى وعلي واحمد ليس بشيء ولا يكتب حديثه وفيها ابو الخصيب وهو مجهول وفيها
عطا ابن عجلان الحنفي العطار قال الترمذي ذاهب الحديث وفيها ابو مالك الحنفي ضعفه مسلم
وفيها الحجاج ابن ارطاة وفيه كلام كثير وفيها عبد الله بن لهيعة وهو معروف الحال والعجب
انهم يضعفونه عند كون الحديث عليهم ويحتجون به عند كون الحديث لهم وفيها ابن لهيعة
ضعفه ابن معين وقال ليس بشيء واما حديث ابي موسى الاشعري فرواه ابو اسحق السبيعي
عن ابي بردة فقطعه شعبة وسفيان الثوري وابو اسحق مدلس وقد قال عن ابي بردة فلا
يكون حجة واما حديث ابن مسعود ففيه بكر بن بكار قال يحيى ليس بشيء واما حديث عمر رضي الله
عنهما ففيه ثابت بن زهير قال ابو حاتم منكر الحديث وضعفه ابن عدي وابن حبان وقال
ابو داود هو موقوف على ابن عمر واما حديث عمران ابن الحصين فقد قال السروجي ليس له حديث
عن النبي صلى الله عليه وسلم وانما هو داود عن ابن مسعود واما حديث ابي هريرة ففيه جميل
ابن الحسن الجهضمي ومسلم بن ابي مسلم لا يعرفان واما حديث معاذ ابن جبل رضي الله تعالى عنه
ففيه نوح بن ابي مريم ابو عصمة ضعفه ابن معين والدارقطني واما حديث جابر رضي الله عنه
ففيه بقية بن الوليد ابو محمد الحمصي وكان مدلسا وقال ابو مسهر احاديث بقية ليست نقية وبروي
عن قوم مجهولين متروكين لا يحتج بهم واما حديث علي رضي الله عنه ففيه اصبغ بن نباتة
ابو القاسم الحنظلي ليس بثقة لا يساوي شيا قاله ابن معين وقال النسائي متروك الحديث
وقبله عمر ابن صبح التيمي ابو نعيم قال انا الذي وضعت خطبة النبي صلى الله عليه وسلم
وكان يضع الحديث وفي الجملة قد ضعف البخاري هذه الاحاديث وقال يحيى بن معين
واسحق بن راهويه ثلاثة احاديث لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه نسب الى
وسلم احدها لا نكاح الا بولي وثانيها من مس ذكره فليتوضا وثالثها ما اسكر كثيره فقليله حرام
رواه عنهما ابن عون الفرائضي وشمس الدين سبط ابن الجوزي وقال يحيى بن معين لا يصح في هذا
الباب الا حديث عائشة رضي الله عنها قلنا قد روي ما خالف حديثها وقد ذكرناه عن قريب
وقال الحافظ ابو جعفر الطحاوي رحمه الله فلما لم يكن في هذه الاثار دليل على ما ذهب اليه
اهل المقالة الاولى واراد بهم الشافعي ومالك واحمد واسحق وابا ثور نظرنا فيما سواها هل نجد
فيه شيا يدل على الحكم في هذا الباب كيف هو فاذا يونس قد حدثنا قال انا ابن وهب ان مالكا
حدثه عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستاذن في نفسها واذنها صماتها
واخرجه من بلا اشارطرق ثم قال فبين ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الحديث بقوله الايم
احق بنفسها من وليها ان امرها في تزويج نفسها اليها وهذا الحديث اخرجه مسلم ايضا عن يحيى
ابن يحيى عن مالك وابو داود عن احمد بن يونس وعبد الله بن مسلمة القعنبي كلاهما عن مالك واخرجه
الترمذي عن قتيبة بن سعيد عن مالك ثم قال هذا حديث حسن صحيح واخرجه النسائي عن
والايم بفتح الهمزة وتشديد اليا احد الحروف
وهي في الاصل التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا مطلقة كانت او متوفى عنها زوجها قيل
واراد فهاهنا الثيب خاصة على ما نبين ان شا الله عز وجل وقد ذكرت في شرحي معاني الاثار
للطحاوي وقد اختلف في معنى الايم ههنا مع اتفاق اهل اللغة انه ينطلق على كل امراة لا زوج
لها صغيرة كانت او كبيرة بكرا كانت او ثيبا فذهب علما الحجاز كافة وكافة الفقها الى ان المراد بها

ههنا الثيب التي فارقها زوجها وقالوا بانه اكثر استعمالا فيمن فارقت زوجها بموت او طلاق
وبرواية الاثبات فيه الثيب مفسرا وهو ايضا لفظ مسلم الثيب احق بنفسها من وليها وبمقابلته
بقوله البكر تستامر في نفسها ولو كان المراد بالايم كل من لا زوج له من الابكار وغيرهن لكان
جميعهن احق بانفسهن لم يكن لتخصيص الابكار من البكر معنى وذهب الكوفيون وزفر الى ان الايم هنا ينطلق
على ظاهره في اللغة وان كل امراة بكرا كانت او ثيبا اذا بلغت فهي احق بنفسها من وليها وعقدها على
نفسها جائز وهو قول الشعبي والزهري ايضا قالوا وليس الولي من اركان صحة العقد ولكن من تمامه
وحاصله قلت لا شك ان قوله عليه السلام الايم احق بنفسها عام يتناول الثيب والبكر والمتوفى
عنها زوجها فيجب العمل بعموم العام وانه موجب الحكم فيما يتناوله قطعا فان قلت رواية الثيب احق
بنفسها تفسر الايم احق بنفسها قلت هذه الرواية ليس فيها اجمال حتى تكون تلك الرواية مفسرة
لها بل يعمل بكل واحدة من الروايتين فيعمل برواية الايم على عمومها وبرواية الثيب على خصوصها
ولا منافاة بين الروايتين على ان ابا حنيفة يرجح العمل بالعام على العمل بالخاص ومنع الايم على الايامى وقال
الجوهري الايامى الذين لا ازواج لهم من الرجال والنسا واصلها ايايم فقلبت لان الواحد ايم سواء
كان تزوج من قبل او لم يتزوج وامراة ايم ايضا بكرا كانت او ثيبا وقد امت المراة من زوجها تئيم
ايمة وايما وايوما وتايمت المراة وتايم الرجل زمانا اذا مكث لا يتزوج **وقيل** انما يستعمل
في النسا وقد قيل في المراة ايمة **قوله** والبكر تستاذن اي يطلب منها الاذن في نكاحها **فان قلت**
قال الترمذي بعد ان ذكر هذا الحديث وقد احتج به بعض الناس في اجازة النكاح بغير ولي وليس فيه
ما قد احتجوا به لانه قد روي من غير وجه عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وهكذا
افتى به بعد النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا نكاح الا بولي وانما معنى قوله عليه السلام الايم احق بنفسها
من وليها عند اكثر اهل العلم ان الولي لا يزوجها الا برضاها **قلت** هذا الذي لا يليق بحاله لان
مثل هذا الكلام لا يصدر من مثله لان حديث ابن عباس هذا يساوي هذا الحديث الصحيح المجمع على
صحته وحديث ابن عباس متكلم فيه وقد ذكرناه **فان قلت** لم ترك المصنف الاستدلال من
الجانبين لغيره من المصنفين **قلت** قال الاكمل واذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف
الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول انتهى **قلت** ليس فيه ما يسمى العليل على ما لا يخفى على
المتامل ومما استدل به اصحابنا ما رواه الدارقطني من حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال ليس للولي مع الثيب امر والبكر تستامرها ابوها في نفسها ومنه ما رواه ابو بكر
ابن ابي شيبة في مصنفه ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة فقال عليه السلام لا نكاح لك فانكحي من
شئت وقد زوجها من كفو وروي ايضا من حديث عكرمة عن ابن عباس ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله
عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم **قيل** رجاله ثقات
واعل بالارسال **قلت** المرسل حجة عندنا ومنه ما روي عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
رد نكاح بكر وثيب انكحهما ابوهما وقال الدارقطني الصواب عن المهاجر عن عكرمة مرسل قلت المرسل
حجة ومنه ما رواه الدارقطني عن ابي سلمة قال انكح رجل من بني المنذر ابنته وهي كارهة فرد رسول الله
صلى الله عليه وسلم نكاحها وروى الدارقطني ايضا عن ابي سعيد الخدري انه عليه السلام قال لا
تنكحوهن الا باذنهن وعن الحكم قال كان علي رضي الله عنه اذا رفع اليه رجل يزوج امراة بغير ولي فدخل
بها امضاه فلو كان باطلا كما زعم الشافعي رحمه الله لما امضاه **م** وانما يطالب الولي **ش** هذا جواب عما يقال
اذا تصرفت في خالص حقها فلم امر الولي بالتزويج اذا طالبته واي حاجة لها الى طلب التصرف في الولي
في خالص حقها فاجاب بقوله وانما يطالب الولي **ش** بصيغة المجهول **م** بالتزويج كيلا ينسب **ش**
اي المراة **م** الى الوقاحة **ش** من وقح الرجل اذا صار قليل الحيا فهو وقح ووقاح بين الوقاحة والوقحة
والقحة والوقحة وامراة وقاح الوجه وذلك لانها تستحي من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد
لا ان هذا العقد منها وقاحة لانها لا تنفذ على المباشرة **م** ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو
ش يعني اذا زوجت نفسها من كفو او غير كفو جاز نكاحها وروي عن الحسن انه لا يجوز من غير كفو ومثله
في المحيط وفي قاضي خان يجوز في ظاهر الرواية لما ذكره المصنف **م** لكن للولي حق الاعتراض في غير الكفو

ش دفعا للعار عنه م هذا اذا لم تلد فان ولدت فلا حق للولي في الفسخ كذا في فتاوى قاضي خان والخلاصة
وفي مبسوط شيخ الاسلام له حق الفسخ بعد الولادة م وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير
الكفو ش وهو رواية الحسن كما ذكرنا وفي فتاوى قاضي خان والغنية المختار للفتوى في زماننا
رواية الحسن وفي الكافي وبقوله اخذ كثير من المشايخ قال شمس الائمة في المبسوط هذا اقرب
الى الاحتياط م لان كم من واقع لا يرفع ش اي كم من قضية تقع ولا يقدر احد على دفعها لانه ليس كل
ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزوج من غير كفو ا ع
صدر الاسلام لو زوجت المراة المطلقة الثلاث نفسها من غير كفو ودخل بها الزوج ثم طلقها لا
تحل على الزوج الاول على ما هو المختار من رواية الحسن وفي الحقائق هذا مما يجب حفظه لكثرة
وقوعه م ويروى رجوع محمد الى قولهما ش اي الى قول ابي حنيفة وابي يوسف يعني ينعقد نكاحها
عنده ايضا بلا ولي ولا يتوقف على الاجازة كما هو مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ولهذا ذكر ايضا في البدائع
وفي قاضي خان كان ابو يوسف يقول يتوقف على اجازة الولي فهو كان اولي ثم رجع وقال يجوز في
الكفو ويتوقف في غيره ثم رجع وقال يجوز فيهما وفي رواية الطحاوي عنه يجيز القاضي م ولا يجوز
للولي اجبار البكر البالغة على النكاح ش يريد انه لا يزوجها بغير رضاها فان فعل ذلك فالنكاح موقوف
على اجازتها عندنا وان ردته بطل وان سكتت عند استيذان وليها فهو اذن منها وهو قول
الاوزاعي والشعبي وطاوس والحسن بن حي وابي عبيد والثوري وابي ثور واحمد في رواية والظاهرية
واختاره ابن المنذر م خلافا للشافعي رحمه الله ش وبقوله قال مالك في اشهر الروايتين عنه واحمد في
رواية وابن ابي ليلى وعند الحسن البصري للاب جبر الثيب ايضا وعن ابراهيم ان كانت المراة في عيال
ابيها لم يستامرها وان كانت في عيال غيره استامرها ولكن يستحب عند السلف استيذانها م له
ش اي للشافعي رحمه الله م الاعتبار بالصغيرة ش اي القياس على الصغيرة لان الصغيرة اذا كانت
بكرا يزوجها ابوها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة واشار الى هذا بقوله م وهذا ش اي وجه الاعتبار
بالصغيرة م لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ش لم تمارس الرجال فلا تقف على مصالح النكاح
ومفاسده فكان بلوغها بكرا كبلوغها مجنونة م ولهذا ش اي ولاجل كونها جاهلة بامر النكاح م تقبض
الاب صداقها بغير امرها ش كما في الصغيرة م ولنا انها ش اي البكر البالغة م حرة مخاطبة ش بالحرية
والخطاب وصفان مؤثران في ولاية الاستبداد بالتصرف م فلا يكون للغير عليها ولاية ش كما في
المال م والولاية على الصغيرة ش جواب عن قياس الشافعي رحمه الله على الصغيرة تقريره ان القياس
على الصغيرة قياس بالفارق لان الولاية على الصغيرة م لقصور عقلها ش وفيما نحن فيه ليس بموجود م
وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب ش اليها م فصار ش اي وصار التصرف في المال اي في مال
البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه م وانما يملك ش جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب
صداقها تقريره انما يملك م الاب قبض الصداق برضاها دلالة ش يعني بالسكوت لان الظاهر ان
البكر تستحي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض حتى يجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعثها الى
بيت زوجها فكان انصبها ش اباه عن ذلك لان الدلالة تبطل بالصريح ولم يستدل المصنف للشافعي هنا بالحديث
ولا لنا والاحاديث التي استدل بها اصحابنا في هذا الباب قد ذكرناها عن قريب م قال ش اي القدوري
م فاذا استاذنها ش اي فاذا طلب الولي الاذن منها قبل النكاح قال في المبسوط يستاذنها خالية لا في
ملا من الناس كيلا يمنعها الحياء من الرد ولانه يخشى الاب عند الناس ردها م فسكتت
او ضحكت فهو اذن ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد
رضيت ش هذا غريب بهذا اللفظ وروى الائمة الستة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها
قال ان تسكت م ولان جنبة الرضا فيه راجحة ش اي لان جانب الرضا يرجح على جانب الرد
في السكوت والضحك فيكون في معنى المنصوص م لانها تستحي عن اظهار الرغبة ش في النكاح م
لا عن الرد ش اي على الرضى بالمسموع من السكوت لان الضحك علامة السرور والفرح بما سمعت م بخلاف
ما اذا بكت لانه ش اي لان البكاء م دليل السخط والكراهة ش غالبا والبكاء على السرور نادر فلا عبرة به ولكن

ليس برد حتى لو رضيت بعده ينفذ العقد م وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضى ش
والضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس وفي المرغيناني والحاوي ان بكت وكان
دمعها باردا يكون رضى وان كان حارا لا يكون رضى م واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا ش وفي المبسوط
قال بعض المتاخرين اذا كان بكاؤها بصوت كالويل يكون ردا واما اذا اخرج الدمع من غير صوت
لا يكون ردا الا انها تحزن على مفارقة بيت ابويها وعليه الفتوى وعن ابي يوسف ان البكاء رد وعنه انه رضى
وفي جامع قاضي خان تبحث بدموع عينيها ان كانت باردة فهي من السرور فيكون رضى وان كانت حارة
فهي من الحزن فيكون ردا وقيل ان كان بغير صوت رضى وان كان مع الصياح فرد وقال الشافعي رحمه الله البكاء
رضى الا ان يكون مع الصياح او ضرب الخد **فائدة** في كتاب الاجناس للناطفي جعل السكوت رضى
في عشر مسائل الاولى السكوت عند استيمار الولي الثانية في بيع التلجئة لو قالا في السر نظهر البيع علانية
وهو تلجئة ثم قال احدهما للاخر قد بدا لي ان اجعله بيعا صحيحا فسكت الاخر ثم تبايعا كان البيع صحيحا
الثالثة وقع عبد مسلم في الغنيمة بعدما اسره المشركون فقسمت ومولاه حاضر ساكت ولم يطالب العبد
فلا سبيل له على العبد بعد ذلك الرابعة قبض المشتري المبيع بغير اذن البائع وهو ساكت قبل نقد الثمن
فهو اذن له فيه الخامسة راى عبده يبيع ويشتري فسكت فهو اذن له في التجارة السادسة سكوت
الشفيع بعد العلم بالبيع يبطل حقه فيها السابعة عبد يبيع وهو ساكت ثم قال انا حر لا يقبل وزاد الطحاوي
في مختصره فقال له قم مع مولاك فقام لزمه البيع الثامنة لو قال والله لا اسكن فلانا داري ولا اترك له
في داري وهو نازل فيها فسكت يحنث وان قال له اخرج فابى ان يخرج فسكت الحالف لا يحنث التاسعة
ولدت امراته ولدا فهناه الناس به فسكت لزمه العاشرة بلغها الخبر فسكتت وزاد الشروحي عليها اربعة
اخرى **الاولى** لو قبض الموهوب له الموهوب في المجلس والواهب ساكت ملكه استحسانا **الثانية**
قبض المبيع في البيع الفاسد والبائع ساكت ملكه المشتري **الثالثة** لو جاءت ام الولد بولد اخر فسكت
المولى يوما او يومين لزمه ولا يصح نفيه بعد ذلك **الرابعة** مجهول النسب اذا بيع وهو ساكت ينظر
صح بيعه وصار لانه اقر بالبيع **وقد ذكر** الكافي خمسة اخرى **الاولى** اذا هني بالولد فسكت لزمه
الثانية قال الغريم بع عبدي فسكت ثم قام وباع كان قبولا للتوكيل الثالثة **الثانية** شق زق غيره
وهو حاضر فسكت حتى سال ما فيه لم يضمن **الرابعة** زوج الصغيرة غير الاب والجد فبلغت بكرا فسكتت
ساعة بطل خيارها **الخامسة** راى غيره يبيع ماله عرضا او عقارا فقبضها المشتري فتصرف فيها زمانا
وهو ساكت سقط دعواه ذكره في منية الفقهاء م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وان فعل هذا ش يعني
الاستيذان م غير الولي ش اي الاجانب وفسر قوله فان فعل هذا بقوله م يعني اذا استامر ش يعني غير
الولي م او ولي غيره ش اي او استامرها م ولي غيره اولى منه ش كاستيذان الاخ مع وجود الاب
قوله غيره اولى منه جملة وقعت صفة لقوله ولي والضمير في منه يرجع الى الغير م لم يكن رضا حتى تتكلم
به لان هذا السكوت لقلة الالتفات ش اي لقلة التفاتها الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضى
ش وبه قال الشافعي رحمه الله م ولو وقع ش اي السكوت دليلا على الرضى م فهو محتمل ش اي يحتمل
الاذن والرد م والاكتفاء بمثله ش اي بمثل السكوت المحتمل م للحاجة ش اي لحاجة الانكاح
ولا حاجة في حق غير الولي ولا حاجة في حق غير الاولياء ش وهذا رد لقوله ولو وقع اي السكوت
وفي المبسوط **وحكي** عن الكرخي ان سكوتها عند استيمار الاجنبي يكون رضى لانها تستحي
من الاجنبي اكثر مما تستحي من الولي والاول اصح ولا يكون اذنا اذا استامرها فرد كافر او عبد او صبي
م بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي ش يعني يكون استيمار رسول الولي كاستيمار الولي
لانه ش اي لان رسول الله م قائم مقامه ش اي مقام الولي **وفي البدائع** استيذان البكر
على ضربين الاول ان يستاذنها قبل العقد والثاني ان يستاذنها بعده والسكوت منها رضى في الوجهين
اذا كان المزوج هو الولي الاقرب او وكيله او رسوله بخلاف الولي الابعد والاجنبي م ويعتبر في الاستيمار
تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة ش اي يقع بالزوج المعرفة حتى لو قال ازوجك بعض جيراني
او بعض بني عمي لم يكن سكوتها رضى لان الرضى بالمجهول لا يتصور **وقيل** لو عد عليها جماعة فسكتت
زوجها من احدهم وكذا لو قال ازوجك من بني فلان وهم يحصون قالوا والشرط ان يكون المزوج لغوا للمهر او قرانا

حتى لو لم يكونوا كفوا ولم يكن المهر وافرا وعلم احدهما لم يكن سكوتها رضى الا في حق الاب والجد عند ابي حنيفة
لان الاب والجد عنده ولي في هذا العقد وعندهما الولي مطلقا الا ان الاب والجد بمنزلة الاجانب
الاجانب في هذا العقد كذا في جامع قاضي خان والمحيط والمبسوط وقال الشافعي رحمه الله يشترط
النطق في غير الاب في قوله وفي غير مهر المثل واستيمار وكل الاب كالاب وفي القنية لو قال الاب بدلا
فلان بمهر كذا فسكتت مرتين وهي تسكتها فزوجها جاز ولو قال لها اريد ان ازوجك من رجل فسكتت
لا يكون رضى هكذا روي عن محمد لعدم العلم به وفي الحاوي سئل ابو نصر عن الرجل قال
لبنته ازوجك من رجل فسكتت فهو رضى ولا خيار لها ولو قال ازوجك من رجل فسكتت لم يكن رضى
وفرق بين الماضي والمستقبل وعن ابي القاسم الصفار لها الخيار في الفصلين قال صاحب الحاوي
وبه ناخذ وفي جامع الفقه ولو قالت كنت قلت لك لا اريد فهو رد وكذا لا ارضى او لا اجيز او انا
كارهة ولو قالت لا يعجبني او لا اريد الا الزواج فليس برد حتى لو رضيت بعد ذلك صح ولو قالت
لا اريد فلانا فهو رد ولو قالت لا ارضى ثم قالت رضيت موصولا جاز وان فصل بطل ولو قالت
ذلك اليك فهو رضى م لم تظهر رغبتها فيه ش اي لم تظهر رغبة المراة في الزوج المسمى ش اي عن
الزوج م من رغبتها عنه ش اي عن الزوج المسمى ولفظ رغب اذا استعمل بكلمة في يدل على الرضى
به واذا استعملت بكلمة عن يدل على عدم الرغبة م ولا يشترط تسمية المهر ش يعني عند تسمية
الزوج في الاستيمار م هو الصحيح ش اي ترك تسمية الزوج هو الصحيح واحترز به عن قول بعض
المتاخرين من حيث قالوا لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف المهر في
القلة والكثرة والصحيح انه لا يشترط ذلك في المبسوط وفي جامع قاضي خان لان الطامع يختلف
باختلاف الزوج لان الاثبات لا تقف على مرادها في حق الزوج فاما في حق الصداق تعلم مرادها
في ذلك وهو صداق مثلها م لان للنكاح صحة بدونه ش اي بدون ذكر المهر ولا يصح بدون ذكر الزوج وفي
الكافي ان كان الزوج ابا جدا لا يشترط لانه لا ينقص من المهر الا لعرض يفوق المهر والمصنف
اطلق الصحة من غير تفصيل م ولو زوجها ش اي ولو زوج الولي المراة فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما
ذكرنا ش اي من حصول الرضى بالضحك والسكوت دون البكاء م لان وجه الدلالة في السكوت
لا يختلف ش اي بين حال الاستيمار وحال بلوغ الخبر لان المعنى الذي صار السكوت لاجله رضى
قبل العقد وجد بعده وهو العجز عن النطق بسبب الحياء ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه
العدد او العدالة خلافا لهما ش اي لابي يوسف ومحمد فان عندهما الاخبار كاف ولا يشترط العدد
ولا العدالة م ولو كان رسولا ش اي المخبر لو كان م رسولا لا يشترط ش العدد ولا العدالة م
بالاجماع ش لانه قائم مقام الولي م وله نظائر ش اي لهذا الخلاف الذي وقع بين ابي حنيفة وصاحبيه
في اخبار الفضولي نظائر في المسائل وهي عزل الوكيل وحجر الماذون ووقوع العلم بفسخ الشركة
الخلاف في وجوب الشرائع على المسلم الذي لم يهاجر ذكره في الكافي م واذا استاذن الثيب فلا
بد من رضاها بالقول ش اي باجماع بين الائمة الاربعة اذا كانت بالغة وفي الثيب الصغيرة
لا يحتاج الى رضاها بل يزوجها الولي جبرا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا اعتبار لرضاها فلا تزوج
حتى تبلغ وروي هذا عن مالك وعند احمد لا يجوز اجبار الصغيرة والكبيرة وفي رواية عن
مالك الا ان احمد قال اذا بلغت تسع سنين صح ردها في النكاح وغيره م لقوله عليه السلام
ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الثيب تشاور ش هذا غريب بهذا اللفظ وروى مسلم
من حديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا الثيب احق بنفسها من وليها وروى ابو داود والنسائي
من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس للولي
مع الثيب امر م ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحيا بالممارسة ش بالرجال فلا يكتفى بسكوتها
عند الاستيمار م ولا مانع من النطق في حقها ش اي في حق الثيب بخلاف البكر م واذا زالت بكارتها
بوثبة ش وهي الوثوب من فوق م او حيضة ش اي او بسبب درور الحيض م او جراحة
ش اصابت موضع البكارة م او تعنيس ش اي او بسبب تعنيس من عنست عنوسا اذا جاوزت وقت
التزوج فلم تتزوج وقيل عنست الجارية اذا طال مكثها في منزل اهلها بعد ادراكها حتى خرجت من عداد

الابكار

بكار

الابكار وقال ابو زيد كذلك عنست الجارية وقال الاصمعي لا يقال عنست يعني بالتشديد ولكن عنست
على صيغة المجهول وعنسها اهلها وكذلك بسبب حيض وحمل ثقيل وباصبع او عود م فهي في حكم الابكار
ش يعني لو زوجها يكتفى بسكوتها م لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ش وبه قال الشافعي رحمه الله
في الاصح ومالك واحمد وابن ابي هريرة وهو قول الجمهور وقال ابن خيران من اصحاب الشافعي هي
كالثيب لزوال عذرتها م ومنه الباكورة ش اي ومن اشتقاق البكر الباكورة وهي التي تدرك من الثمار
اولا وقال الاجل البكر من مصيبها لكون م اول مصيب لهن اي التي زالت بكارتها بوثبة ونحوها
كذلك مشتق من الباكورة قلت الامر بالعكس يدل عليه قول المصنف ومنه الباكورة وقوله
ايضا م والبكرة ش بضم البا وهي اول النهار اي ومنه البكرة اي ومن اشتقاق البكر وتحقيق الكلام
هنا ان هذه المادة وهي البا والكاف والرا يأتي منها الفاظ على معاني مختلفة غير خالية عن المعنى
الاصلي وهي الاولية وهي البكر بالكسر العذرا والمراة التي ولدت بطنا واحدا وبكرها بالكسر ولدها
وكذلك البكر بالكسر من الابل وبالفتح الفتي منها وبكرة البكر ما يستقى عليها بالفتح ايضا وبكر
ابن وائل بن قاسط م ولانها ش اي ولان التي زالت بكارتها بوثبة ونحوها م تستحي لعدم الممارسة
ش اي لعدم ممارستها بالرجال م ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك ش اي فهي في حكم الابكار م عند
ابي حنيفة رضي الله عنه ش وبه قال مالك واحمد في رواية وحكى ابو اسحق الشافعي قولا به في القديم
م وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها ش اي لان التي زالت بكارتها بالزنا م ثيب
حقيقة وحكما ش اما حقيقة فلان مصيبها ليس باول مصيب وهو معنى قوله م لان مصيبها عائد اليها
ش واما حكما فلانها لا تدخل في الوصية للثيب دون الابكار م ومنه المثوبة ش اي ومن اشتقاق
الثيب م المثوبة ش وهي الثواب وانما سمي بها لانها ترجع اليها في العاقبة لان الثواب جزاء عمله يرجع
اليه م والمثابة ش اي ومنه المثابة وهو الموضع الذي يثاب اليه اي يرجع اليه مرة بعد اخرى
ومنه قوله تعالى واذ جعلنا البيت مثابة قال الزمخشري اي مباءة ومرجعا للحجاج والعمار يتفرقون عنه
ثم يثوبون اليه اي يرجعون م ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها ش من العيب وفي
بعض النسخ فيعيرونها من التعيير م بالنطق ش م فتمتنع عنه ش اي عن النطق م فيكتفى
بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها ش وان اكرهت على الزنا فلا رواية فيه ذكره في الفتاوى
المرغيناني في الحواشي لا ينعدم به حياؤها فان قيل حيا البكر حياء كرم الطبيعة وهو محمود وهذا الحياء
من ظهور الفاحشة فلم يكن في معنى المنصوص قلنا هذا الحيا ايضا محمود لانها تستر على نفسها بستر
الله تعالى والحياء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة وحسن العقيدة ايضا ولما سقط نطقها في
موضع يكون نطقها دليل رغبتها في الرجال على احسن الوجوه فلان تسقط في موضع يكون نطقها دليل
رغبتها في الرجال على اخس الوجوه اولى كذا في المبسوط وقيل لا يمكن ادارة الحكم على حقيقة الحياء
لتعذر ضبطه وضبط ما هو المعتبر منه فادير على مظنته وهو البكارة ولتعذر ان يراد حقيقتها لعدم
تفحص الولي عنها شرعا وعقلا فاكتفي بالبكارة الظاهرة في اصل الخلقة والاصل بقاؤها فيكتفى
بالسكوت الى ان يظهر ويشيع م بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد ش فانها تصير ثيبا بالاجماع م
لان الشرع اظهره حيث علق به ش اي بذلك الوطء م احكاما ش وهو وجوب العدة والمهر وثبوت
النسب م واما الزنا فقد ندب ش اي الشرع م الى ستره ش حيث قال عليه السلام من اصاب
من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى م حتى لو اشتهر حالها ش بان اقيم عليها الحد او صار
الزنا عادة لها م لا يكتفى بسكوتها ش فان قيل ينبغي ان يكتفى بسكوتها ههنا ايضا لانها بكر شرعا قال
صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة الحديث قلنا هو قول بعض المشايخ وهو ضعيف بان هذا
موجود في الموطوءة بشبهة او بنكاح فاسد ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع فعلم ان المعتبر نفا صفة الحيا
م واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت ش بفتح التا المكسورة م وقالت ش اي المراة م رددت
النكاح م فالقول قولها ش اي قول المراة م وقال زفر القول قوله ش اي قول الزوج م لان السكوت
اصل والرد عارض ش لان السكوت عدم الكلام والعدم هو الاصل في كل شيء والمراة تدعي عارضا والقول
قول المتمسك بالاصل م وصار ش اي الحكم في هذا م كالمشروط له اي الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي

المدة ش فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالاجماع وكذا المشتري
والشفيع فالشفيع يقول طلبتها بعد البيع والمشتري يقول سكت فالقول للمشتري لتمسكه
بالاصل م ونحن نقول انه ش اي ان الزوج م يدعي لزوم العقد والمراة تدفعه فكانت منكرة
ش وكانت متمسكة بالاصل معنى فالقول لها كما لو ادعى اصل العقد وانكرت وهذا لان العبرة
للمعاني لا الصور م كالمودع ش بفتح الدال م اذا ادعى رد الوديعة ش فانه كما فالقول قول
المودع لانه منكر الضمان من حيث المعنى والحاصل في هذا انا نعتبر الانكار المعنوي وزفر يعتبر
الانكار الصوري م بخلاف مسئلة الخيار ش جواب عن قول زفر وقياسه وجه ما قاله
م لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة ش اي لان لزوم البيع قد ظهر بمضي مدة الخيار ولو قالت
بلغني الخبر يوم كذا فرددت وقال الزوج بل سكت فالقول قول الزوج وفي المرغيناني
لو قالت ادركت امس وعلمت بالخيار وفسخت لم يصدق الا بحجة وبطل خيارها وان قالت علمت
الان وفسخت صح مثل المجد صح وهو كذب قال لا يصح الا على هذا الوجه فانها لا يصدق في
الاسناد ولو قالت فسخت حين علمت لا تصدق الا بالبينة وفي عمدة الفتاوى بكر زوجها
وليها فقالت بعد سنة كنت قلت حين بلغني لا ارضى فالقول قولها ان كانت صغيرة فقالت
اخترت نفسي حين ادركت او حين علمت لا تسمع لانها تريد ابطال العقد الثابت عليها بخلاف الاول
م وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه ش اي لان الزوج م نور دعواه بالحجة
ش فان قلت ينبغي ان لا تقبل لانه شهادة على النفي قلت السكوت امر وجودي لانه عبارة عن ضم
شفتيه الى اخره وعدم التكلم من لوازمه فتكون البينة على امر وجودي م وان لم يكن له بينة
فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش وعندهما والشافعي ومالك واحمد تستحلف م وهي
مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة ش وهي النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والاستيلاد
والرق والولاء م وسنبينه ش اي بيان هذه الاشياء الستة م في الدعوى ش اي في كتاب الدعوى
ان شاء الله تعالى م ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت او ثيبا ش وقال ابن شبرمة
وابو بكر الاصم لا يزوجهما احد حتى يبلغا لقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فلو جاز تزوجهما قبل البلوغ لم يكن
لهذا معنى ولا حاجة لهما الى النكاح لان مقصود النكاح طبعا قضاء الشهوة ولا شهوة لهما وشرعا النسل
ولا تناسل فيهما وهذا العقد يعقد للعمر ويلزمهما احكامه بعد البلوغ ولا ولاية لاحد بعد البلوغ حتى
يلزمهما احكامه وللعامة قوله تعالى واللائي لم يحضن بين تعالى عدة الصغيرة وسبب العدة شرعا
النكاح فدل على تصور نكاح الصغيرة والمراد بقوله تعالى حتى بلغوا النكاح الاحتلام وحديث عائشة رضي
الله عنها مشهور قريب الى المتواتر فانه عليه السلام تزوجها وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع
سنين وكانت عنده تسع سنين م والولي هو العصبة ش على ترتيب العصبات في الارث كما سياتي
عن قريب فاقرب الاولياء الابن ثم ابنه وان سفل ثم الاب ثم الجد وان علا ثم الجد
عند ابي حنيفة اولى من الاخ سواء كان الاخ لاب او لاب وام وعندهما الكل واحد من الجد والاخ ولانه
كما في الميراث وفي المبسوط النكاح للجد عند الكل وهو ظاهر الرواية م ومالك خالفنا ش جملة من
المبتدا والخبر م في غير الاب ش يعني الولي عنده الاب ليس الا حتى لو زوجها الجد عند عدم الاب
لا يجوز م والشافعي رحمه الله ش اي خالفنا الشافعي م في غير الاب والجد ش يعني عنده وليهما
الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا وان كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم
لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا او ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم او زوج الثيب
الصغيرة الاب او الجد كرها لا ينعقد النكاح م وفي الثيب الصغيرة ايضا ش اي الشافعي يخالفنا
ايضا في تزويج الثيب الصغيرة فان عنده لا ولاية للاب والجد في تزويجها كرها وبه قال احمد وداود
وفي المحلى لا يجوز للاب ولا لغيره تزويج الذكر الصغير قبل بلوغه عند طاوس وقتادة والثوري وداود
الظاهري وقال ابن شبرمة وعثمان البتي لا يجوز لاحد تزويج الصغير والصغيرة حتى يبلغا
واجاز تزويج الصغيرة والصغير لغير الاب والجد من العصبات الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز
وطاوس في رواية وعطاء والاوزاعي ولهما الخيار عندهم اذا بلغا ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه

وابو بكر بن المنذر في الاشراف م وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ش مع قيام المنافي
م ولا حاجة ش للصغير والصغيرة م لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس
ش فان ابا بكر رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست
سنين وصح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس عليه غيره م والجد ليس في معناه ش لقصور شفقته
م فلا يلحق به ش دلالة لان الولد جزء الاب وكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجد قد
ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه م قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن
المصالح ش من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة م ولا تتوفر المصالح الا بين المتكافئين
عادة ش اي بين الاثنين اللذين كل منهما كفو للاخر م ولا يتفق الكفو في كل زمان ش لعلة الكفو وعزة
وجوده م فاثبتنا الولاية في حالة الصغر م وجه قول الشافعي رحمه الله ان النظر ش في حال الصغير م لا
يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته ش اي شفقة غير الاب والجد م وبعد قرابته وهذا
ش اي ولقصور شفقته م لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة ش للونه وعامة النفس م
فلان لا يملك التصرف وانه اعلى اولى ش قوله وانه اعلى جملة حالية وقوله اعلى خبر لان التي دخلت
عليه لام الابتداء م ولنا ان القرابة داعية الى النظر ش والولاية للنظر وهو موجود في كل قريب
م كما في الاب والجد ش فان الطرفين اجتمعا الا ان القرابة غاية ما في الباب انه يتفاوت كمالا
وقصورا بالقرب القرابة وبعدها م وما فيه من القصور ش اي والذي في غير الاب والجد من قصور النظر
اظهرناه في سلب ولاية الالزام ش يعني لم يكن ولاية الاخ والعم ملزمة بل كانت موقوفة الى البلوغ
حتى جعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا تداركا خللا
لقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح م بخلاف التصرف في المال لانه ش اي لان التصرف في المال
م يتكرر ش فيه اول الامر فان تبيع الولي ثم يبيع المشتري من اخر وهلم جرا بخلاف النكاح فانه عقد عمر
م فلا يمكن تدارك الخلل ش لانه لا يمكن توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ م فلا يفيد الولاية الا ملزمة
ش يعني في المال م ومع القصور لا يثبت ولاية الالزام ش بخلاف المناكحين فانا تداركنا من غير
تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقيف ممكنا م وجه قوله ش اي وجه قول الشافعي رحمه الله م
في المسالة الثانية ش وهو قوله وفي الثيب الصغيرة ايضا م ان الثيابة سبب لحدوث الراي ش لان الراي
امر باطن والثيابة سبب لحدوثه م لوجود الممارسة ش فيقام مقامه م فادير الحكم عليها ش اي على
الثيابة م تيسيرا ش اي لاجل التيسير م ولنا ما ذكرنا من تحقيق الحاجة ش يعني ان المقتضي للولاية
النظر وهو الحاجة م ووفور الشفقة ش وهي موجودة في الاب والجد م ولا ممارسة ش للصغيرة
م تحدث الراي ش نصب البيان من الاحداث م بدون الشهوة ش يعني الممارسة التي تحدث الراي لا
تحصل بدون الشهوة لان الراي والعلم بلذة الجماع انما تحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة للصغيرة
م فيدار الحكم على الصغر ش لانه سبب للعجز عن التصرف فكلما ثبت الصغر ثبتت الولاية م ثم الذي
يؤيد كلامنا فيما تقدم م ش يعني من اطلاق الولي يجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي م
قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م النكاح الى العصبات ش ذكر هذا الحديث
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وسبط ابن الجوزي ولم يخرجه احد من الجماعة ولا يثبت مع ان الائمة
الاربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة وقال السروجي روى عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا
الانكاح الى العصبات ويروى النكاح الى العصبات م من غير فصل ش يعني بين عصبة
وعصبة فيعمل باطلاقه وقال ابو الفرج في التحقيق عن احمد يجوز تزويج الصغير والصغيرة لجميع
العصبات وان كانا بيمين وثبت لهما الخيار اذا بلغا في رواية ومذهبنا في غير الاب والجد
قول عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود والعبادلة وابي هريرة رضي الله عنهم
وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امامة بنت حمزة سلمة ابن ابي سلمة وكانت صغيرة والنبي
عليه السلام ابن عمها وقال لها الخيار اذا بلغت وانما جوزها بالعصوبة لا بالنبوة لوجهين احدهما
انه عليه السلام لم يزوج صغيرة ولا كبيرة ممن كان لها ولي ثم كان تزوجها بالنبوة لم يقدم
عليه ولي والوجه الثاني انه اثبت لها الخيار ولو زوجها الاب او الجد والمولى اذا النبوة اعظم من ذلك

ولا مصنوع فيها والعباس رضي الله عنه وان كان عمها يحتمل انه كان غايبا او تادب مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم وجعل الامر اليه ذكره في مبسوط الجوزي وغيره م والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح
كالترتيب في الارث ش فاقرب الاوليا الابن ثم ابنه وان سفل ثم الاب ثم الجد وان علا وفي الذخيرة
والاسبيجابي الولاية للاب ثم للجد ابي الاب وان علا ثم للاخ لاب وام ثم لاب ثم لاولادهما على الترتيب ثم
لعم الاب لاب وام ثم لاب ثم لاولادهما كذلك ثم لعم الجد لاب وام ثم لاب ثم لاولادهما على الترتيب
ثم لمولى العتاقة يستوي فيه الذكر والانثى ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب ثم مولى الموالاة في
قول ابي حنيفة وابي يوسف لما ذكر في الميراث وعند محمد ليس لذوي الارحام انكاح ثم القاضي ومن نصبه
القاضي وعند زفر الاخ لاب وام والاخ لاب سوا ثم مولى العتاقة بعد العصبات النسبية ثم عصبته
ثم الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب عند ابي حنيفة استحسانا وابو يوسف معه في اكثر
الروايات وذكر الكرخي مع محمد والاول اصح ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه
القاضي وفي قاضي خان الابن مقدم على الاب عند ابي يوسف وابو حنيفة ثم ابنه وان سفل ثم الاب ثم
الجد وذكر الكرخي ان الاخ مع الجد مشترك عند ابي يوسف ومحمد كالميراث عندهما والاصح ان
النكاح للجد عند الكل **وفي المبسوط** وهو ظاهر الرواية وهو الاصح وقال شمس الايمة الحلواني في شرحه
الاصح عندي ان الجد اولى بالنكاح عند الكل وشفقة الجد كشفقة الاب ولهذا يثبت خيار
البلوغ في الجد كالاب بخلاف الاخ **وفي المحيط** والمختلف بما سوا عندهما م والابعد محجوب
بالاقرب ش اي الابعد من العصبات محجوب بالاقرب منهم وهو ظاهر لما تقدم م فان زوجهما الاب
والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما ش وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك في الاب
في حق الصغيرة واحمد في رواية وغير الاب والجد من الاوليا لا يملكان تزويجهما عندهم م لانهما
ش اي لان الاب والجد م كاملا الراي وافرا الشفقة ش واصلها كاملان للراي وافران للشفقة سقطت
النون منهما للاضافة م فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه ش اي العقد م برضاهما بعد
البلوغ ش اي بعد بلوغهما م وان زوجهما ش اي الصغير والصغيرة م غير الاب والجد فلكل
واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شا اقام على النكاح وان شا فسخ ش اي النكاح م وهذا ش اي كون
كل واحد مخيرا بعد البلوغ م عند ابي حنيفة ومحمد ش وهو قول ابي يوسف اولا وهو قول ابن عمر
وابي هريرة رضي الله عنهم م وقال ابو يوسف لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ش وهو قول
عروة بن الزبير وانما اعتبر ابو يوسف بالاب والجد لانه عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة
فلا يثبت فيه الخيار اذ القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية والولاية لم تشرع في غير موضع
النظر صيانة عن الامضا الى الضرر واذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه لو كانت
بالغة كما ان الوصي يقوم مقام الاب فيكون عقده كعقد الاب م ولهما ش اي ولابي حنيفة
ومحمد ان قرابة الاخ ناقصة ش يعني التزويج صدر ممن هو ناقص الشفقة فلها الخيار لتدارك
الخلل في المقاصد اذا ملكت امرها لان الة الكافي ولكن الترتيب لا يبتني على هذا التعبير لانه
يعني يتولد من ان الاخ ناقصة نائب بسبب النقصان في القرابة لا الى الشفقة الا ترى كيف
قال م والنقصان يشعر بقصور الشفقة فاذا كان كذلك ش اي النقصان في القرابة يشعر
بان شفقة الاخ قاصرة ناقصة لحينئذ يكون معنى نقصان قرابة الاخ بالنسبة الى قرابة الاب
والابن لهذا النقصان هو الذي يشعر بقصور الشفقة فاذا كان كذلك م فيتطرق الخلل الى المقاصد
ش قال تاج الشريعة رحمه الله يعني ان ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من سوء
الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولؤمها وتوسع النفقة وتقتيرها فال
واما عين الاخ لانه اقرب بعد الاب والجد من ساير الاوليا فلما ثبت الحكم فيه مع قربه ثبت في
غيره بالطريق الاولى م عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك ش اي ربما التدارك يحصل بخيار الادراك
اي خيار البلوغ ولم يتعرض احد من الشراح لمعنى عسى والذي يلوح لي انه هنا بمعنى الترجي م واطلاق
الجواب ش حال لكل واحد منهما الخيار في نكاح هو الام والقاضي اذا ادركا له واطلاق الجواب
مسندا وجزم هو ولد م يتناول الام والقاضي ش يعني في اثبات الخيار عند البلوغ م

وهو الصحيح من الرواية ش احترز به عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة لانه لا يثبت الخيار
للمسلمة اذا زوجها الامام او القاضي لان للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا فيكون ولاية
القاضي فوق ولاية الاب وشفقة الام فوق شفقة الاب فكانت كالاب وجه ظاهر الرواية وهو
المختار ما اشار اليه بقوله م لقصور الراي في احدهما ش وهو الام م ونقصان الشفقة في الاخر
ش وهو القاضي لان ولايتهما متاخرة عن ولاية الاخ والعم واذا ثبت الخيار في تزويجهما ففي تزويج
القاضي والام اولى وهذا لان الولاية الملزمة تبتني على الراي الكامل والشفقة الوافرة والام وان
كانت شفقتها وافرة فولايتها قاصرة حيث لا تثبت في المال والقاضي وان كانت ولايته كاملة
فشفقته قاصرة لان شفقته انما تكون لحق الدين م فيتخير ش اي اذا كان الامر كذلك فيتخير الصبي
اي يكون لهما الخيار البلوغ م ويشترط فيه ش اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ م القضا ش اي حكم
القاضي م بخلاف خيار العتق ش حيث لا يشترط فيه القضا لان الفسخ هنا ش اي في خيار البلوغ
م لدفع ضرر خفي ش وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة الزوج م ولهذا ش اي لاجل تمكن
الخلل م يشمل ش الفسخ م الذكر والانثى ش لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية يمكن ذلك في حق
الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما يكون
الزوج يحتاج القضا الى الالزام م فيحتاج الى الالزام في حق الاخر ش لانه وقع الحكم ثابتا م فيفتقر
الى القضا ش اي الى الحكم م وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ش فان
الزوج قبل عتقها كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد بالعتق وهو امر
جلي ليس الانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقا اصل
النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها وجود اللزوم بدون الالزام محال فكان لها ان تدفع
اصل الملك في ضمن ما لها من دفع الزيادة وهي كلها بالعتق م ولهذا ش اي ولكون زيادة الملك علتها م
تختص بالانثى ش دون الذكر لان زيادة الملك تتصور في الامة دون العبد م فاعتبر ش ذلك
الضرر الجلي م دفعا ش للزيادة لان ولاية المولى لم يكن باقية في هذه الزيادة وصار كان العقد
وجد الان في حقها وكان الاختيار منها دفعا للحكم عن الثبوت م والدفع لا يفتقر الى القضا ش
لان الدفع اي يستقل به الدافع اذ لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض
فانه يصح بلا حكم **فان قيل** دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع
للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول **واجيب** بان هذا
ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب التزام الضرر المرضي لمنال الزوج حين تزوج الامة كان عالما
لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير مضاير بخلاف الامة فانها لم ترض بما
يزيد عليها من ذلك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم تكن ضررها بمرضي فكان ضارا فاذا
اجتمع الضرر الضاير وغير الضاير يدفع الضاير وان غيره م ثم عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد
خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير
الاب والجد م اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضى ش فلا يكون لها الخيار م
شرط العلم باصل النكاح لانها ش اي لان الصغيرة التي بلغت م لا تتمكن من التصرف ش اي بالرد
م الا به ش اي بالعلم باصل النكاح م والولي ش اي والحال ان الولي م ينفرد به ش اي بالنكاح
فاذا كان الامر كذلك م فعذرت ش على صيغة المجهول م ولم يشترط العلم بالخيار في حق الحرة
لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار ش اي والحال ان الدار م دار العلم فلم تعذر بالجهل
ش بالخيار م بخلاف المعتقة ش حيث تعذر م لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها ش اي لمعرفة احكام
الشرع واذا كان كذلك م فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ش وحاصل ما ذكره المصنف هنا امور
تقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وهي خمسة الاول ان خيار البلوغ في الفرقة يحتاج
الى القضا وخيار العتق لا لان خيار البلوغ مختلف فيه فلا بد ان يتاكد بالقضا كالرجوع في
الهبة وخيار العتق لان الزوج عندنا مجمع عليه فلا يحتاج الى القضا وقد مر هذا الثاني
ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد مر هذا ايضا

والثالث أن الصغيرة إذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بأن لها الخيار أو لم تكن وقدم هذا أيضا وقوله م ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ش تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى بيانه أن خيار البكر يبطل بالسكوت لأنها لما كانت صغيرة وأدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضى فيبطل خيارها م ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت صريحا أو دلالة وهو معنى قوله م أو يجيء منه ش بالجزم عطفا على قوله ما لم يقل قوله منه أي من الغلام م ما يعلم منه أنه رضي ش مثل إرسال المهر إليها وتقبيلها ونحو ذلك م وكذا الجارية ش أي وكذا لا يبطل خيار الجارية الثيب م إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ ش أي قبل أن تبلغ من اعتبار هذه الحالة بحالة ابتداء النكاح ش يتعلق هذا بمجموع ما ذكر وهو خيار البكر وخيار الغلام وخيار الجارية التي حصل بها قبل البلوغ وقد مر أن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى وكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضى فيبطل خيارها اعتبارا لهذه الحالة بالحالة الأولى وهي حالة ابتداء النكاح وأما الغلام والجارية الثيب إذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضى بل لا بد من الرضى صريحا أو دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضى بل لا بد من ذلك اعتبارا لهذه الحالة بالحالة الأولى م وخيار البلوغ في حق البكر ش شرع في آخر وهو بيان الأمر الرابع في الفرق بين خيار البلوغ والعتق بيانه أن خيار البلوغ في حق البكر م لا يمتد إلى آخر المجلس ش يعني مجلس صيرورتها بالغة بأن رأت الدم في مجلس وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بطل خيارها بمجلس السكوت في الوجهين جميعا م ولا يبطل ش أي الخيار م بالقيام في حق الثيب والغلام ش بل يمتد إلى آخر المجلس م لأنه ما ثبت ش دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة أي لأن خيار بلوغها ما ثبت م بإثبات الزوج ش ولم يثبت بإثبات الزوج لا يقتصر على المجلس بل يمتد إلى ما وراء المجلس لأن التفويض هو المقتصر على المجلس م بل لتوهم الخلل ش كهذا الاختيار دليل يشمل البكر والغلام بعد من خيار البلوغ يثبت لعدم الرضى لتوهم الخلل وما ثبت لعدم الرضى يبطل بالرضى لوجود ما ينافيه لأن الشيء لا يثبت مع منافيه م فإنما يبطل بالرضى غير أن سكوت البكر رضى ش دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس م بخلاف خيار العتق ش هذا لبيان الفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو بيان الأمر الخامس بيانه أن خيار العتق يخالفه م لأنه ما ثبت بإثبات المولى وهو الإعتاق ش لأنه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار م فيعتبر فيه المجلس ش لأن كل خيار ثبت بإثبات غيره يقتصر على المجلس م كما في خيار المخيرة ش فإنه يقتصر فيه على المجلس م ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق ش يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده م لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها ش أي إلى الأنثى وفائدته تظهر في موضعين أحدهما أن الفرقة إذا كانت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني أنهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات م وكذا خيار العتق ش أي وكذا الفرقة بخيار العتق ليس بطلاق م لما بينا ش أنه يصح من الأنثى م بخلاف المخيرة ش فإن الفرقة بالتخيير طلاق م لأن الزوج هو الذي ملكها ش أي ملك المرأة الطلاق بالتخيير إليها م وهو مالك للطلاق ش أي لأن الزوج مالك بالطلاق م فإن مات أحدهما قبل البلوغ ش أي فإن مات أحد الزوجين قبل البلوغ م ورثه الآخر ش أي الزوج الآخر م وكذا ش أي وكذا ورثه الآخر إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق ش أي قبل تفريق القاضي بينهما م لأن أصل العقد صحيح والملك الثابت به ش أي بأصل العقد م وقد انتهى بالموت ش فيتوارثان بخلاف مباشرة الفضولي أي بأن عقد بين الرجل والمرأة بغير إذنهما فإن العقد فيه موقوف على الإجازة ش أنه م إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة ش فلا إرث في أحدهما للآخر م قال ش أي القدوري م ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ش لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فأولى

أن لا يكون له ولاية على غيره م ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ش يعني العبد والصغير والمجنون وهذا بالإجماع وفي المغني قال أحمد إذا كان الصغير ابن عشر زوج وتزوج وطلق وهو شذوذ وتعلق بقوله عليه السلام واضربوا عليها بالحجر ولجماعة حديث رفع القلم المشهور وحد للتمييز والتخلق م ولا ولاية لكافر على مسلمة ش يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منهما م لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ش أي شهادة الكافر على المسلم م ولهذا لا تقبل شهادته ش أي بالمسلم والكافر ولا يرث المسلم في الكافر ولا الكافر في المسلم وقال بعضهم يرث المسلم من الكافر وفي المغني الكافر إذا أسلمت أم ولده هل يزوجها فيه وجهان أما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها للكافر لأنها لا تحل للمسلمين عندهم وتتزوج الكافر ابنة الكافر من كافر في المغني ومن مسلم وكذا تزويج ابنته الكافر وبطلانه قول من يقول إن الفسق يسلب الولاية فإن الكافر فاسق وزيادة وعندنا الفسق لا يسلب الولاية وبه قال مالك وأحمد خلافا للشافعي رحمه الله م أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله عز وجل والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ش لأن اتحاد الملة سبب الإرث فيما بينهم ... إلا على قول مالك فإن أنكحتهم باطلة عنده ونحن نقول بقوله تعالى وامرأته حمالة الحطب ولو لم يكن نكاح لأسماها امرأته وقال عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح م ولهذا ش أي ولثبوت ولاية الكافر في الإنكاح على ولده م تقبل شهادته ش أي شهادة الكافر على ابنه م وتجري بينهما التوارث ش أي ويجري بين الأب والابن الكافرين التوارث فيرث كل منهما عن الآخر م ولغير العصبات من الأقارب ش مرفوع لأنه مبتدأ وخبره هو قوله لغير العصبات مقدما م عند أبي حنيفة معناه عند عدم العصبات ش نسبية كانت أو سببية كمولى العتاقة فعند أبي حنيفة بعد العصبات الأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم ثم أولادهم ثم العمات والأخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده منشوره أما إذا لم يشترط فلا ولاية له م وهذا استحسان ش أي هذا الذي ذهب إليه أبو حنيفة استحسان م وقال محمد لا تثبت ش أي الولاية لغير العصبات م وهو القياس ش أي الذي ذهب إليه محمد هو القياس م وهو رواية عن أبي حنيفة ش أي قول محمد رواية عن أبي حنيفة رواها الحسن عنه وبه قال الشافعي وأحمد ومالك م وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب ش لأنه ذكر في كتاب النكاح مع أبي حنيفة وفي كتاب الولاء مع محمد م والأشهر أنه ش أي أن أبا يوسف مع محمد ش ولكن ذكر في الكافي والجمهور على أن أبا يوسف مع أبي حنيفة م لهما ش أي لأبي يوسف ومحمد م ما روينا ش هو قوله عليه السلام النكاح إلى العصبات والألف واللام تدل على جنس النكاح لعدم المعهود ومعناه هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس فلا يكون لغيرهم فيه مدخل وقد مضى الكلام في الحديث م ولأن الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها م وإلى العصبات الصيانة ش أي الصيانة إلى العصبات فالإنكاح إلى العصبات م ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ش والشفقة موجودة في الأم وقرابتها كما في قرابة الأب ولهذا قال أصحابنا قوله عليه السلام الإنكاح إلى العصبات يتناول الأم لأنها عصبة في الجملة معنى في صورة ولد الزنا وولد الملاعنة فيسقط ولأنه التزويج أيضا والجواب عن الحديث أن النكاح إلى العصبات حال وجودهم وبه نقول م ومن لا ولي لها ش هذا لفظ القدوري وقوله م يعني العصبة من جهة القرابة ش من كلام المصنف والضمير في لها يرجع إلى من وهي المولية وفي بعض النسخ ومن لا ولي له بتذكير الضمير وهو ظاهر م إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز ش لمولى العتاقة وعصبته التزويج بالإجماع وترتيب عصبات المعتق كعصبات القرابة بالإجماع ويكون مقدما على ذوي الأرحام والأم وغيرهما م لأنه آخر العصبات ش كما في الإرث ولذا المولى الموالاة ولاية التزويج على الصغير والصغيرة عندهما إذا لم يكن لهما قريب خلافا لمحمد والشافعي ومالك وأحمد لأنه مؤخر عن ذوي الأرحام في الميراث عند محمد فلا يكون له ولاية كما لذوي الأرحام وعند الشافعي رحمه الله عقد الموالاة لا يصح فلا يكون له عصوبة ولا قرابة م

واذا عدم الاولياء ش يعني في الوجه المذكور وذكر بلفظ الاولياء ليتناول العصبات النسبية والسببية
م فالولاية للامام ش اي الخليفة م والحاكم ش اي القاضي او من نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار في عهده
م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م السلطان ولي من لا ولي له ش هذا في اخر
حديث اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه من حديث الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فالمهر لها بما
اصاب منها فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وقال الترمذي حديث حسن م واذا غاب الولي الاقرب
ش كالاب م غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ش كالجد م ان يزوج ش وبه قال مالك واحمد رحمه الله
وقال الشافعي رحمه الله يزوجها السلطان او القاضي ولا يجوز ان يزوجها الابعد م وقال زفر لا يجوز ش
لاحد حتى يحضر الاقرب م لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له ش والابعد محجوب بولايته ولا
تاثير للغيبة في قطع الولاية وحقه ثبت م صيانة للقرابة ش عن نسبته غير الاكفاء اليها م فلا يبطل
ش اي حقه م بغيبته ولهذا ش اي ولثبوت حقه وعدم بطلانه بغيبته م لو زوجها حيث هو ش اي لو زوجها
الولي الاقرب حيث كان جاز ش بالاتفاق فدل على قيام ولايته في غيبته فاذا كان كذلك لا يجوز تزويج
الابعد م ولا ولاية للابعد مع ولايته ش اي مع ولاية الاقرب م ولنا ان هذه ش اي هذه الولاية م
ولاية نظرية ش وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه ش وهو الاقرب في غيبته
لتعذر الانتفاع بغيبته فالتحق بمن لا راي له اصلا كالصبي والمجنون وراي الابعد خلف عن
راي الاقرب فصار كولاية الحضانة تقدم فيها الاقرب فاذا تزوجت انتقلت الولاية للابعد فاذا
كان كذلك م فوضناه الى الابعد ش قال الاكمل هذا اشارة الى جواب الشافعي رحمه الله
م كما اذا مات الاقرب ش لم ينتقل الى السلطان يعني اذا غاب الاقرب يزوج السلطان
كما ذكرناه قلت لم يذكر قول الشافعي في الكتاب صريحا وانما ذكره الشراح م ولو
زوجها حيث هو فيه منع ش هذا جواب عن قول زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز تقريره لا نسلم
جوازه وفي المحيط لا رواية فيه وينبغي ان لا يجوز لانقطاع ولايته م وبعد التسليم ش اي بعد
ان سلمنا ذلك م نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه ش وهو قرب القرابة
وبعد التدبير ش وثبوت الولاية بهما فاستويا من هذا الوجه م فنزلا منزلة وليين متساويين
فايهما عقد نفذ ش اي العقد م ولا يرد ش يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد ثم حضر الاقرب
لا يرد العقد وقيل عند زفر يبطل عقد الابعد اذا حضر الاقرب لعدم ولايته م والغيبة
المنقطعة ش لما ذكر لفظ الغيبة المنقطعة فيما مضى شرع هنا في بيانها فقال م ان يكون
ش اي الولي الاقرب م في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة ش وقدرها الشافعي واحمد
ومالك واحمد بادنى مدة السفر وفي المبسوط والبدائع اشار محمد في الكتاب فقال ارايت لو كان
في السواد ونحوه انما كان يستطلع رايه فهذا اشارة الى انه اذا جاوز السواد تثبت الولاية
للابعد وعن ابي يوسف ومحمد المنقطعة من البصرة الى الرقة وغير المنقطعة من بغداد الى الكوفة
وقيل بقدر مائة وخمسين فرسخا وفي المحيط عن محمد روايتان من الكوفة احدهما مسيرة شهر
والاخرى مسيرة ثلاثة ايام واختارها ابو الليث وعن محمد من الكوفة الى الري وذلك خمس وعشرون
مرحلة وفي الروضة وهو قول ابي حنيفة ذكره الطحاوي في شروطه ومختصره وقيل من الري
الى البصرة وفي الاسبيجابي ان كان في مكان لا يختلف فيه القوافل فهو غيبة منقطعة
وقيل ان كان في موضع يقع اليه الكرى مرة واحدة فليست منقطعة وقيل ان
كانت القوافل تذهب الى ذلك المكان في كل سنة فليست بمنقطعة ومن المشايخ من قال
ان لا يوقف له على اثر وان كان جوالا من موضع الى موضع او مفقودا حتى لو كان في بلد واحد لا يوقف
عليه مختفيا كانت غيبة منقطعة وقال احمد يزوجها في السفر البعيد دون القريب فقيل
حد البعيد ما تقصر فيه الصلوة وقيل ما يقطع بكلفة ومشقة وقيل يزوجها
الحاكم وان كان قريبا وان كان القريب محبوسا او اسيرا في مسافة قريبة فهو كالبعيد وكذا
اذا لم يعلم مكانه والشافعية قدروها بمسافة القصر م وهو اختيار القدوري ش

اختاره

٢٧

اختاره القدوري في مختصره هو قوله والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في
السنة الا مرة م وقيل ادنى مدة السفر ش اي قيل الغيبة المنقطعة ادنى مدة السفر وبه اخذ
الثوري ومحمد بن مقاتل الرازي وابو عصمة سعد بن معاذ المروزي وابو علي النسفي وابو اليسر والصدر
الشهيد م لانه لا نهاية لاقصاه ش اي لاقصى السفر فاعتبرنا ادناه م وهو اختيار بعض المتاخرين ش
وعليه الفتوى وبه قالت الثلاثة وبعض المتاخرين هم الذين ذكرناهم م وقيل اذا كان بحال يفوت
الكفو الخاطب باستطلاع رايه ش قال الامام السرخسي في مبسوطه هو الاصح وهو اختيار الفضلي
ولهذا قال المصنف م وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ ش يعني لعدم
الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه
يكون غيبة منقطعة م واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ح
وابي يوسف ش وبه قال مالك واحمد م وقال محمد ابوها ش اي ابوها اولى م لانه اوفر شفقة من الابن
ش لان ولاية الاب تعم النفس والمال وليس للابن ولاية في المال م ولهما ش اي ولابي حنيفة
وابي يوسف م ان الابن هو المقدم في العصوبة ش الا ترى ان الاب معه يستحق السدس بالفريضة
فقط م وهذه الولاية مبنية عليها ش اي على العصوبة م ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع
بعض العصبات ش هذا جواب محمد وابو الام اوفر شفقة من ابن الاخ ولا يتقدم ابو الام عليه بالاجماع
ولا فرق بين الجنون الاصلي بان بلغ مجنونا والطارئ وهو الجنون بعد البلوغ عاقلا وقيل فرق في الجنون
الاصلي كذلك اما في العارضي فلا ولاية للولي عليها ثم حكي ذلك عن الشافعي رحمه الله وفي الحلية
هذا ليس بشيء وفي شرح الوجيز والاصح ان لا فرق بين الاصلي والعارضي في ثبوت الولاية عليه
لمذهبنا ولكن يزوجها الاب والجد خاصة **فروع** امراة جاءت الى القاضي وقالت لا
ولي لي واريد ان اتزوج فالقاضي ياذن لها بالنكاح علم ان لها وليا ام لا وعن اسمعيل بن حماد كان القاضي
يقول لها ان لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات زوج ولا في عدة احد فقد اذنت لك قال شيخ
الاسلام للقاضي ان يكلفها اقامة البينة على ما ادعته ارشادا وارشادنا يقال لها زوجي ان كان
الامر كما وصفت وبعد اقامة البينة يلزم القاضي ما ادعت من غير خيار وفي الوجيز هذه البينة
تسمى بينة كشف الحال **وسئل** شيخ الاسلام عن بكر بالغ شافعية زوجت نفسها من حنفي
او شافعي هل يجوز قال نعم وان كان لا يصح عند الشافعي والرجال معتقدا لهذا المذهب ولو
سئلنا ما جواب الشافعي في هذه المسئلة اجبنا انه يصح عند ابي حنيفة **وسئل** ايضا عن عقد
عقد بحضرة فاسقين من المسلمين وغاب عنها الزوج غيبة منقطعة هل يجوز للقاضي ان يبعث
الى شافعي يبطل النكاح بهذا السبب قال نعم وللحنفي ان يبطله بنفسه ايضا اخذا بهذا المذهب
وان لم يكن مذهبا له قال وعندي ان هذا على قول ابي حنيفة رضي الله عنه بناء على ان القاضي
اذا قضى بخلاف مذهبه ينفذ عنده خلافا لهما وليس للوصي ولاية التزويج وان اوصى الاب
بالنكاح الا اذا كان قريبا فحينئذ يزوج بالقرابة لا بالوصاية لان ولايته في المال دون النفس
وبه قال احمد في رواية والشافعي وقال مالك ان اوصى اليه في التزويج جاز وهو رواية هشام
عن ابي حنيفة وان كانت البكر كبيرة يزوجها القاضي باذنها وان كانت صغيرة وعين الموصي الزوج
زوجها الوصي منه كما لو وكله في حياته وان لم يعين انتظر بلوغها لتاذن وفي الشرح وصي الوصي
لا يزوج وهو الشعبي والنخعي والثوري والحارث العكلي والشافعي وابن المنذر ورواية عن احمد
وفي تعليقة الطرطوشي الوصي اولى من الولي سواء امر الموصي ان يزوج او انت وصي في بناتي او انت
وصي على مالي عند مالك **فصل في الكفاءة** ش لما كانت الكفاءة معتبرة وعدمها يمنع
الجواز ولهذا يتمكن الاولياء من الفسخ احتاج ان يذكر حكمها في فصل على حدة قال الجوهري
الكفو النظير وكذلك الكفو والكفوء على فعل وفعول والمصدر الكفاءة بالفتح والمد وقال
الاثير الكفو النظير والمساوي ومنه الكفاءة في النكاح وهو ان يكون الزوج مساويا للمراة في
حسبها ونسبها ودينها وبيتها وغير ذلك م الكفاءة في النكاح معتبرة ش اصحاب الحديث
والفقهاء اختلفوا في اعتبار الكفاءة قال ابن المنذر في الاشراف ذهب عمر بن عبد العزيز وحماد

ابن ابي سليمان وعبيد بن عمير وابن سيرين وابن عون ومالك الى ان الكفاءة غير معتبرة الا في الدين
وفي البدائع وهو قول الحسن البصري والكرخي من اصحابنا وفي المبسوط قال الكرخي الاصح عندي
الا انه اعتبار بالكفاءة في النكاح وعن الثوري وابن حنبل لا بد من اعتبار الكفاءة ولا يسقط الا
بالتراضي الولي والمراة وعنه في الرجل يشرب الشراب او هو حائك يفرق بينهما وفي البسيط ذهب
الشيعة الى ان نكاح العلويات يمتنع على غيرهم مع التراضي قال السروجي هما قولان باطلان م
قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ش قال الاكمل رواه
جابر وسكت وقال ابو عمر بن عبد البر هذا حديث ضعيف ثم رواه في السنن
عن مبشر بن عبيد واسند في المعرفة عن احمد بن حنبل انه قال احاديث مبشر بن عبيد
موضوعة كذب وقال ابن القطان وهو كما قال لكن يعني عليه الحجاج بن ارطاة وهو ضعيف ويدلس
على الضعفاء قلت مبشر بن عبيد روى هذا الحديث عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن عمرو بن دينار
عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ورواه ابو يعلى الموصلي في مسنده عن مبشر بن عبيد عن ابي
الزبير عن جابر فذكره وعن ابي يعلى رواه ابن حبان في كتاب الضعفاء وقال مبشر بن عبيد يروي
عن الثقات الموضوعات لا يحل كتبة حديثه الا على جهة التعجب وقال البيهقي
وفي اعتبار الكفاءة احاديث لا تقوم باكثرها الحجة وامثلها حديث علي رضي الله عنه ثلاثة لا
تؤخرها وفيه الايم اذا وجدت كفوا قلت هذا الحديث رواه الترمذي في الصلوة وفي
الجنائز حدثنا قتيبة ثنا عبد الله بن وهب عن سعيد بن عبد الله الجهني عن محمد بن عمر بن علي
ابن ابي طالب عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له
يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلوة اذا اتت والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفوا وقال الترمذي
حديث غريب وما ارى اسناده متصلا واخرجه الحاكم في مستدركه كذلك في كتاب النكاح
وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه والمصنف استدل بالحديث الذي ذكره على اعتبار الكفاءة ولم
يتعرض لاشتراطها ولا في الخلاف فيه والحديث ظاهر على اشتراطها وقال البيهقي في المعرفة
واصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة لانه عليه السلام انما خيرها لان زوجها لم يكن كفوا لها
واستدل ابن الجوزي في التحقيق على اشتراطها بحديث عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام قال تخيروا
لنطفكم وانكحوا الاكفاء قلت هذا اخرجه ابن ماجه والحاكم في مستدركه من رواية الحا
ابن عمران عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تخيروا
لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم وقال الحاكم تابعه عكرمة بن ابراهيم عن هشام ثم رواه
كذلك ثم قال هذا حديث صحيح الاسناد وروى الحاكم ايضا من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جاءكم الاكفاء فانكحوهن ولا تربصوا بهن الحدثان قال
العباس بن حمزة احد رواة الحديث الحدثان الموت م ولان انتظام المصالح ش من السكن والصحبة
والالفة والتوالد والتناسل وتاسيس القرابات م بين المتكافئين عادة ش لان انتظام المصالح
لا يكون الا بينهما بخلاف غير المتكافئين والمتكافئان المتساويان قال ابن الاثير في حديث العقيقة
عن الغلام شاتان مكافئتان اي متساويتان وهو بكسر الفاء والمحدثون يقولون مكافأتان
بالفتح وارى الفتح اولى انتهى وانما ذكرت هذا لاجل نوع هذا اللفظ في الكتاب م لان الشريفة
ش سواء كانت في النسب او الحسب م تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس ش اي للرجل الخسيس في
الحسب او الحرفة الدنية م فلا بد من اعتبارها ش اي اعتبار الكفاءة لانه يملك النكاح دل اذ
النكاح رق كما اليه اشار قوله عليه السلام النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته واذلال
النفس حرام قال عليه السلام ليس للمؤمن ان يذل نفسه م بخلاف جانبها ش اي جانب المراة م لان
الزوج مستفرش ش بكسر الراء م فلا تغيظه دناءة الفراش ش اذ ليس فيه اذلال النفس فان نسب
الولد لا يكون الى امه بل الى ابيه والولي لا يعير بان يكون تحت الرجل من لا يكافئه وفي المحيط
الكفاءة من جانب النساء غير معتبرة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو الصحيح من مذهب
الشافعي وابن حنبل وعندهما معتبرة استحسانا نص عليه محمد في الجامع الصغير وفي الذخيرة

وروى هشام عن ابي يوسف انه لو تزوج امراة على انها قرشية فظهرت نبطية فله الخيار عنده وعند
ابي حنيفة لا خيار له وفي المرغيناني الكفاءة في النساء غير معتبرة عنده وعندهما معتبرة وروى
غير معتبرة حتى لم يكن للاولياء الاعتراض على الابن اذا تزوج وضيعة وفي المفيد والزيد غير معتبرة
في ظاهر الرواية وقيل معتبرة عندهما م بخلاف جانبها ش اي جانب المراة م لان الزوج مستفرش ش
بكسر الراء م فلا تغيظه دناءة الفراش ش اذ ليس فيه اذلال النفس فان نسب الولد لا يكون الا اليه بل
الى ابيه والولي لا يعير بان يكون تحت الرجل من لا يكافئه وفي المحيط الكفاءة من جانب النساء غير
معتبرة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو الصحيح من مذهب الشافعي وابن حنبل وعندهما معتبرة
استحسانا نص عليه محمد في الجامع الصغير وفي الذخيرة وروى هشام عن ابي يوسف انه لو تزوج امراة
قرشية فظهرت نبطية فله الخيار عنده وعند ابي حنيفة لا خيار له وفي المرغيناني الكفاءة في النساء
غير معتبرة عنده وعندهما معتبرة وروى غير معتبرة حتى لم يكن للاولياء الاعتراض على الابن وفي المفيد
والزيد غير معتبرة في ظاهر الرواية وقيل معتبرة عندهما م واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو
فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ش اما التفريق ما لم تلد المراة وفيه خلاف فذهني
ولا يبطل حق الولي بالسكوت بعد العلم وان طال السكوت ولا يكون التفريق الا عند القاضي لانه
مجتهد فيه وكل من الخصمين يتشبث بدليل فلا تنقطع الخصومة الا بفصل من له ولاية
عليهما فالفسخ بخلاف البلوغ وما لم يفرق القاضي فحكم الطلاق والارث قائم لان النكاح انعقد
صحيحا في ظاهر الرواية وهذه الفرقة ليست بطلاق لانه تفريق على سبيل الفسخ لاجل النكاح والطلاق
تصرف في النكاح ولا مهر لها ان لم يدخل بها وان دخل بها فلها المسمى واما اذا رضي بعض الاولياء
فيسقط حق الباقين الا ان يكون الباقي اقرب من الراضي وقال ابو يوسف وزفر والشافعي في قول
لا يسقط حق الباقين لانه حق الكل فلا يسقط الا برضى الكل كالدين المشترك اذا ابرأ احدهم
قلنا انه حق واحد لا يتجزى لانه ثبت بسبب لا يتجزى فثبت لكل واحد على الكمال كولاية الامان
فاذا ابطله احدهم لا يبقى ضرورة كحق القصاص م ثم الكفاءة تعتبر في النسب ش وفي المبسوط
الكفاءة معتبرة في حق الكل في النسب والحرية والمال والحرفة والحسب وفي فتاوى الولوالجي في
التقوى واسلام الاب والعقل ايضا وفي المنهاج عند الشافعي يعتبر الكفاءة في سلامة العيوب التي ترد
بها والنسب والحرية والعفة والحرفة وهي خمس ومثله عن احمد وعنه الدين والمنصب م لانه ش
اي لان النسب يقع به التفاخر ش وهذا ظاهر وكان سفيان الثوري لا يعتبر الكفاءة فيه لان
الناس سواسية وقال عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على
عجمي انما الفضل بالتقوى وقال الجوهري تقول مررت برجل سواك وسوائك اي
غيرك وهما في هذا الامر سواء وان شئت سواءان وهم سواء للجمع وهم اسواء وهم سواسية
اي اشباه مثل ثمانية على غير قياس ووزنه فعاعلة ذهب عنه الحرف الثالث واصله الياء
م فقريش بعضهم اكفاء لبعض ش يدخل فيه بنو هاشم وبنو المطلب خلافا للشافعي رحمه الله فيهما
ولاحمد في الاول والقرشي من كان من ولد النضر بن كنانة ومن لم يكن من ولد النضر من
العرب فهو غير قرشي قال ابن عباس سموا به لانه في البحر لا يطيقها شيء من الدواب الا اكلته فشبهت
قريش بها لانها اكل اهل القهر والعز والغلبة وفي التتابع وقريش هو جميع العرب كالهاشمي والمطلبي
والنوفلي والاموي والعبشمي والزهري والتيمي والعدوي وحاصله ان هاشما وعبد شمس
والمطلب ونوفلا بنو عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب فالاول منها اولاد جد
جد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعثمان رضي الله عنه اموي منسوب الى امية بن عبد
شمس بن عبد مناف وابو بكر الصديق رضي الله عنه تيمي منسوب الى تيم بن مرة بن كعب وعمر
رضي الله عنه منسوب عدوي الى عدي بن كعب بن لؤي بن غالب وهؤلاء سادات قريش بعضهم
اكفاء لبعض لصلاحية كل منهم للخلافة بخلاف العرب غير قريش ليسوا اكفاء القريش لعدم مساواتهم
لقريش لانهم لا يصلحون للخلافة م والعرب بعضهم اكفاء لبعض ش وليسوا اكفاء لقريش
م والاصل فيه ش اي في هذا الباب م قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب

بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ش قال السروجي
لما روي عنه عليه السلام انه قال قريش اكفاء الحديث ثم قال انما اوردته بصيغة التمريض لانه
لم اجد في كتب الحديث وانما ذكر في كتب الفقه فلهذا لم اجزم به انتهى **قلت** روى الحاكم حدثنا
الاصم ثنا الصنعاني ثنا شجاع بن الوليد ثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن ابي مليكة
عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة لقبيلة ورجل
برجل والموالي بعضها اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل الا حائك او حجام وقال صاحب
التنقيح هذا منقطع اذ لم يسم شجاع بن الوليد بعض اصحابه ورواه ابو يعلى في مسنده
من حديث بقية بن الوليد عن زرعة بن عبد الله الزبيري عن عمران بن ابي الفضل الايلي عن نافع
عن ابن عمر مرفوعا نحوه سواء وقال ابن عبد البر هذا حديث منكر موضوع وقد روي ابن جريج عن ابن
ابي مليكة عن ابن عمر مرفوعا مثله ولا يصح عن ابن جريج ورواه ابن حبان في كتاب الضعفاء واعله
بعمران بن ابي الفضل وقال انه يروي الموضوعات عن الاثبات لا يحل كتب حديثه **قوله**
قبيلة بقبيلة قال الاكمل اي البطن بعض القبائل من قريش اولى من بعض وقال الزبير بن بكار
في العرب ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع العمارة
والعمارة تجمع البطن والبطن يجمع الافخاذ والافخاذ تجمع الفصائل فمضر شعب وربيعة شعب
ومذحج شعب وحمير شعب وسميت شعوبا لان القبائل تشعبت فكنانة قبيلة وقريش
عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وقال تاج الشريعة العرب بعضهم اكفاء لبعض
قبيلة بقبيلة لا اعتبار لفضل بعض القبائل على بعض في حق الكفاءة الا بنو باهلة فانهم ليسوا
باكفاء لغيرهم من العرب لخساستهم ودناءتهم **حتى** انهم كانوا يستخرجون النقي من عظام
الموتى وياكلون **قلت** النقي بكسر النون وسكون القاف مخ العظم وشحم العين من السمن والجمع
انقاء **قوله** والموالي اكفاء لبعض قال الكاكي الموالي اي غير العرب وسموا موالي لانهم نصروا
العرب وسمي الناصر مولى قال الله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم اي لا ناصر لهم ولان بلادهم فتحت
على ايدي العرب فكانوا بسبيل من استرقاقهم فكانهم كانوا عبيدا لهم ثم عتقوا بالمن عليهم
فكانوا موالي للعرب وقال تاج الشريعة الموالي يعني العجم سموا بها لان بلادهم فتحت على ايدي العرب
ثم دلم مثل الذي ذكرناه الان وقال الاكمل الموالي العتقاء لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت
على العجم حتى قالوا الموالي اكفاء بعضها لبعض **قوله** رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر
فيهم وقال القفال وابو عاصم من اصحاب الشافعي رحمه الله انهم ضيعوا انسابهم فلا يكون
التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة بالانساب
وانتهى الامر اليه فقيل سلمان ابن من فقال ابن الاسلام لا اب لي سواه والاصح من مذهب
الشافعي رحمه الله اعتبار نسب العجم كالعرب والعجمي ليس كفوا للعربية والعربي غير القرشي
غير كفو لقرشية م ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش ش يعني بالنسب لانهم ضيعوا انسابهم
ولا يتفاخرون بالانساب وانما افتخارهم بالاسلام والحرية فيعتبر ذلك فيما بينهم م لما روينا ش
وهو قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض م وعن محمد الا ان يكون نسبا مشهورا ش هذا
الاستثناء من قوله ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش يعني روي عن محمد لا يعتبر التفاضل فيما
بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة م كاهل بيت الخلافة ش يعني
يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولادهم كان للاولياء
الاعتراض م كانه قال ش هذا كلام المصنف ان كان محمد ابا ان ذلك م تعظيما للخلافة وتسكينا
للفتنة ش لا لانعدام اصل الكفاءة وفي خزانة الاكمل وقريش بعضهم اكفاء لبعض الا من كان
من بيت الشرف كالخلافة م وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب ش الباهلة قبيلة من قيس
ابن عيلان وهو في الاصل اسم امراة من همدان والتانيث للقبيلة سواء كان في الاصل اسم رجل او
اسم امراة وهم معروفون بالدناءة وهو معنى قوله م لانهم معروفون بالخساسة ش اي بالدناءة
والخسيس الدنيء والخساسة الحالة التي يكون عليها الخسيس ومن خساستهم كانوا

بالكلوبية

يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يطبخون عظام الميتة فيأخذون الدسومات منها قال
قائلهم ولا ينفع الاصل في هاشم اذا كانت النفس من باهلة ومن ذريا لقد نقرانه كان فيهم صنم من عجوة
وقت الغلاء فاكلوه وكانت العرب يعيرونهم ويقولون بنو باهلة اكلوا الهتهم م واما الموالي
فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا ش نصب على الحال من ابوان اي ذهبا الى حالة الصعود على الاثنين
فهو من الاكفاء ش وفسره بقوله م يعني لمن له اباء فيه ش اي في الاسلام حاصله ان من كان له ابوان
فلا نسب صحيح يكون كفوا لمن له عشرة اباء لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد
بالمثنى ش يعني ان من كان له اب واحد في الاسلام يكون كفوا لمن له اباء فيه **وفي المبسوط**
وعن ابي يوسف الاكتفاء بالاب والصحيح ظاهر الرواية والمذكور في الكتاب رواية عنه م كما هو
مذهبه اي كما هو مذهب ابي يوسف في التعريف ش اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا
اسم الغائب واسم ابيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وقال بعض اصحابه
الشافعي رحمه الله وعندهما لا بد من ذكر الجد وقال السروجي هذا اذا كان البلد صغيرا لا يشاركه احد
في ابيه اما اذا كان هناك من يشاركه في اسمه واسم ابيه وجده لا يكتفي بذلك حتى يذكر ما يميزه عنه
م ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام ش وبه قال الشافعي م لان التفاخر
فيما بين الموالي بالاسلام ش نقل صاحب النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما في العرب فان كان
لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن له اب في الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب
فقط وان النسب كفو النسب اذا كانا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا انسابهم ومفاخرهم بالاسلام
فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولا يكون كفوا له م والكفاءة في الحرية نظيرها
في الاسلام في جميع ما ذكرنا ش من الوفاق والخلاف يعني الكفاءة في الحرية معتبرة باجماع الفقهاء حتى لا
يكون العبد كفوا الحرة الاصل وكذلك العتيق لا يكون كفوا لحرة اصلية والمعتق ابوه لا يكون كفوا لمن لها
ابوان في الحرية م لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر فيه حكم الكفاءة ش وعن ابي يوسف
ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الاخر كان كفوا له م قال ش
قال محمد في الجامع الصغير م وتعتبر ايضا ش اي تعتبر الكفاءة ايضا م في الدين ش وفسره بقوله م
اي الديانة ش وهو التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الاخلاق وانما فسره بهذا لان يراد بالدين
الاسلام ولا كلام لاجل ان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض
للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في الدين بمعنى الديانة م وهكذا ش اي اعتبار الكفاءة
في الديانة م قول ابي حنيفة وابي يوسف ش وبه قال الشافعي ومالك قال مالك تعتبر الكفاءة في الدين
وحده ونقل هذا عن الشافعي واحمد في رواية لا يعتبر الا في الدين والنسب والاصح عن احمد مثل
مذهب الشافعي حتى لو نكحت امراة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء حق الرد م هو الصحيح ش
احتراز عما روي عن ابي حنيفة ان الكفاءة في التقوى والحسب غير معتبرة ذكره في المحيط وعما روي
عن ابي يوسف انها غير معتبرة في التقوى معتبرة في الحسب والحسب مكارم الاخلاق كذا في المحيط
وذكر المحبوبي مجملا الى صدر الاسلام ان الحسيب هو الذي له جاه وحرمة وحشمة لا يكون كفوا
للحسيب الذي لا جاه له وفي جامع قاضي خان الحسيب كفو للنسيب حتى ان الفقيه كفو للعلوي لان
شرف العلم فوق شرف النسب ولذا الفقيه الفقير كفو للغني الجاهل والعالم العجمي كفو للعربي الجاهل
والعربية وقيل والاصح انه لا يكون كفوا للعربية م لانه ش اي لان الدين م من اعلى المفاخر ش قال تعالى
ان اكرمكم عند الله اتقاكم م والمراة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه ش بفتح الضاد المعجمة
والعين المهملة واصله وضعة والهاء عوض من الواو ويقال في خسته ضعة وضعة بكسر الضاد ايضا
ومنه الوضيع وهو الدني من الناس وللحق المراة يعيرها الناس م بفسق زوجها اكثر ما تعير بدناءة نسب
زوجها م وقال محمد لا تعتبر ش اي الكفاءة في الدين م لانه ش اي لان الدين م من امور الاخرة ولا يبتنى
احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ش اي الا اذا كان الزوج يصفع على صيغة المجهول قال الجوهري
الصفع كلمة مولدة والرجل صفعان وقال غيره معنى يصفع يضرب على قفاه م ويسخر منه ش على صيغة
المجهول منه اي من الزوح اي يستهزئ به ومنه التمسخر م او يخرج ش اي الزوج م الى الاسواق

حال كونه م سكران ويلعب به الصبيان لانه يستخف به ش اي بذلك الصنع وفيه المحيط وعليه
الفتوى وعن ابي يوسف انه قال الذي يشرب المسكر وان كان يشرب مسكرا ولا يخرج سكران فهو كفو
وان كان يعلن ذلك لم يكن كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات ولم ينقل في ذلك عن ابي حنيفة شيء
والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا التبرك يمكن تركه وفي فتاوى الظهيرية لو تزوج وهو كفو
ثم صار فاسقا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح لا استمرارها بعد النكاح وفي
الحاوي ذكر شيخ الاسلام ان الفاسق لا يكون كفوا للعدل عند ابي حنيفة وان لم يكن معلن الفسق
م وتعتبر ش اي الكفاءة م في المال وهو ش اي الاعتبار في المال م ان يكون مالكا للمهر والنفقة ش
والنفقة يتناول الكسوة لانها مما يفوض الى الزوجة م وهذا ش اي كونه مالكا للمهر والنفقة م
هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما ش اي المهر والنفقة م او لا يملك احدهما لا يكون
كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه ش فلا بد من ذلك
وقيل ان كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فهو كفو وان لم يملك النفقة وفي الذخيرة اذا قدر
على نفقتها بالتكسب ولم يقدر على المهر اختلفوا فيه واكثرهم على انه لا يكون كفوا وذكر هشام عن ابي
يوسف انه يكون كفوا وهكذا روي عن محمد وفي جوامع الفقه ومن قدر على المهر ونفقة شهر فهو
كفو م والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا ش اي من حيث العرف وليس
يطالب به فلا يسقط الكفاءة وفي المجتبى قلت وفي عرف اهل خوارزم كله مؤجل فلا يعتبر القدرة
عليه بيسار ابيه وفي الكافي بيسار امه وجده وجدته ولا يعتبر قادرا على النفقة بيسار ابيه
لان الاباء يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة العادة م وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة
دون المهر م هذا غير ظاهر الرواية وروى الحسن ان ابي مالك عن ابي يوسف انه قال الكفو هو الذي
يقدر على المهر والنفقة فان كان يملك المهر دون النفقة فليس بكفو قلت فان يملك النفقة دون
المهر فانه يكون كفوا وعن ابي حنيفة ومحمد وبعض اصحاب الشافعي مثل قول ابي يوسف وفي جامع شمس
الائمة المعتبر نفقة سنة وقيل نفقة شهرين وفي المحيط هذا اذا اصلحت للجماع والا لا يعتبر القدرة
على النفقة كالصغيرة جدا والصبي كفو بغنى ابيه هو الصحيح ولو كانت له الف درهم وعليه الف درهم
دين وتزوج امراة بالف فهو كفو لها في قول ابي حنيفة ومحمد وبه قال بعض اصحاب الشافعي في وجه
وقال ابو يوسف لا يعتبر وبه قال بعض اصحاب الشافعي في الاظهر م لانه يجري المساهلة في المهر ش
اي لان الشان يجري التسهيل والتاجيل في المهر م ويعد المرء قادرا عليه ش اي على المهر م بيسار ابيه
ش ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب وفي الذخيرة اذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه
فهو كفو وفي منية المفتي من لم يملك النفقة لا يكون كفوا موسرة كانت المراة او فقيرة م واما الكفاءة
في الغنى فمعتبرة عند ابي حنيفة ومحمد ش وفي اكثر النسخ في قول ابي حنيفة ومحمد وبه قال بعض
الشافعية م حتى ان الفايقة ش اي المراة البالغة م في اليسار لا يكافيها القادر على المهر والنفقة لان
الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر ش وهذا القول منقول عنهما في غير رواية الاصول وفي
كتاب النكاح لا يشترط الا القدرة على المهر والنفقة وقال الامام السرخسي في مبسوطه وصاحب
الذخيرة والاصح ان ذلك لا يعتبر لان كثرة المال مذمومة في الاصل قال عليه السلام هلك المكثرون
الا من قال بماله هكذا وهكذا اي تصدق بهم م وقال ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له ش اي لان
الغنى لا ثبات له م اذ المال غاد ورائح ش اي لان المال لا يستقر في يد شخص لانه يروح ويأتي وكم
من شخص يمسي غنيا ويصبح فقيرا او بالعكس م وتعتبر ش اي الكفاءة م في الصنايع ش اي الحرف م
وهذا ش اي اعتبار الكفاءة م عند ابي يوسف ومحمد ش هذا هكذا في اكثر النسخ وهكذا اورده شيخ
الاسلام خواهر زاده وذكر الاسلام ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى
حتى لا يكون الحجام والكناس والدباغ كفوا للبزاز والعطار واما العطار فهو كفو للبزاز م وعن ابي
حنيفة في ذلك ش اي في اعتبار الكفاءة في الصنايع م روايتان ش اظهرهما انه لا يعتبر حتى يكون
البيطار كفوا للعطار وهو رواية عن محمد وعنه في رواية الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحايك والحجام
م وعن ابي يوسف انه ش اي الكفو لا يعتبر في الصنايع م الا ان يفحش كالحجام والحايك والدباغ

ش وعند الشافعي رحمه الله صاحب الحرفة الدنية ليس كفوا لارفع الحجام والحايك والدباغ
والكناس في الغاية الكناس والحجام والدباغ والحارس والسايس والراعي والقيم اي البلان في الحمام
ليسوا اكفاء لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز والتاجر ولا هما لبنت عالم وقاض والحايك ليس
بكفو لبنت الدهقان وان كانت معسرة وقيل هو كفو واما الكفاءة في العقل فقد قال في المحيط
والمبسوط لا رواية فيها عن المتقدمين من اصحابنا ثم قيل يعتبر فلا يكون المجنون كفوا للعاقلة
لان المجنون يفوت مقاصد النكاح فهو اشد من الفقر ودناءة الحرفة وقيل لا يعتبر لان المجنون بمنزلة
المرض وساير الامراض لا تسلب الكفاءة فكذا الجنون وفي المرغيناني لا يكون المجنون كفوا للعاقلة وعند
بقية الائمة هو من العيوب التي تفسخ النكاح بها وفي المحيط وغيره وهنا جنس خامس اخس من
الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكردا وفي مصر جنس خامس اخس من الكل هو الذي
خسيس هم الطايفة الذين يسمون السرابا تيه وانهم يلتقطون المبيض وبيوت الخلا ويغطسون في اوساخ
الناس م وجه الاعتبار ش اي اعتبار الكفاءة في الصنايع م ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف
ويتعيرون بدناءتها ش اي بدناءة الحرف قال عليه السلام الناس اكفاء الا الحايك والحجام كذا ذكره الكاكي
والله اعلم بصحته م وجه القول الاخر ش وهو عدم الاعتبار م ان الحرفة ليست بلازمة ش لا تنفك
عن الرجل م ويمكن التحول عن الخسيسة ش اي عن الحرفة الخسيسة م الى الشريفة ش اي الى
الحرفة الشريفة م منها ش اي من الحرف بخلاف النسب لانه صفة لازمة والفقر كذلك اذ لا يفارقه عادة
م واذا تزوجت المراة ونقصت عن مهر مثلها ش اي مما لا يتغابن الناس في مثله م فللاولياء الاعتراض
عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها ش ولا يكون الفرقة طلاقا لانها ما وقعت من
قبل الزوج ولا يكون لها المهر ان كانت الفرقة قبل الدخول وبعده لها المسمى م وقالا ليس لهم ذلك
ش اي الاعتراض م وهذا الوضع ش اي وضع القدوري رحمه الله هذه المسألة على هذا الوجه م انما يصح
على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك ش اي الرجوع م وهذه ش
اي هذه المسألة م شهادة صادقة عليه ش اي على رجوع محمد الى قولهما في النكاح بغير ولي فانه
لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض وقال الاكمل اقول هذا انما يستقيم ان لو
تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالازدواج ولم يسم مهرا فعقدت
على هذا الوجه صح وضع المسألة على قول محمد الاول وكذلك لو اكره السلطان امراة ووليها على تزويجها
بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المراة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الاول فلم يكن في هذا
الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما انتهى قلت هذا كله خلاصة ما قاله صاحب النهاية وغيره
وقال صاحب الاسرار وان المسألة فيما اذا اكرهت المراة والولي على ان تزوجها باقل من مهر مثلها ثم
زال الاكراه فرضيت المراة وابى الولي فليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك او طلبت من الولي التزوج باقل
من مهر مثلها لم يجبر الولي م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان ما زاد على العشرة حقها ش لانها تملك
اسقاطه واثباته م ومن اسقط حقه لا يعترض عليه م كما بعد التسمية ش بمعنى لو ابرأت بعد تسمية المهر
لا يكون للولي الاعتراض لانه بدل بضعها فلها التصرف فيه كيف شاءت م ولابي حنيفة ان الاولياء
يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فاشبه الكفاءة ش اي في التعيير فلهم الاعتراض م بخلاف
الابراء بعد التسمية ش جواب عن قولهما كما بعد التسمية م لانه لا يعير به ش لانه ابراء وهبة وهذا
من باب المروءة فليس لهم الاعتراض وعند الشافعي ومالك واحمد لا يتصور الخلاف في هذه المسألة
لاشتراط جواز النكاح بعقد الولي عندهم م واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه
الصغير ش اي زوج ابنه الصغير م وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ش اي جاز النقصان في
الصغيرة والزيادة في الصغير عليهما اي على الصغيرة والصغير م ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا
ش اي جواز الزيادة والنقصان م عند ابي حنيفة ش وبه قال مالك واحمد في الاب م وقالا لا يجوز
الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ش وبه قال الشافعي والظاهرية فعندهم لا يجوز الا بمهر المثل
ويحمل النقص وتسقط الزيادة م ومعنى هذا الكلام ش اي كلام الصاحبين م انه لا يجوز العقد
عندهما ش اتفاق لذلك لا ان عند بعض اصحابنا اصل النكاح صحيح ولا يجوز الحط والزيادة وبه قال

الشافعي رحمه الله ويرد إلى مهر المثل لأن المانع من قبل المسمى وفساده لا يمنع صحة النكاح كما لو كان المسمى خمرا لأنه ذكر في الكتاب لا يجوز عندهما مطلقا لجهالة البعض في ذلك والأصح أن النكاح باطل عندهما كما في غير الأب والجد م لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ش أي فعند فوات النظر م يبطل العقد ش من الأصل كالمأمور بالعقد بشرط يبطل عقده إذا عدم الشرط م وهذا ش أي بطلان العقد م لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ش يعني إذا باع بأقل من قيمته أو اشترى بأكثر من قيمته وكان بحيث لا يتغابن الناس في مثله أنه لا يجوز العقد م ولهذا ش أي ولأجل تقييد الولاية بالنظر م لا يملك ذلك ش أي الحط من مهر المثل والزيادة عليه م غيرهما ش أي غير الأب والجد بالاتفاق م ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر ش لا على النظر والقدر في هذا العقد باطنا لكن النظر دليل عليه م وهو قرب القرابة ش أي القرابة الداعية إليه وهو موجود ههنا فيدار عليه الحكم وهو جواز النكاح م وفي النكاح مقاصد ش تقرير هذا الكلام أن المقصود من العقد ليس حصول المال البتة لأن في النكاح مقاصد سوى المال الذي هو المهر م يربو ش أو يزيد م على المهر ش من الكمالات المطلوبة في الأختان والعرائس فالظاهر أنه تصرف في الصداق لتوفر شيء من المقاصد التي هي أنفع لها من الصداق فإقدامه يدل على اشتمال العقد على المصلحة وصار كالوصي إذا صالح بمال اليتيم جاز لحصول النظر وإن كان في الظاهر إتلاف مال اليتيم وكان تصرف الأب في هذا وإنما بشرط النظر حتى إذا علم سوء الاختيار منه مجانة أو فسقا كان عقده باطلا وقد روي أنه عليه السلام تزوج عائشة رضي الله عنها على صداق خمسمائة درهم زوجها أبو بكر رضي الله عنه وزوج فاطمة من علي رضي الله عنهما على صداق أربعمائة درهم ومعلوم أن ذلك لم يكن صداق مثلهما لأنه … الصداق مثلهما مع أنهما مجمع الفضائل فلا صداق في الدنيا يزيد على هذا المقدار م أما المالية هي المقصودة في التصرف المالي ش هذا جواب عن قولهما كما في البيع تقرير قياسهما على البيع غير صحيح لأن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فإذا قصر لم يكن شيء في مقابلتها يجبره خلل الغبن الفاحش فلهذا يثبت الاعتراض وفي المجتبى وقيل يجوز بيع الأب مال ابنه الصغير بغبن فاحش فلأن يجوز النكاح بالطريق الأولى وبه قال الشافعي رحمه الله في الأصح وأحمد وفي قول مثل قول أبي حنيفة لكن لها الخيار إذا بلغت أما لو زوج ابنه الصغير أمة لا يجوز عند الشافعي ومالك وأحمد لعدم خوف العنت ولو زوج ابنه الصغير لا يثبت المهر في ذمة الأب بل يثبت في ذمة الابن عندنا سواء كان الابن موسرا أو معسرا وبه قال الثوري والأوزاعي وأحمد وقال الشافعي رحمه الله يثبت في ذمة الأب وبه قال حماد شيخ أبي حنيفة رحمه الله وقال مالك والليث في الابن المعسر على الأب وهو رواية عن أحمد م والدليل عدمناه في حق غيرهما ش هذا جواب عن قولهما فلهذا لا يملك ذلك غيرهما وأراد بالدليل قرب الشفقة تقريره أن الدليل الدال على النظر معدوم في حق غير الأب والجد فلذلك لا يجوز لغيرهما وقوله والدليل مرفوع على الابتداء وخبره قوله عدمناه ويجوز أن يكون والدليل منصوبا بفعل مقدر يفسره الظاهر بعده وعدمنا الدليل لحذف حتى لا يجتمع المفسر والمفسر م ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز ش الواو في وهي صغيرة للحال وكذا الواو في قوله وهو صغير وعند الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد ليس له أن يزوج ابنه الصغير أمة لعدم خوف العنت على أصلهم ولا بنته المعيبة على المذهب ويجوز له تزويجها من لا يكافئها في الخصال على الأصح ذكره في المنهاج وفيه ولو زوجها السلطان بطلبها من غير كفو لم يصح في الأصح م قال ش هذا عند أبي حنيفة ش أي الجواز عند أبي حنيفة م أيضا لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها ش أي المصلحة تعود نفعها وقد رآه الأب تفوق الكفاءة فلا اعتراض حينئذ في ذلك م وهو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والتعليل من الجانبين نظير التعليل في المسألة السابقة فافهم م

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ش

أي هذا فصل في بيان حكم الوكالة بالنكاح وغيرها أي وغير الوكالة كنكاح الفضولي والولي لأن هذا الفصل يشتمل على أحكام الوكالة والفضولي والولي ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ذكرها في باب

الأولياء

الأولياء في فصل على حدة م ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ش أي بنت عمه الصغيرة بغير إذنها والبالغة بإذنها صورته أن يقول اشهدوا أني زوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان من نفسي وبه قال مالك وأحمد والثوري وأبو ثور والظاهرية وقال الشعبي وبه قال الحسن البصري ومحمد بن سيرين وإسحاق واختاره أبو بكر بن المنذر م وقال زفر لا يجوز ش وبه قال الشافعي رحمه الله م وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز ش أي كذلك جاز عندنا م وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز ش وقال أحمد يرد أمرها إلى غيره ليزوجها وقال قتادة وربيعة العنبري يزوجها منه من هو أبعد منه وكذا الخلاف في الوكيل إذا زوجها من نفسه وقال الشافعي لا يجوز ذلك إلا في أحد الوجهين م لهما ش أي لزفر والشافعي ش أنه جمع بين الدليل لزفر والشافعي … كما في معنى وهو م أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا ش لشيء واحد في زمان واحد م كما في البيع ش يعني لو وكل المشتري البائع بأن يبيع سلعته من نفسه لا يصح هذه الوكالة ولا هذا البيع أو وكل زيد رجلا بشراء شيء بعينه ووكله صاحب العين ذلك الرجل أيضا بأن يبيعه من زيد لا يجوز لما أن الواحد يصير مملكا ومتملكا م إلا أن الشافعي رحمه الله يقول ش أشار بهذا الاستثناء إلى أن دليل الشافعي وزفر مشتركا في المعنى المذكور لكنه استثنى الولي لأن مذهبه فيه كمذهبنا حيث يقول م في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواه ش أي لأن العقد لا يتولاه سوى الولي لأن عبارة النساء غير صحيحة عنده م ولا ضرورة في الوكيل ش لأنه ينعقد العقد بعبارة الولي ضرورة ولا ضرورة في الوكيل لأن كل واحد في الباب تام غير من أحد الجانبين فيكون مأمورا قائما مقامه وهو الولي من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد م ولنا أن الوكيل في النكاح معبر وسفير ش والواحد يجوز أن يكون معبرا عن اثنين والسفير في اللغة المصلح بين القوم كذا في الديوان وقال ابن دريد في كتاب الجمهرة السفير بين القوم الماشي بينهم في الصلح م والتمانع ش أي التنافي م في الحقوق ش وهو كونه مطالبا ومطالبا ومسلما ومسلما ومخاصما ومخاصما م دون التعبير ش إذ الواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين كما ذكرنا فإن العبارة تنتقل إليهما فيصير العقد بين شخصين فلا يؤدي إلى أحكام متضادة م ولا ترجع الحقوق إليه ش أي إلى الوكيل لأنه سفير لا مباشر م بخلاف البيع لأنه ش أي لأن الوكيل في البيع م مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ش أي حقوق عقد البيع من مطالبة الثمن وتسليم المبيع والقيام بالعهدة وغيرها كل ذلك يرجع إلى الوكيل في البيع م وإذا تولى طرفيه ش أي إذا تولى الوكيل طرفي العقد م فقوله زوجت يتضمن الشطرين ش أي قول الوكيل زوجت فلانة من فلان يتضمن يقوم مقام شطري العقد وهما الإيجاب والقبول م ولا يحتاج إلى القبول ش لأن الواحد لما تقدم مقام اثنين قامت عبارة الواحد أيضا مقام عبارتين فلا يحتاج إلى القبول م قال ش أي قال القدوري في مختصره م ونكاح العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف فإن أجازه المولى جاز وإن رده بطل وكذلك ش أي وكذلك موقوف م لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا ش أي أو زوج رجلا م بغير رضاه م وهذا عندنا ش أي كون هذا العقد موقوفا على الإجازة مذهب أصحابنا م فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز ش أي للعقد مجيز أي قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضوليا آخر أو وكيلا أو أصيلا حالة الوقوع كالبيع والنكاح والإجارة ونحوها م وإنما قيد بقوله وله مجيز لأنه إذا لم يكن له مجيز كما إذا زوج الفضولي يتيمه لا يتوقف العقد فإن قلت السلطان مجيز وكذا القاضي فينبغي أن يتوقف العقد قلت يمكن فرض المسألة في موضع لا سلطان فيه ولا قاضي كدار الحرب مثلا ومن صوره تزوج عبد المكاتب حيث لا يتوقف بل يبطل لعدم المجيز لأن النكاح عيب وليس بكسب ولم يجز إجازة المكاتب وكذا إجازة المولى لأنه أجنبي عن كسب المكاتب م انعقد موقوفا على الإجازة ش وبه قال مالك وأحمد في رواية وقال أبو عمر في التمهيد لم يختلف قول مالك وأصحابه في العبد يتزوج بغير إذن سيده أن السيد بالخيار إن شاء أجازه وإن شاء فسخه وقال يحيى بن سعيد الأنصاري الأمر عندنا بالمدينة على هذا وقال إسماعيل القاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن البصري والشعبي والحكم وجعل مالك التفرقة طلاقا وأجازوا توقف البيع على إجازة المالك وأجمعوا على توقيف الوصية على قبول الموصى له م وقال الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة ش وبه

قالاحد في دوايدم لان العقد وضع لحكمه ش بنا على ان المقاصد الاصليه هو الحكم م والفضولي لا يقدر
على اثبات الحكم فيلغو ش في الايجاد للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى
واذا كان امر بعقد ذلك الكلام لغوا م ولنا ان ركن التصرف ش وهو الايجاب والقبول م صدر عن اهله
ش وهو العاقل البالغ حال كونه م مضافا الى محله ش وهو الانثى من بنات ادم ليست بمحرم ولا معتدة ولا
مشركة ولا زايد على العدد المنصوص م ولا ضرر في انعقاده ش اي في انعقاد التصرف ش لكونه
غير لازم م فينعقد موقوفا ش كيلا يلحق الضرر بالغايب م حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه ش والا ابطله
م وقد يتراخى حكم عن العقد ش وهو جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان العقد قد وضع لحكمه
هذا قول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل اخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن
العقد كالبيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار ثم العبد اذا تزوج ثم اجاز المولى
النكاح يلزمه مهر المثل بالدخول ومهر اخر بالاجازة قياسا لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول
في النكاح الفاسد وفي الاستحسان يلزمه مهر واحد لان مهر المثل انما يلزمه بالعقد فلولاه للزم الحد
والمسمى ايضا يلزم بحكم العقد فلو لزم المهران للزم في العقد الواحد مهران وذا لا يجوز وفي النهاية
يحفظ الفضولي عند غيبة الموكل انما صح اذا عرفه باسمه ونسبه وفي المنادي زوجها من نفسه
بامره وقال اشهدوا ان فلانة وكلتني ان ازوجها من نفسي ولم ينسبها ولم تعرفها م ومن قال اشهدوا
اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت ش اي اجازت المراة ما قاله الرجل في غيبتها م فهو باطل ش
اي عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف م وان قال اخر ش اي وقال الفضولي اخر في هذه المسئلة
م اشهدوا اني قد زوجتها منه ش اي قد زوجت فلانة التي قال الرجل اشهدوا اني قد تزوجتها
منه م فبلغها ش اي المراة م الخبر ش فاجازت جاز ش اي العقد والفرق بين المسئلتين ان الاول
لا مجيز لها فيبطل ولا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما مر ان شرط التوقف وجود المجيز م
وكذلك ش اي وكذلك يجوز م ان كانت المراة هي قالت في جميع ذلك ش يعني اذا قالت المراة اشهدوا
اني قد زوجت فلانا وخاطب عنه واحد في المجلس فقال زوجته اياك فبلغه الخبر فاجاز فهو
جايز لوجود المجيز م عند ابي حنيفة ومحمد ش اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد م وقال ابو يوسف
اذا زوجت نفسها غايبا فبلغه ش اي فبلغ الغايب تزوجها نفسها اياه م فاجاز ش اي فاجاز الغايب
ذلك م جاز ش اي العقد وتجويز ابي يوسف المسئلة في هذه الصور كلها هو وحاصل هذا ش اي حاصل
ما ذكر من الصور م ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب
عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد م خلافا له ش اي لابي يوسف رحمه الله واجمع اصحابنا ان الواحد
يصلح وكيلا من جانب اصيلا من جانب ووكيلا من الجانبين ووليا من جانب اصيلا من جانب ووليا
من جانب ووكيلا من جانب في النكاح وهل يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب ووليا
من جانب او فضوليا من جانب ووكيلا من جانب او فضوليا من جانب اصيلا من جانب حتى يتوقف
العقد على الاجازة فعند ابي حنيفة ومحمد لا يصلح ولا يتوقف وعند ابي يوسف يصلح فيتوقف واما
كون الواحد اصيلا من الجانبين فهو محال م ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل
جاز بالاجماع ش هاتان صورتان لا خلاف فيهما وهما ظاهرتان م هو ش اي ابو يوسف م يقول لو
كان ش اي الفضولي م مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا ش يعني بغير امره م يتوقف ش لان
كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتدا فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالو كالة
السابقة م وصار كالخلع ش فان الزوج اذا قال خالعت امراتي على كذا وهي غايبة فبلغها الخبر فقبلت
في مجلس علمها جاز بالاتفاق م والطلاق ش اي وكالطلاق على مال م والاعتاق ش اي وكالاعتاق م على مال
ش يرجع الى الطلاق والعتاق جميعا كما فسرناه م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م ان الموجود شطر العقد
ش اي نصفه م لانه شطر ش اي لان الموجود منه شطر م حالة الحضرة ش اي حالة كونه حاضرا
حتى يبطل بالرجوع قبل قبول الاخر ويبطل بالقيام قبل قبول الاخر ولو كان عقدا تاما لما بطل م فكذا عند الغيبة
ش لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف م وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في
البيع ش كما اذا قال الرجل بعت عبدي من فلان ولم يقبل عن المشتري احدا وقال اشتريت عبد فلان

الاستحسان

ولم يقبل عن البايع احدا وقال بعت عبد فلان من فلان ولم يقبل عنهما احد فانهما لم يتوقف لم ينفذ بالاجازة
اللاحقة بعد المجلس م بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين ش فيصير كلامين م
وما جرى بين الفضوليين عقد تام ش لوجود الايجاب والقبول الا انه لم ينفذ في الحال بل يتوقف على
اجازة المعقود له كيلا يلحق الضرر به م وكذا الخلع واخواته ش اي الطلاق على مال والاعتاق عليه م لانه
تصرف يمين من جانبه ش وهذا كان لازما لا يقبل الرجوع وهو معنى قوله م حتى يلزم فيتم به ش اي بالحالف
لان اليمين لا يتم الا بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما يجي ان شاء الله
تعالى وانما التصرف يمين لانه كان قال ان قبلت الفدية فانت طالق وان قبل كذا فهو حر والقبول شرط
وقوع الطلاق والعتاق لا شطر العقد م ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة
لم يلزمه ش اي الامر م واحدة منهما ش اي من الاثنتين م لانه لا وجه الى تنفيذهما ش اي تنفيذ
العقد في الاثنتين م للمخالفة ش لان الامر ما امر الا بان يزوجه امراة فخالفه حيث زوجه ثنتين م ولا
الى التنفيذ ش اي ولا وجه الى تنفيذ العقد م في احدهما ش حال كونها م غير عين ش اي غير معينة م
للجهالة ش لان النكاح في المجهولة يكون معلقا بشرط البيان ولا يجوز تعليق مثل النكاح بالاخطار م
ولا الى التعيين ش اي ولا وجه ايضا الى تعيين واحدة منهما م لعدم الاولوية ش لان احدهما ليست اولى
من الاخرى فاذا كان الامر كذلك م فتعين التفريق وفي المسئلة قيود الاول انه امره بان يزوجه امراة فزوجه
امراتين ولو امره ان يزوجه امراتين في عقدة واحدة فزوجه واحدة جاز الا اذا قال لا تزوجني الا
امراتين في عقدة فحينئذ لا يجوز **والثاني** انه امره ان يزوجه امراة ولم يعينها فلو عينها فزوجها
واخرى معها يلزمه المعينة والثالث ان الوكيل زوجه اثنتين في عقدة واحدة لانه لو زوجه في عقدين
لزمه الاولى ونكاح الثانية موقوف على الاجازة لانه فضولي عنده **والرابع** انه لم يلزمه واحدة منهما
ولم يقل لم يجز النكاح لانه جاز وليس بنافذ لانه نكاح الفضولي لمخالفة الامر **وفي النهاية**
كان ابو يوسف يقول اولا يصح احدهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المامور ممتثل امره في احدهما
ولا بعد ان يكون احدهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امراتيه ثلاثا بغير عينها قال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل
التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق م ومن امره امير بان يزوجه امراة ش
قيد بالامير ليتم حكم غيره كذلك وقال الامام المحبوبي على هذا الخلاف اذا لم يكن امير فزوجه الوكيل امة او حرة
عميا او مقطوعة اليدين او الكاكي او مفلوجة او مجنونة وعلى هذا كان قيد الامير اتفاقيا وقيل قيد به
لان الكفاءة في جانب النسا للرجال مستحسنة اي الوكالة عندهما اما لو زوجه صغيرة لا تشتهى يجوز بالاجماع
لانه عليه الصلاة والسلام تزوج عايشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين انتهى قلت الظاهر ان ذكره
موافقة للفظ محمد رحمه الله لان المسئلة من مسايل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امير امر
قرشي امر ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره قال جاز وقال الاتري انما وضع المسئلة ابو حنيفة في
نفسه تواضعا حيث جعل نفسه مامورا ولا تتفاوت الحكم بين ان يكون الموكل اميرا او غير امير قرشيا او
غير قرشي لعدم ان يكون حرام فزوجه امة لغيره ش انما قيد بقوله امة لغيره اذ لو زوجه امة نفسه لا يجوز
بالاجماع لمكان التهمة ذكره في جامع قاضي خان م جاز عند ابي حنيفة ش اي جاز التزويج فلا يرد م رجوعا
الى اطلاق اللفظ ش لان لفظ امراة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امراة تقع على الحرة
والامة جميعا م وعدم التهمة ش اي ورجوعا الى عدم التهمة لان الامة ليست للوكيل فلا يتهم م وقال
ابو يوسف ومحمد لا يجوز الا ان يزوجه كفوا ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد اما عندهم فلطول الحرة واما
عندهما فصرف الاطلاق الى التعارف كتقييد البلد والمتعارف تزوج الكفو م وهو معنى قوله م لان المطلق
ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء ش في فتاوى قاضي خان ذكر لت المسئلة ان الكفاءة في جانب النساء معتبرة
عندهما ايضا **وفي المحيط** الكفاءة في جانب النسا غير معتبرة عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي واحمد
وعندهما معتبرة استحسانا **وقيل** غير معتبرة عندهما بلا خلاف وانما لا يجوز في غير الكفو في هذه الصورة
باعتبار التعارف لا باعتبار الكفاءة وطرد اذ لو اعتبار الكفاءة استحسان عندهما ولو كان باعتبار
الكفاءة وجب ان لا يجوز عندهما قياسا واستحسانا وعند الشافعي رحمه الله التوكيل بامراة مجهول لا يصح

في قوله ويصح في قول وينصرف إلى المعتاد م قلنا العرف يشترك ش يعني كما هو مستعمل فيما قاله مستعمل عندنا فيما قلنا فإن الأشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الإماء للتسهيل م أو هو عرف عملي ش أي من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه أن العرف على نوعين نحو الدابة تتقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالإبل وعرف عملي أي من حيث إن عمل الناس كذا كالقميص الجديد يوم العيد وأمثاله م فلا يصلح مقيدا ش أي للإطلاق لأن إطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يرد عليه م وقد ش أي محمد م في الوكالة ش في الأصل م أن اعتبار الكفاءة من هذا استحسان عندهما ش أي أن اعتبار الكفاءة في النساء للرجال استحسان عند أبي يوسف ومحمد وأما اعتبار الكفاءة في الرجال للنساء فهو بالاتفاق م لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفؤ ش أي بحسب الظاهر فيتقيد به **فروع** قال في الخلاصة أمره أن يزوجه امرأة فزوجه صبية جاز **قيل** هذا قول أبي حنيفة أما عندهما فلا يجوز إذا كانت لا تجامع مطلقا كما لو زوجه رتقاء أو قرناء وقيل هذا قول الكل ولو أمره أن يزوجه سوداء فزوجه بيضاء أو على العكس لا يجوز ولو أمره أن يزوجه عمياء فزوجه بصيرة يجوز **وفي المنتقى** أمره أن يزوجه أمة فزوجه حرة لا يجوز وإن فزوجه مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد جاز ولو أمره أن يزوجه نكاحا فاسدا فزوجه امرأة نكاحا صحيحا لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعا صحيحا جاز والفرق أن الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع لأن البيع الفاسد بيع لأنه يفيد الملك فإذا باع بيعا جائزا فقد خالف إلى خير فيجوز وأما الوكيل بنكاح فاسد فليس بوكيل بالنكاح لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح لأنه لا يفيد الملك ولهذا لا يجوز طلاقها وظهارها فإذا أوصى وكيلا لم ينفذ تصرفه عليه كذا ذكره في الولوالجي في فتاواه وفي الإيضاح للفضولي أن يفسخ النكاح قبل الإجازة في قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول لا يجوز وهو قول محمد **وفي النوازل** بعث قوما إلى رجل يخطب ابنته فقال زوجت فقبل إنسان منهم فقيل لم يجز لأن الكل خاطب والخاطب لا يصلح شاهدا وقيل يجوز وعليه الفتوى

باب المهر

ش أي هذا باب في بيان المهر لما ذكر ركن النكاح وشرائطه شرع في بيان حكمه وهو وجوب المهر وجوبه حكم النكاح قال الأكمل المهر المال وقال الكاكي المهر الصداق وهو اسم لما فرض في عقد النكاح وقال الكاكي وللمهر سبعة أسماء في القرآن أحدها الصداق والثاني النحلة قال الله تعالى عز وجل وآتوا النساء صدقاتهن نحلة والثالث الأجر قال تعالى وآتوهن أجورهن والرابع الفريضة قال تعالى وقد فرضتم لهن فريضة والخامس المهر قال عليه السلام فإن مسها فلها المهر بما استحل والسادس العليقة قال عليه السلام أدوا العلائق قيل يا رسول الله ما العلائق قال ما تراضى به الأهلون والسابع العقر قال عليه السلام لها عقر نسائها انتهى **قلت** لم يذكر في القرآن إلا أربعة من الأسامي والثلاثة ذكرت في الحديث وقال السروجي له أسماء تسعة فذكرها مثل ما ذكر الكاكي وزاد الصدقة والحباء والحديث الذي فيه العلائق رواه الدارقطني ويقال أصدقها ولا يقال أمهرها بل يقال مهرها كذا هكذا ذكره ابن قدامة في المغني وفي الصحاح أمهرها ومهرها إذا سمى لها مهرا أو تزوجها به م ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا ش قدر غير هذه الواو في قوله ويصح واو الاستفتاح لما سمعت من سادتي الكبار وفي أكثر النسخ قال ش أي القدوري ويصح النكاح وصحة النكاح بدون تسمية المهر إجماعا وإنما الخلاف هل يجب مهر المثل أو لا يجب شيء على ما يأتي في المفوضة وخلو النكاح عن التسمية لا يمنع صحته كما إذا تزوجها ولم يسم لها مهرا أو تزوجها على أن لا مهر لها أو تزوجها على ما ليس بمال كالميتة والدم وهما مسلمان فالنكاح جائز ولها مهر مثل نسائها م لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ش ويصح بلا تسمية المهر قال عز وجل فانكحوا فلو شرطنا التسمية فيه لزدنا على النص م ثم المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه فأجاب بقوله المهر واجب شرعا ش يعني وجوبه ليس لصحة النكاح وإنما وجب م إبانة ش أي إظهارا ش لشرف المحل فلا يحتاج إليه لصحة النكاح ش **فإن قيل** هذا دعوى فلا بد له من دليل **أجيب** دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء إلى قوله فمتعوهن حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح م وكذا ش أي وكذا يصح النكاح م إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا ش

أن النكاح عقد انضمام فيتم مع الزوجين م وفيه ش أي وفيما إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها م خلاف مالك ش يعني أنه لا يجوز م لأنه عقد معاوضة فيفتقر إلى ذكر المهر كالبيع إلى ذكر الثمن وتغيبه يفسد البيع فكذا المهر ينبغي أن يفسد النكاح فلها البيع مبادلة مال بمال شرعا ولغة تمليك شيء بشيء ويقتضي ذكر الثمن والمهر ليس بعوض أصلي لما ذكر في الكتاب من قوله أن النكاح عقد انضمام إلى آخره م وأقل المهر عشرة دراهم ش أو قيمة عشرة وقال محمد وزن عشرة تبرا وإن كان قيمته أقل من عشرة مضروبة بخلاف السرقة فإن السرقة لا تقطع في تبرها وقال مالك أقله مقدر وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم وقال إبراهيم النخعي أقله أربعون درهما وعنه عشرون درهما وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهما وكل منهم مذهبه في نصاب السرقة الذي تقطع فيه اليد كذلك م وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز أن يكون ثمنا في البيع يجوز أن يكون مهرا في النكاح وبه قال أحمد وأبو ثور وإسحاق وفقهاء المدينة وهو مذهب الثوري أيضا وقال ابن حزم أيضا قول مالك لا نعرفه عن أحد من أهل العلم قبله وقد خالف فيه أئمة المدينة والفقهاء الذي لا يخرج عن قولهم وقال أبو عمر بن عبد البر تبعه إلى هذا أبو حنيفة رضي الله عنه فقاس الصداق على اليد عنده وإنها لا تقطع إلا في ربع دينار أو عشرة دراهم كان **قلت** لا تقطع في ربع دينار عنده ولا يكون صداقا حتى لو تزوجها على دينار قيمته أقل من عشرة دراهم يكمل عشرة دراهم عند علمائنا الثلاثة ونقله عنه سهو وغلط م لأنه حقها ش أي لأن المهر حق المرأة م فيكون التقدير ش أي تقدير المهر م إليها ش ولهذا تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطا كالبيع والإجارة والكفالة م ولنا قوله عليه السلام أي قول النبي صلى الله عليه وسلم م لا مهر أقل من عشرة دراهم ش هذا الحديث رواه جابر رضي الله عنه تقدم الكلام فيه مستوفى في الكفاءة رواه الدارقطني والبيهقي رواه في سننه من طرق وضعفها لكن الحديث إذا روي من طرق مفردها ضعيفة يصير حسنا ويحتج به ذكره النووي في شرح المهذب وقال الأترازي ولنا ما روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا مهر أقل من عشرة دراهم وروى أبو الرازي هذا الحديث في شرح الطحاوي بإسناده إلى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى **قلت** لم يذكر الإسناد حتى ينظر فيه والظاهر أنه بالإسناد الذي رواه الدارقطني وقدم الكلام فيه وقال الكاكي وحديث ابن عمر رضي الله عنهما لا مهر أقل من عشرة وهكذا رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو مذهب علي وابن عمر وعائشة وعامر وإبراهيم انتهى **قلت** الحصر لا يرضى بهذا المقدار الذي ذكره على ما لا يخفى وأما قوله وهو مذهب علي رضي الله عنه فقد رواه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن داود الأودي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه قال لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم قال ابن الجوزي في التحقيق قال ابن حبان داود الأودي ضعيف كان يقول بالرجعة والشعبي لم يسمع من علي وأخرجه الدارقطني أيضا في الحدود عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي وذكره وجويبر أيضا ضعيف م ولأنه ش أي ولأن المهر م حق الشرع وجوبا ش أي من حيث وجوبه م إظهارا لشرف المحل ش أي لأجل إظهار شرف المحل وخطره وصيانته عن شبه الابتذال م فيتقدر بما له خطر وهو العشرة ش أي عشرة دراهم م استدلالا بنصاب السرقة ش لأنه يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى فإن **قلت** هذا الاستدلال ضعيف لأن مالكا والشافعي ينكران ذلك فإن نصابها عندهما ثلاثة دراهم أو ربع دينار قلت يمنع هذا الآن مدعانا أن المهر مقدر خلافا للشافعي رحمه الله استدلالا بنصاب السرقة فإنه مقدر بالإجماع فكذا المهر بالقياس عليه لوجود الجامع أما التقدير بالعشرة في نصاب السرقة فلما رواه أبو داود في سننه من حديث عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم فإن قلت إن قلنا إن المهر حق الشرع من حيث الوجوب قلت لقوله عز وجل قد علمنا ما فرضنا وكل مال وجب بالشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها والتقدير مجهول وخبر الواحد بين ذلك فلا يجوز أقل مما قدره فإن **قلت** ما تقول في حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه رواه الجماعة أنه لما جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت إليها قال زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة وفي التهذيب رواه مالك في الموطأ عن حميد الطويل عن أنس بن مالك رضي الله عنه فقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بأقل

بما حاج ابو حنيفة رحمه الله اذ النواة خمسة دراهم وعن احمد ثلاثة دراهم قلت قال عياض لا يصح لهم ذلك لانه قال من ذهب وذلك يزيد على دينارين وفي الاسند كما ذكر اهل العلم ان وزنها خمسة دراهم وظاهر هذا انه تزوج باكثر من ثلاث مثاقيل من الذهب فان قلت روى البيهقي عن حجاج عن قتادة عن انس قال قومت يعني النواة ثلاثة دراهم وثلث درهم قلت حجاج هو ابن ارطاة وهو ضعيف وقتادة مدلس وقد عنعن ولهذا قال احمد عن هذا حديث لا تقوم به حجة فان قلت ما تقول في حديث جابر رواه ابو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعطى في صداق امراة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل قلت في اسناده موسى بن مسلم وهو ضعيف قاله المنذري وقال الاودي وهو ضعيف ورواه ابو داود موقوفا وقيل كان ذلك في المتعة يدل عليه ان جابرا نفسه قال كنا نستمتع بالقبضة من الطعام على معنى المتعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن جريج عن ابي الزبير قال سمعت جابرا يقول كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الايام على عهد عليه السلام قلت هذا منسوخ وكان ذلك للضرورة والفقر في اول الاسلام قاله ابن الجوزي فان قلت قال البيهقي هذا وان كان منسوخا لانه في نكاح المتعة فانما نسخ منه شرط الاجل فاما ما يجعلونه صداقا فانه لم ينسخ قلت فساد قوله هذا ظاهر قال الاجماع قام على نسخ احكام المتعة ودعوى اخراج بعضها عن النسخ دعوى باطلة وقال السروجي ويدل على بطلان قوله هذا وابان تعصبه للمقلد ان الذي نسخ من نكاح المتعة انما هو شرط الاجل وان باقي احكامه ثابت في النكاح المشروع المؤبد انه ينبغي ان لا تثبت بهذا النكاح نسب ولا تجري فيه التوارث ان هذه الاحكام لنكاح المتعة وهي باقية في هذه الانكحة ولم ينسخ الا شرط الاجل كما زعم وذلك خلاف اجماع المسلمين وهو هوس وقيل في الجواب عن الحديثين لو انه روي عن جابر خلاف هذا او هو نص مع ضعف كل واحد منهما فلا يكون هذا دليلا على دعواهم وقيل لو ثبت كان محمولا على المعجل والله اعلم فان قلت روى البخاري ومسلم عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال جاءت امراة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله جئت اهب لك نفسي الحديث بطوله وفيه رجل من اصحابه فقال يا رسول الله ان لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال هل عندك من شيء قال لا والله يا رسول الله ما وجدت شيئا فقال عليه السلام انظر ولو خاتما من حديد فذهب ثم رجع فقال لا والله يا رسول الله ما وجدت ولا خاتما من حديد الحديث وفيه قال له ما معك من القران قال سورة كذا وكذا عددها وقال تقراهن عن ظهر قلبك قال نعم قال اذهب فقد زوجتكها بما معك من القران فهذا من جملة ما استدل به الشافعي رحمه الله ومن يقول بقوله قلت اجاب الرازي عن هذا بقوله هذا خبر الواحد وقد عارض نص الكتاب فلا يحتج به قلت هذا الاخذ كما ينبغي بل الجواب الطاهر ما قاله ابن الجوزي ان ذلك كان للضرورة والفقر في اول الاسلام واظهر من هذا ما قال اصحابنا انه ليس فيه دلالة على انه جعل القران مهرا وهذا لم يشترط تعليمها وانما معناه بركة ما معك من القران او لاجل انك من اهل القران كتزوج طلحة على اسلامه وهو لا يصلح صداقا للبضع وفي التمهيد قال مالك وابو حنيفة واصحابهما والليث لا يكون القران ولا تعليمه مهرا لان التزوج لا يستباح الا بالاموال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم والقران ليس بمال ولان التعليم في العلم والتعلم يختلف لا ينضبط فاشبه المجهول والسكوت عن المهر لا يبطل النكاح لانه معلوم انه لا بد منه فان قلت الاستدلال بالاية ضعيف لان الاموال ذكرت بلفظ الجمع في مقابلة الجمع وذلك يقتضي انقسام الاحاد على الاحاد فيكون المراد ان يبتغي كل واحد بماله لا باموالكم والمال يقع على القليل والكثير قلت قال الرازي لا نسلم انقسام الاحاد على الاحاد اذا ذكر الجمع بمقابلة الجمع ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المال يقع على القليل الذي هو غاية في القلة عرفا وهذا لان المال ما يجري فيه البذل والاباحة والشح والضنة والقليل الذي قاله الشافعي رحمه الله لا يجري فيه الشح والضنة فلا يطلق عليه اسم المال عرفا كالفلس والجوز فلا بد من التقدير بما له خطر فعينت العشرة بالحديث او بالقياس انتهى قلت اراد بالحديث حديث جابر المذكور وبالقياس القياس على نصاب السرقة وقد مر الكلام فيه عن قريب فان قلت روي في حديث ابن مسعود قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ينكح هذه فقام رجل عليه بردة عاقدها في عنقه فقال انا يا رسول الله فقال الا مال

فقال

قال لا قال اقرا من القران شيئا قال نعم سورة البقرة والمفصل فقال انكحتكها على ان تقرئها وتعلمها واذا رزقك الله عوضها تزوجها الرجل على ذلك انتهى وهنا قد اشترط اقراءه اياها وتعليمه كذلك قلت قال الدارقطني تفرد به عتبة بن السكن وهو متروك وقوله عوضها يدل على انه لا بد من المهر وانما اخر الى وقت حصوله وتاخيره لا يبطل النكاح فان قلت روى ابو هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تحفظ من القران قال سورة البقرة والتي تليها قال قم فعلمها عشرين اية وهي امراتك قال عبد الحق هو من رواية عسل ابن سفيان ضعفه يحيى بن معين واحمد وقال ابو حاتم منكر الحديث وقال ابو عمر في التمهيد دعوى التعليم بما معك من القران دعوى باطلة لا تصح واكثر اهل العلم لا يجيزون ما قاله الشافعي رحمه الله وقال ابو الفرج في التحقيق عن ابي النعمان الازدي قال زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امراة من رجل على سورة من القران لا يكون لاحد بعدك مهرا وفي مصنف ابن ابي شيبة عن شعبة قال سالت الحكم وحمادا عن رجل وهب ابنته لرجل فقال كل منهما لا يجوز الا بصداق فان قلت روى الترمذي وابن ماجة عن عاصم بن عبيد الله قال سمعت عبد الله بن عامر بن ربيعة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امراة على نعلين وقال حديث حسن قلت قال ابن الجوزي في التحقيق عاصم بن عبيد الله قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان كان فاحش الخطا فترك فرع لجواز الدخول بها قبل ان يعطيها شيئا من صداقها سواء كانت مفوضة او مسمى لها وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي واحمد وعامة اهل العلم وروي عن ابن عمر وابن عباس والزهري وقتادة ومالك انه لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال الزهري مضت السنة عليه واستدلوا بمنعه عليه السلام عليا رضي الله عنه من الدخول على فاطمة رضي الله عنها حتى يعطيها شيئا فاعطاها درعه الحطمية ولنا حديث عقبة بن عامر الذي زوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعطها شيئا وروى ابن ابي شيبة من حديث كريب ابن هشام وكان من اصحاب عبد الله انه تزوج امراة على الف ودخل بها قبل ان يعطيها شيئا م ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا ش وقال ابن القاسم في المدونة ان سمى اقل من ربع دينار او ثلاثة دراهم ان كان قبل الدخول ربع دينار او ثلاثة دراهم والا فسخ عليه وبعد الدخول اجبر على تكميله الى الصداق وان طلقها قبل الدخول يجب عليه نصف المسمى وقال غيره من المالكية التسمية فاسدة ويفسخ على كل حال وان لم يفسخ فلها مهر المثل وان دخل بها فمهر المثل في تسمية الخمر والخنزير وصححوا العقد م وقال زفر لها مهر المثل ش اي يجب مهر المثل م لان تسميته ما لا يصلح مهرا كانعدامه ش يعني كلا تسمية كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس م ولنا ش وهو وجه الاستحسان م ان فساد هذه التسمية لحق الشرع ش وحق الشرع يتادى بالعشرة وهو معنى قوله م وقد صار مقضيا بالعشرة ش باعتبار ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما لو اضاف النكاح الى بعضها صح في جميعها م فاما ما يرجع الى حقها ش اي الى حق المراة م فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ش اي بما دون العشرة لان من رضي بالخمسة فقد رضي بالعشرة بلا شك وما زاد على العشرة فهو حقها فمن رضيت بالخمسة اسقاط حقها ونقص عن حق الشرع فيصح تصرفها في حقها دون حق الشرع فيتم العشرة بخلاف ما اذا لم توجد التسمية لان الانسان قد رضي باسقاط الحق كرما وتفضلا طلبا للثناء الجميل ولا يرضى بالشيء القليل اما اذا كانت راضية بما دون العشرة فاولى ان يكون راضيا بالعشرة م ولا يعتبر بانعدام التسمية ش هذا جواب عن قوله كانعدامه تقريره ان هذا القياس غير صحيح يعني اعتباره بما لم يسم غير صحيح م لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ش اي لاجل التكرم على الزوج م ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ش ترفعا في المعاوضة فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضى بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وانما تجب مهر المثل بخلاف الرضى بما دون العشرة فانه رضي بها لا محالة م ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة وعنده ش اي عند زفر م تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ش وعند مالك على قول ابن القاسم والشافعي رحمه الله واحمد تجب نصف المسمى والجواب عن القياس ذكر على تسمية الخمر والخنزير فنقول بخلاف الخمر والخنزير وهذا لان ما دون العشرة يصلح ان يكون مسمى مضموما الى غيره من المال فيصح بانفراده ايضا اما الخمر والخنزير فلا يصح تسميتهما مع غيرهما اصلا فبطلت التسمية فوجب مهر المثل وعلى هذا الوزن وجهها

على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم ولو طلقها قبل ان يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما يعتبر قيمة الثوب يوم العقد ولذا اذا سمى مكيلا او موزونا الا ان العرف بينهم انه اذا جا بقيمة الثوب اجبرت المراة على القبول واذا جا بقيمة المكيل او الموزون لا تجبر وقال الكاكي ويعتبر قيمة الثوب يوم التزوج وقيمة المكيل والموزون يوم القبض وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتبر في الثوب قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد م ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها ش اعلم ان المهر يجب بالعقد اما بالتسمية اذا وجد فيه والا فبالحكم اعني مهر المثل بحكم الشرع ثم يستقر المهر باحد اشيا ثلاثة اما بالدخول او بموت احد الزوجين واما بالخلوة الصحيحة وقد ذكر المصنف الاولين وهما الدخول وموت احد الزوجين ثم علل بقوله م لانه بالدخول تحقق تسليم المبدل ش وهو البضع م وبه يتاكد البدل وهو المهر فيجب عليه ايفا البدل كما اذا قبض المبيع يستقر عليه الثمن م وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشي بانتهايه يتقرر ويتاكد ش لانه لا يبقى بلا بالتغيير م فيتقرر بجميع مواجبه ش الممكن تقررها الوجوب المقتضي وانتفا المانع كالارث والعدة والمهر والنسب فلما مواجبه الممكن تقررها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضا العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضايها ولا خلاف للايمة الاربعة في هذه المسئلة وقال ابو سعيد الاصطخري من اصحاب الشافعي ان كانت الزوجة امة لا يستقر المهر بموتها ومذهب الشافعي رحمه الله انه يستقر بموته م فان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية ش الاية منصوبة بتقدير فعل اي اقرا الاية بكمالها ويجوز رفعها على الابتدا وخبره محذوف تقديره الاية بكمالها نحو ذلك وتمامها هو قوله وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير قوله من قبل ان تمسوهن اي من قبل ان تجامعوهن والمس الجماع اجماعا ويجوز به الخلوة الصحيحة على ما ياتي ان شا الله تعالى قوله وقد فرضتم اي والحال انكم قد فرضتم اي قدرتم ومعنى الفرض هنا التقدير وقيل كله اي ومعنى الواو ودام لم تفرضوا قوله فنصف ما فرضتم اي الواجب نصف ما فرضتم قوله الا ان يعفون اي المطلقات وهو استثنا من قوله فنصف ما فرضتم تقديره الواجب نصف ما فرضتم الا ان يعفو الزوجات فليس بواجب واعلم ان صيغة يعفون مشتركة بين الرجال والنساء في التقدير ويكون التقدير يختلفه فوزن صيغة الرجال في الاصل يفعلون لان اصله يعفوون استثقلت الضمة على الواو مع ضم ما قبلها فحذفت الواو لالتقا الساكنين والواو الموجودة فيه ضمير الجماعة والنون علم الرفع ووزن صيغة النسا يفعلن والواو لام الفعل فيه والنون فيه ضمير جمع النسا وهو مبني والاول معرب رفعه باثبات النون ونصبه وجزمه بحذفها قوله او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فذهب اصحابنا الى انه الزوج قال ابو بكر بن المنذر في الاشراف روينا ذلك عن علي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس وجبير بن مطعم ونافع بن جبير وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وشريح ومجاهد ومحمد بن كعب وقتادة والربيع ونافع مولى ابن عمر والاوزاعي وابن شبرمة والضحاك وابن جريج وابن حيان وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والنخعي وطاوس واياس بن معاوية والثوري والليث والشافعي في الجديد بلا خلاف اذ ذكره الزمخشري وابن الخطيب في تفسيرهما وهو قول احمد وهكذا ذكره ابو بكر الرازي وابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه والموفق ابن قدامة في المغني وروى الدارقطني باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولي العقدة الزوج وقال علقمة والحسن وعطا وعكرمة وابو الزناد هو الولي وقال مالك هو الاب وهو في حق البكر وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم والجد كالاب فيه وفي المغني وهو قول احمد القديم في حق الاب خاصة بخمس شرايط ان يكون الولي هو عاقد النكاح اما وان يكون صغيرة وان تكون بكرا وان تكون مطلقة ولا يجوز عفو الاب قبل الطلاق وان يكون قبل الدخول وفي المبسوط على القديم يجوز بتاويع شرايط الاولى ان يكون المجبر كالاب والجد والثانية ان يكون ممن لا يملك امر نفسها الثالثة ان يكون بعد الطلاق الرابعة ان يكون دينا لا عينا وقال ابو محمد لا فرق بين الدين والعين م والاقيسة متعارضة ش لانه بحسب قياس وهو معروف هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود

المعقود عليه

المعقود عليه وهو البضع اليها سالما فينبغي ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم تقايلا فاجاب عنه بقوله والاقيسة متعارضة يعني هذا القياس يقتضي هكذا لكن معنا قياس اخر يقتضي وجوب كل المهر كما اذا تلف المبيع قبل القبض فاذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص فقلنا بسقوط نصف المهر وسقوط نصفه واعترض عليه بشيين احدهما انه ليس هنا الا قياسان ولا ثالث هنا والاخر ظاهر كلامه فدل على ان الرجوع الى النص انما كان لتعارض القياسين وليس الامر كذلك عامة لانا اعتبارنا بالقياس مع وجود النص وافق او خالف اما اذا خالف فهو مردود وكذلك ان وافق فلان الحكم في المنصوص ثابت عندنا بالعين النص لا بالعلة ومنهم من قال انا نعمل بالقياسين ثبوتا وسقوطا فالقياس المقتضي لوجوب الكل يعمل به في ايجاب النصف والاخر الحمل بالقياس في معارضة النص المخصوص جايز وهذا النص قد خص منه الطلاق قبل الدخول بعد الخلوة فيستقيم الرجوع الى النص المخصوص العدد العمل بالقياس انتهى قلت لا يجوز ترك النص المخصوص بالقياس وانما الجايز بالقياس زيادة التخصيص بعد ما خص النص بدليل ولا يجوز تخصيصه بالقياس قبل ان يخص فان قلت ليس من شان التعارض بين القياسين تركهما بل العمل باحدهما قلت الاصل ان الدليلين اذا تعارضا ولم يمكن ترجيح احدهما على الاخر تهاترا وتساقطا ولا يعمل باحدهما للترجيح بلا مرجح م ففيه ش اي في الطلاق قبل الدخول والخلوة والفايدة تعسر التعارض بين القياسين تفسير الاول بقوله بفوت الزوج والثاني بقوله وفيه عود المعقود عليه الى الزوج م بفوت الزوج الملك على نفسه باختياره ش قوله بفوت مصدر مضاف الى فاعله والملك منصوب لانه مفعول والثاني باختياره يتعلق بقوله بفوت الزوج م وفيه ش اي وفي الطلاق قبل الدخول ايضا م عود المعقود عليه ش وهو البضع م اليها ش اي الى المراة حال كونه م سالما فكان المرجع فيه ش اي في حكم هذا الامر م النص ش اي الرجوع وهو مصدر ميمي م المرجع ش منصوب لانه خبر كان واعاد به الى ان القياسين تركا وعمل بالنص وهو الاية المذكورة م وشرط ش اي القدوري لان المسئلة من مسايله م ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شا الله تعالى ش وياتي بيانه عن قريب في هذا الباب م قال ش اي القدوري م وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها ش هاتان صورتان الاولى ان يتزوجها ولم يسم لها مهرا يعني سكت عنه والثانية ان يتزوجها على ان لا مهر لها يعني بشرط ان لا مهر لها وهي مسئلة المفوضة وهي التي فوضت نفسها بلا مهر فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات الزوج عنها وفي الذخيرة وكذا لو ماتت هي وبه قال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه وقضى به وبه قال الحسن البصري ورواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره عنه ابن ابي شيبة في مصنفه والحسن ابن حي وابن شبرمة وابن ابي ليلى والشافعي في رواية واحمد واسحق ابن راهويه وابو ثور وابن جرير الطبري وداود فيما اذا تركا ذكره وان نفيا بطل النكاح م وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شي في الموت ش اي لا يجب شي اذا مات عنها قبل الدخول م واكثرهم ش اي واكثر اصحاب الشافعي رحمه الله م على انه يجب في الدخول ش مذهبنا وبه قال احمد وقال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله لا يجب لها شي بالدخول وفي الموت للشافعي رحمه الله قولان احدهما انه يجب والثاني انه لا يجب وهو قول مالك في صورة نفي المهر م له ش اي للشافعي رحمه الله م ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتدا ش اي في ابتدا العقد كالمفوضة فانها تفوض نفسها بلا مهر م كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ش اي في انتها العقد فان لها ان تسقط مهرها بعد العقد كالخلع واحتج الشافعي رحمه الله ايضا بما روي عن علي وزيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة م ولنا ان المهر وجوبا ش اي من حيث الوجوب م حق الشرع ش بدليل قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم فقد علمنا ما فرضنا وعلم من خصوصية النبي صلى الله عليه وسلم بالنكاح بغير مهر انه في حق غيره لا ينعقد الا موجبا للمهر وقال ابو سعيد الخدري لا نكاح الا بمهر وشهود الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما مر ش عند قوله ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل **وفي المحيط** في المهر حقوق ثلاثة حق الشرع وهو ان لا يكون اقل من عشرة وحق الاوليا وهو ان لا يكون اقل من مهر مثلها وحق المراة وهو كونه ملكا لها غير ان حق الشرع وحق الاوليا يعتبران وقت العقد لا في حالة البقا م وانما يصير حقها في حالة البقا فتملك الابرا دون النفي ش لان الاصل ان يلاقي التصرف

ما يملكه دون ما لا يملكه وبهذا ملكت الابرا انتهى دون البيع ابتدا م ولو طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة ش اى ولو طلق التى لم يسم لها مهرا وتزوجها على ان لا مهر لها قبل ان يطاها فلها المتعة وانما لم يقل
فان طلقها قبل الدخول والخلوة بل قال قبل الدخول فقط مع ان قيد الخلوة شرط ايضا لان الدخول يشملها
اذ الخلوة دخول حكما م لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الاية ش قد مر الكلام فى قوله الاية عن قريب
وجه الاستدلال ان الله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن
والفريضة هى المهر اى لا جناح عليكم فى الطلاق فى الوقت الذى لم يحصل المساس وفرض الفريضة وامر بالمتعة
مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه ايضا وذكره كله على م ثم هذه المتعة واجبة رجوعا
الى الامر ش اى لاجل الرجوع الى الامر لان مقتضاه الوجوب عند الاطلاق والمتعة الواجبة عندنا هى
هذه وحدها والباقيه الا اذا كانت الفرقة من قبل المراة حيث لا يستحب لها المتعة لانها جانية
ومذهبنا هو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطا وجابر بن زيد والشعبى والنخعى والزهرى والثورى
والشافعى واحمد فى رواية جماعة عنه وعنه يجب نصف مهر المثل م وفيه خلاف مالك ش اى فى الحكم
المذكور خلاف لمالك فان عنده مستحبة وهو قول ابن ابى ليلى والليث لانه قال حقا على المحسنين
والمحسن اسم للمتطوع والوجوب لا يتقيد بالمحسن قلنا قد فسر الاحسان بالايمان ولان التقييد
بالمحسن لا ينفى الوجوب على غيره كما قال هدى للمتقين مع انه هدى لهم ولغيرهم قال الكاكى والصحيح من
مذهبه كمذهبنا م والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها ش اى مثل المراة وهذه اللفظة اعنى من كسوة مثلها
لفظ القدورى فى مختصره اشار بهذا الى اعتبار حالها فى الكسوة على ما يجى الان ان شاء الله م وهى درع وخمار وملحفة
ش فسر بهذا قوله والمتعة ثلاثة اثواب لان ذكر الاثواب بينا ولا التزم الثلاثة ففسر الاثواب بقوله
وهى درع وخمار وملحفة اى الاثواب المذكورة هى هذه لا غير والدرع هو ما تلبسه المراة فوق القميص
وهو مذكر قاله صاحب المغرب وعن الحلوانى هو ما جيبه الى الصدر وقال ابن الاثير درع المراة
قميصها والخمار ما تغطى به المراة راسها والملحفة بكسر الميم الملاة وهى ما تلتحف به المراة وفى الذخيرة
المتعة ثلاثة اثواب قميص ومقنعة وملحفة وسط لا جيد غاية الجودة ولا ردى غاية الرداة لا تزاد على نصف
مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم وفى الينابيع ان كانت من السفلة فمتعتها من الكرباس وان كانت
من الوسط فمتعتها من القز وان كانت مرتفعة الحال فمتعتها من الابريسم هذا هو الصحيح وفى المغنى
اعلاها خادم يروى ذلك عن ابن عباس وكذا ذكره عنه فى التتف وادناها كسوة تجوز فيها الصلوة
وان كان فقيرا متعها درعا وخمارا وثوبا تصلى فيه وقال الاوزاعى والثورى وعطا ومالك وابو عبيد
كقولنا وعن احمد فى رواية يرجع فيها الى الحاكم وهو احد قولى الشافعى رحمه الله وهو بعيد وروى عن عبد الرحمن
ابن عوف رضى الله عنه انه طلق تماضر الكلبية ومتعها جارية اى متعها وقال النخعى العرب تسمى المتعة
التحميم وروى عن الحسن بن على رضى الله عنهما انه طلق امراة ومتعها بعشرة الاف فقالت متاع قليل
من حبيب مفارق وفى التتمة قبل الفرض والمسيس تجب المتعة وبعد المسيس يجب مهر المثل وفى المتعة
قولان وان وجب لها نصف مهر المثل فلا متعة وفى المنهاج يجب متعة اذا لم يجب نصف مهر المثل قبل
الوطء ولذا للموطوءة فى الاظهر مع مهر المثل م وهذا التقدير بثلاثة اثواب م مروى عن
عائشة وابن عباس رضى الله عنهم ش قال الاترازى ولنا ما روى اصحابنا فى المبسوط وغيره عن ابن عباس
وعائشة وسعيد بن المسيب وعطا والحسن والشعبى ان المتعة ثلاثة اثواب والبيهقى روى عن ابن عباس
م وقوله ش اى قول القدورى فى مختصره م من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها ش اى حال
المراة وفى البدايع ثم قيل يعتبر المتعة بحاله وبه قال ابو يوسف وقيل يعتبر بحالها وقيل فى المتعة الواجبة
بحالها لانها قائمة مقام مهر المثل وفى المستحبة بحاله قال فى الاية اشارة الى اعتبار حالهما فلو اعتبر
بحاله وحده لسوينا بين الشريفة والوضيعة فى المتعة وذلك غير معروف بين الناس بل هو منكر
م وهو قول الشيخ الكرخى فى المتعة الواجبة ش اى الاعتبار بحال المراة هو قول الشيخ الكرخى م
لقيامها ش اى لقيام المتعة م مقام مهر المثل ش لانها تجب عند سقوط مهر المثل وفى مهر المثل يعتبر
حالها فكذا فى خلفه وهكذا فى النفقة والكسوة م والصحيح انه يعتبر حاله ش اى حال الرجل وهو
اختيار ابى بكر الرازى واختيار المصنف وهو الصحيح من مذهب الشافعى رحمه الله ايضا م عملا

بالنص

بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ش بيانه ان الله تعالى اعتبر حال الرجل وان حال
المراة والتعليل فى معارضة النص باطل والموسع هو الغنى والمقتر هو الفقير المقل م ثم هى ش اى المتعة
م لا تزاد على نصف مهر مثلها ش وبه قال الشافعى فى قول وفى قول لا يعتبر مهر المثل وفى بعض النسخ
هو قالنا نبه على ارادة المتعة واللذان على ارادة قدر المتعة م ولا تنقص عن خمسة دراهم ش لان
المتعة وجبت عوضا عن البضع وكل العوض لا يجوز ان يكون اقل من عشرة فنصف العوض لا يجوز ان
يكون اقل من خمسة وهذا معنى ما احاله الى الاصل وهو قوله م ويعرف ذلك فى الاصل ش اى المبسوط
بيان ذلك ان المتعة اما ان يكون زائدة على نصف مهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل
لان مهر المثل هو العوض ولكن نقص بتنصيفه نصفها لانه نقصا الى خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر
المثل وان لم يكن فاما ان مساويا له اولا فان كان مساويا له فلها المتعة اتباعا للنص وان لم يكن فاما ان
يكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف ولا مهر اقل من
عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة وان لم يكن فلها المتعة بالنص فان قيل نص المتعة
عن هذه التفاصيل نفيها بما يفسده وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم فى ازواجهم
دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية فى مهر من يعتبر بمهرهن من مهر المثل بيان لذلك القدر
المجمل وكذلك قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة دراهم فكان معارضا لانه المتعة والتفصيل
على الوجه المذكور توفيق بينهما انتهى قلت هذا الكلام الاكمل نقله عن شيخه م وان تزوجها ولم
يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهى لها ان دخل بها او مات عنها ش هذا بالاجماع وكذا الحكم لو
رافعته الى القاضى ففرض لها مهرا الا انها ان تطالبه او ترافعه الى القاضى ليفرض لها مهرا كذا
ذكره التمرتاشى م وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة ش وهو قول ابى حنيفة ومحمد وقول ابى
يوسف فى قوله الرجوع اليه وهو رواية عن احمد رحمه الله م وعلى قول ابى يوسف الاول نصف
هذا المفروض ش اى لها نصف المفروض الذى فرض لها م وهو قول الشافعى ش اى قول ابى يوسف
الاول هو قول الشافعى رحمه الله وهو قول مالك ايضا وظاهر الرواية عن احمد وهو قول ابن عمر وعطا
والشعبى والنخعى م لانه مفروض ش كالمسمى م فيتنصف بالنص ش وهو قوله فنصف ما فرضتم
وانا ان هذا الفرض ش اى الفرض الذى بعد العقد م تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك
لا يتنصف م فكذا ما نزل منزلته ش اى فكذا لا يتنصف ما نزل منزلة مهر المثل واراد بالنازل
منزلته المسمى بعد العقد م والمراد بما تلا ش اى المراد بما تلاه ابو يوسف من قوله تعالى فنصف ما
فرضتم م الفرض فى العقد ش يعنى حالة النكاح قوله الفرض مرفوع لانه خبر المبتدا اعنى قوله
والمراد م اذ هو الفرض المتعارف ش لان الفرض المطلق ينصرف الى المعتاد وذا فى العقد ولا يتناول
غيره لان المطلق لا عموم له م قال ش اى القدورى فى مختصره م وان زادها فى المهر بعد العقد لزمته
الزيادة وبه قال احمد م خلافا لزفر ش حيث يقول لا يصح الزيادة وبه قال الشافعى رحمه الله لان الزيادة
هبة مبتداه لا تلحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا ووعد المصنف ان يذكره فيما ياتى
حيث قال م ونبينه فى باب الزيادة فى الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى ش اى فى فصل بعد باب المرابحة
والتولية قال الاكمل نحن نتبعه فى ذلك قلت نحن لا نتبع ما قاله الاكمل فنقول قال فى المبسوط ودليل
جواز الزيادة قوله تعالى فيما تراضيتم به من بعد الفريضة معناه من فريضة بعد الفريضة وعن
زفر قولنا قال احمد فى الزيادة فى النكاح ولا تجوز الزيادة فى البيع وفى شرح الطحاوى تزوجها على
الف ثم على الفين لا يثبت المهر الثانى خلافا لابى يوسف لانهما قصدا اثبات الزيادة فى ضمن العقد
فلم يثبت العقد فكذا الزيادة وفى شرح الاسبيجابى جدد النكاح على الف اخر يثبت التسميتان
عند ابى حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا المراجع المطلقة بالف وقيل لو قالت لا ارضى بالمهر الاول
او ابراته ثم قال لا اقيم معك بدون المهر ولو وهبت مهرها ثم جدد المهر
لا يجب الثانى بالاتفاق وقيل فيه الاختلاف م واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى
قول ابى يوسف اولا تتنصف ش اى الزيادة مع الاصل لان التنصيف عندهما ش اى عند ابى
حنيفة ومحمد م مختص بالمفروض فى العقد وعنده ش اى وعند ابى يوسف م المفروض بعده ش

اى بعد العقد م كالمفوض فيه ش اى فى العقد م على ما مر ش بيانه فى المسئلة المتقدمة م فان حطت عنه
من مهرها صح الحط ش يعنى ان حطت المراة عن الزوج من مهرها صح الحط فيلتحق بالعقد م لان المهر
بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء ش اى الحط يلاقى حقها حالة البقاء لا حالة الابتدا وقوله بقاء
نصب على التمييز ولو قال حطا لكان اولى لان التمييز لا يجوز تقديمه اتفاقا بخلاف المازنى والمبرد فى
تقديمه على الفعل وقد مر سيبويه ان لا يتقدم عليه وموضعه كتب النحو م واذا خلا الرجل بامراته
وليس هناك مانع من الوطى ثم طلقها فلها كمال المهر ش قال ابن المنذر فى الاشراف وابو بكر بن ابى
شيبة فى مصنفه وابو بكر الرازى فى احكام القران هذا قول عمر بن الخطاب وعلى بن ابى طالب وزيد
ابن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ رضى الله عنهم وبه قال عروة بن الزبير وعلى بن الحسين
زين العابدين وسعيد بن المسيب والزهرى والنخعى والاوزاعى والثورى واحمد واسحق بن راهويه
والشافعى فى قوله القديم وحكى الطحاوى انه اجماع الصحابة وقال ابو بكر الرازى هو اتفاق الصدر
الاول وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه عن عوف عن زرارة ابن ابى اوفى قال سمعته يقول قضى
الخلفاء الراشدون المهديون ان من اغلق بابا وارخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة ومثله
فى رواية ابى بكر الرازى وقال الاترازى هذا اذا كان المهر مسمى وان لم يكن مسمى فلا صداق لها
واذا لم يصح الخلوة فلها نصف المسمى وان لم يكن المسمى فلها المتعة كذا فى مختصر الطحاوى والخلوة الصحيحة
قائمة مقام الدخول عندنا فى تاكد المهر ووجوب العدة وثبوت النسب ونفقة العدة والسكنى
وتزوج البنت وحرمة الامة على قول ابى حنيفة وفى الذخيرة ولم يقيموها مقام الوطى فى حق
الاحصان وحرمة البنات وحلها للاول والرجعة والميراث واما وقوع طلاق اخر فقد قيل لا يقع و
قيل يقع وهو اقرب الى الصواب لانه الاحتياط ثم هذا الطلاق هل يكون رجعيا او بائنا قال شيخ
الاسلام فى باب العنين يكون بائنا م وقال الشافعى لها نصف المهر ش وهو قول شريح والشعبى
وطاوس وابن سيرين وابى ثور وابو بكر الرازى وابن المنذر وروى عن ابن مسعود وابن عباس قال
لا يصح ذلك عنهما لان فى حديث ابن عباس ليث بن ابى سليم وهو ضعيف وقال مالك ان خلا بها فى منزلها
فلها نصف المهر وان خلا بها فى منزله فله المهر كله وذكر ابو بكر الرازى عنه انه قال ان تطاول ذلك
وجب المهر كاملا وفى الجواهر ان طال المقام يتقرر الكمال فى احد القولين ثم قيل فى حد الطول
سنة وقيل ما يعد طولا فى العادة م لان المعقود عليه ش وهو منافع البضع م انما يصير مستوفى بالوطى
ش فلم يوجد م ولانها له المهر دونه ش اى دون الوطى والزوج لم يستوف المبدل من المراة فلا يجب عليه
البدل م ولنا انها ش اى ان المراة م سلمت المبدل ش وهو منافع البضع م حيث رفعت الموانع ش وهو
جمع مانع اى حالة مانعة من الوطى ويأتى تفسيرها عن قريب م وذلك ش اى رفع الموانع م هو وسعها
ش اى وسع المراة وهو الذى يقدر عليه م فيتاكد حقها فى البدل ش وهو المهر م اعتبارا بالبيع ش اى قياسا
عليه فان التخلية فيه تسليم حتى يجب على المشترى تسليم الثمن فكذا هنا يجب على الزوج تسليم البدل والمبدل
فى المعاوضات يتقرر بتسليم المبدل لا بحقيقة استيفائه الا ترى ان الاجراء اذا اخلى بين المستاجر
والمستاجر يتاكد البدل وان لم يتحقق القبض وهذا لانه لو توقف تقرر البدل على حقيقة استيفاء
المبدل ربما يمتنع من عليه البدل عن الاستيفاء فيتضرر من له البدل وانه مدفوع شرعا وروى ابن ابى
شيبة عن جابر انه اراد ان ينظر الى فرجها ثم طلقها فلها الصداق وعليها العدة وعنه عليه السلام من كشف خمار
امراة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه الدارقطنى وابو بكر الرازى فى احكامه
وقال شريح يجب لها العدة ولا يتلف لها المهر كذا فى التتمة فان قلت هذا اطلاق قبل المسيس
منصرف بالنص من قال بان الخلوة تحمله فقد علق التنصيف بالخلوة وهو خلاف النص اذ النص
علقه بعدم المس قلت المس ليس بوطى حقيقة وانما هو حامل على الوطى لانه سببه فاطلق اسم السبب
على المسبب وحملنا الخلوة لانه لا يمس امراته عادة الا فى الخلوة فكان اطلاق اسم الملزوم على اللازم
او السبب على المسبب او الخلوة سبب للمس ظاهرا وبيانه بما ذكرناه بالنص وهو قوله تعالى وكيف
تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض والافضاء هو الخلوة لانه ماخوذ من الفضاء وهو المكان
الخالى ونهى عن استرداد شيء من المهر فحمل المس على الخلوة اولى من حمله على الوطى لان المجوز للا

ليس الا الملازمة وملازمة السبب للمسبب اقوى لان المسبب لا يوجد بدون السبب والمسبب قد
يتخلف عن السبب كما فى البيع بشرط الخيار فالسبب لازم دائما والمسبب لازم فى حال دون حال م وان كان احدهما
مريضا ش عند الشروع فى بيان الموانع اى اذا كان احد الزوجين مريضا والموانع مانعة وهى على اقسام مانع
حقيقى كالمرض ومانع طبيعى ككون المراة رتقا او قرنا او شعرا او صغيرة او صغيرة لا تطيق الجماع ومانع
حسى وهو ان يكون معهما ثالث سواء كان بصيرا او اعمى يقظان او نائما بالغا او صبيا يعقل والمجنون والمغمى عليه
والصغير الذى لا يعقل لا يمنع وزوجته الاخرى تمنع وعن محمد لا يقع وجاريته لا تمنع بخلاف جارتها والكلب
العقور يمنع وان لم يكن عقورا فان كان للمراة تمنع وان كان له لا يمنع ومانع شرعى كالاحرام بحج فرض ومانع
طبيعى شرعى كالحيض م او صائما فى رمضان ش هو مانع بلا خلاف لما يلزمه من القضاء والكفارة م او محرما
ش اى او كان احد الزوجين محرما م بحج فرض او نفل او عمرة ش الكل سواء فى المنع م او كانت حائضا ش
او نفساء فانهما مانعان طبعا وشرعا م فليست الخلوة صحيحة ش هذا جواب ان الشرطية ان فليست
الخلوة صحيحة فى الاشياء المذكورة م حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء ش يعنى المرض
وصوم رمضان والاحرام مطلقا والحيض م موانع ش وفى العيون الحائض والمحرمة اذا ماتا
بولد يجب المهر لذلك كاملا وان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه م اما المرض فالمراد منه ما
يمنع الجماع او يلحقه به ضرر ش هذا معتمد تفصيل وهو ان بالجماع ان كان لا يلحقه ضرر فتكون
الخلوة صحيحة م وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور ش التكسر فى الاعضاء والفتور فى الذكر
وهذا بلا تفصيل وهو الاصح ان لا تفصيل فى مرضه فكل مرض من جانبه يمنع صحة الخلوة لان الجماع
الرجل يوجب التكسر والفتور لا محالة م وهذا التفصيل فى مرضها ش الا ان قوله فالمراد به ما
يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وفى الذخيرة مرضها متنوع بلا خلاف واختلفوا فى مرضه فقيل
متنوع وقيل جميع انواعه مانع على كل حال وفى جوامع الفقه ومرضه او مرضها يمنع اذا كان يضر
الجماع وقال الصدر الشهيد يمنع جميع انواعه وهو الصحيح م وصوم رمضان ش عطف
على قوله اما المرض يقدر به واما صوم رمضان فانه يمنع صحة الخلوة لانه يجب بالافطار القضاء
والكفارة جميعا وفى ذلك حرج فيكون مانعا م والاحرام ش عطف على قوله وصوم رمضان ان تقدير
واما الاحرام المطلق فانه يمنع صحة الخلوة م لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ش لان الذى
يجامع فى احرامه يلزمه هذه الاشياء وقد عرف فى موضعه مفصلا م والحيض عطف على قوله وصوم
رمضان ويقدر به واما الحيض فانه م مانع طبعا وشرعا ش اما طبعا فلان فيه من التلوث بالدم النجس واما
شرعا فلقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن م وان كان احدهما ش اى احد الزوجين م صائما تطوعا
ش اى صوما تطوعا او صائما م متطوعا م فلها المهر كله ش لصحة الخلوة لانه لا يلزمه الا القضاء وعلل
المصنف بقوله م لانه يباح له الافطار من غير عذر فى رواية المنتقى ش المنتقى بفتح القاف اسم كتاب
فى الفقه صنفه الحاكم الجليل الشهيد ابو الفضل محمد بن احمد السلمى المروزى وهو صاحب الكافى
الذى يسمى بمبسوطا م وهذا القول فى المهر هو الصحيح ش اشارة الى وجوب كل المهر فى صوم التطوع
واحترز بالصحيح عن قول من قال ان صوم التطوع واخواته يمنع صحة الخلوة لانه لا يحل ابطاله الا بعذر
وهذا روى عن ابى حنيفة رواية شاذة وفى النهاية قوله وهذا القول فى المهر هو الصحيح اى اخذ
رواية المنتقى فى حق كمال المهر فيما للضرر عنها هو الصحيح واما فى حق جواز الافطار فالصحيح غير
رواية المنتقى وهو ان لا يباح الافطار من غير عذر م وصوم القضاء والمنذور كالتطوع فى رواية لانه
لا كفارة فيه ش يعنى لا يمنع الخلوة وفى البدائع روى بشر عن ابى يوسف ان صوم النفل وقضاء رمضان
والكفارات والنذور لا يمنع الخلوة وما ذكر فى المسئلة روايتان فى المنافع فى صوم التطوع والكفارة
روايتان بالقطع م والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله ش اى فرض الصلوة كفرض
الصوم ونفل الصلوة كنفل الصوم فى ان الفرض فيهما يمنع صحة الخلوة وان النفل فيهما لا يمنع وعن
احمد لا يمنع الاحرام والصيام والحيض والنفاس من غيرها صحة الخلوة وكذا لا يمنع الموانع الحقيقية
كالجب والعنة والرتق والقرن فى المراة وهو مروى عن عطاء وابن ابى ليلى والثورى وعنه يمنع فى رواية
وعنه فى صوم رمضان فرق بين المقيم والمسافر م واذا خلا المجبوب ش وهو الذى استوصل ذكره

وخصاه من الحب وهو القطع م بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة ش وقد ذكر في العيون
وبه قال عطاو وابن ابي ليلى والثوري م وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض ش لان المريض ربما
يجامع والمجبوب لا يقدر عليه اصلا لعدم الالة م بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الالة ش
يعني خلوة العنين صحيحة توجب كمال المهر اتفاقا لان الته سالمة فادير الحكم وهو وجوب كمال
المهر على سلامة الالة ولا الة للمجبوب فافترقا لا يقال سلامة الالة وجوده في المريض ايضا ومع هذا
ليست خلوته صحيحة لان السبب الظاهر وهو سلامة الالة اقيم مقام الامر الخفي في العنين لانه هو
الاصل والمانع عن الوطي فيه خفي ربما يتحقق الوطي وربما لا يتحقق بخلاف المريض فان المانع به ظاهر
وهو المرض فلم نعتبر الظاهر م **وفي البدائع** خلوة العنين والخصي صحيحة لانهما لا يمنعان الجماع
كخلوة غيرهما **وفي الغنية** صحة خلوة العنين اجماع ومثله في التحفة والعيون م ولابي حنيفة
ان المستحق عليها ش بالعقد م التسليم ش بالتمكين م في حق المستحق ش اي المساس
وقد اتت به ش اي والحال انها قد اتت بما اي بالتسليم المستحق عليها م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير
م وعليها العدة في جميع هذه المسائل ش اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة م احتياطا ش
اي لاجل الاحتياط استحسانا ش اي على وجه الاستحسان فيما صحت الخلوة وفيما لم يصح والقياس ان لا
تجب العدة لانه لم يوجد الا الخلوة فلا تجب العدة وكذا لعدة الخلوة لوجود الجامع وهو كونه طلاقا قبل
الدخول ووجه الاستحسان هو قوله م لتوهم الشغل ش بفتح الشين المعجمة نظرا الى التمكن الحقيقي
م والعدة حق الشرع ش يدل عليه ان الزوجان لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد
لا يتداخل م والولد ش اي وحق الولد فلقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا
يسقين ماءه زرع غيره والمقصود رعاية نسب الولد وهو حقه م فلا تصدق ش اي المراة م في
ابطال حق الغير ش بقولها لم يطاني قيل معناه فلا تصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطاها
م بخلاف المهر ش فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة م لانه مال لا يحتاط في ايجابه ش لانه لا يجب بالشك
فلا يجب اذا لم يصح الخلوة **فان قيل** التوهم معتبر في فصل الحج قلنا شغل رحمها بمائه
موهوم وبالشك ثبت لهذا يثبت نسب ولدها عند ابي سليمان م ذكر القدوري في شرحه ش
لمختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي م ان المانع ش من الخلوة م ان كان شرعيا ش كالصلوة والصوم
ونحوهما م تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة ش اي لثبوت تمكنه من الوطي حقيقة بلا شك
لكن لا يتمكن شرعا مدة ثبت بين الوجود وعدمه فيجب احتياطا لجواز انها لا تبالي بالمانع الشرعي
م وان كان ش اي المانع م حسيا كالمرض والصغر لا تجب ش اي العدة م لانعدام التمكن ش من الوطي
م حقيقة ش قال الاسبيجابي ساندان في كل موضع يتمكن من الوطي حقيقة لكن يمتنع لمانع تجب فيها
العدة وفي الرتقا بقصور الوطي بالفتق وفي المجبوب بالسحق وفي كل موضع لا يتمكن من الوطي حقيقة
كالمريض المدنف او الصغير او الصغيرة لا تجب العدة كذا في الفتاوى الصغرى اما المهر في الرتقا فقال
في كتاب الصلوة في باب الرجعة اذا خلا بها ثم طلقها يجب عليه نصف المهر قال الصدر الشهيد في شرح
الجامع الصغير ومن المتاخرين من قال الصحيح ان المذكور على قولهما وعلى قول ابي حنيفة تصح الخلوة
ويجب المهر كاملا كالمجبوب قال الكرخي هذا خلاف ظاهر الرواية وقال صاحب الاجناس اتفقت الروايات
انه يجب نصف المهر هو الاصح وفي شرح الطحاوي اقيمت الخلوة مقام الوطي في بعض الاحكام كتاكد
المهر وثبوت النسب ووجوب العدة والنفقة والسكنى في العدة وحرمة نكاح اختها واربع سواها
في هذه العدة دون البعض كالاحصان اي لا تصير محصنا بالخلوة وحرمة البنات والاحلال
للزوج الاول والرجعة والارث حتى لو طلقها ومات وهي في العدة لم ترث وفي وقوع الطلاق في هذه
العدة اختلاف والصحيح انه يقع طلاق اخر في هذه العدة لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب
القول بالوقوع احتياطا وفي حرمة البنت في هذه العدة عن طلاق باين اختلاف فعند محمد تحرم
خلافا لابي يوسف والخلوة الصحيحة في النكاح لا توجب العدة وذكر العتابي الكلام مشايخنا في
العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا اما على الحقيقة فقيل لو تزوجت وهي متيقنة
بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء والموت اقيم مقام الدخول في حكم المهر والعدة وفيما سواهما من الاحكام

كالعدة **وفي شرح** الناصحي فان مات الام قبل ان يدخل بها فابنتها له حلال م قال ش اي القدوري
م ويستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى
لها مهرا ش صدر الكلام يدل على عموم استحباب المتعة لكل مطلقة لان لفظ كل اذا اضيفت
الى النكرة يقتضي عموم الافراد ثم استثنى منه هذه المطلقة المذكورة **قال** صاحب المنافع وقع
الاستثناء هنا في الاستيفاء وفي صدر الكلام اما الاستثناء فانه ذكر في المبسوط والحصر ان
المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فتعذر الاستثناء على هذا واما في صدر
الكلام فلان المتعة واجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا قال والجواب ان المتعة في
المستثناه ليست مستحبة عند القدوري فقد ذكر في شرحه ان المتعة واجبة وهي مستحبة قالوا
للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا والمستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول وقد
سمى لها مهرا والمراد من قوله لكل مطلقة غير التي تجب لها المتعة لانه بين حكم هذه قبل هذا وقال الاتراري
معنى كلام القدوري يستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي تقدم ذكرها وهي التي طلقها قبل
الدخول وقبل التسمية فان متعتها واجبة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية
فان متعتها ليست بواجبة ولا مستحبة حكما للطلاق ولو كان مستحبا لكان لمعنى اخر كما في قوله عند
الفطر في طريق المصلى عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي حكما للعيد ولكن لو كبر لانه ذكر الله يجوز
ويستحب وهذا اختيار صاحب الهداية وعلى رواية صاحب المختلف وغيره ان المتعة المستثناه ايضا
مستحبة فلا يصح الاستثناء على روايتهم وقال صاحب الكافي قوله ويستحب المتعة الى اخره يريد
به المطلقة بعد الدخول في نكاح فيه تسمية او لا والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية الا المفوضة
فانها تجب فيها وقال الكافي ما ملخصه انه اورد الاشكال في الاستثناء والصدر والكلام المذكور
ثم اجاب عن الاول بان المصنف اتبع القدوري فذكر ما ذكره ثم قال اولان من نفى الاستحباب
اراد به الاستحباب الناشئ من ذلك **وجه** الفراق وهو معدوم في المستثنى فظهرت المخالفة بين
المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه وعن الثاني بانه اخرى لفظ العموم واراد به حقيقته
في البعض وهي التي طلقها بعد الدخول او قبل الدخول سمى لها مهرا ولا مجازه اي الوجوب في البعض
وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا ادنى الوجوب استحباب وزيادة وهذا اصح عند
مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحال وقال الكافي ايضا
او يقال انه اراد به لكل مطلقة غير التي تجب لها المتعة لانه بين حكمها سابقا فدل سبق ذكرها على
انه اراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار في البعض او التناقض وقال السروجي بعد ان
ساق قول المصنف ويستحب المتعة الى قوله وقد سمى لها مهرا وفي بعض النسخ ولم يسم لها مهرا انتهى
قلت قال في المجتبى المكتوب في النسخ المنتقدة الا التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا وهكذا
صححه الامام ركن الائمة الصباغي في شرحه للقدوري انتهى قلت على هذه النسخة لا ينبغي الاشكال
وقال تاج الشريعة قوله ويستحب المتعة لكل مطلقة اعلم ان المتعة واجبة لمطلقة واحدة
وهي التي مر ذكرها في الكتاب ومستحبة لمطلقة من اثنتين احداهما التي طلقها زوجها بعد الدخول ولم
يسم لها مهرا والاخرى التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا والتي طلقها قبل الدخول بعد التسمية
لا تكون المتعة واجبة لها ولا مستحبة وهي الصورة المستثناه في الكتاب فصار قوله ويستحب
المتعة لكل مطلقة اي يستحب لكل مطلقة غير تلك المطلقة التي وجبت متعتها الا المطلقة الواحدة
فالحاصل ان المطلقات اربع لانها لا تخلو اما ان كانت مدخولة بها او لم تكن فان لم تكن فلا تخلو اما
ان كان مهرها مسمى او لم يكن فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان مهرها مسمى فهي الصورة
المستثناه التي لا تستحب لها ولا تجب وان كانت مدخولة فلا تخلو اما ان كان مهرها واما ما كان
يلزم القسمان الاخران وهما اللتان يستحب لهما المتعة م وقال الشافعي رحمه الله تجب ش اي المتعة
م لكل مطلقة الا لهذه ش وهي التي طلقها قبل الدخول بعد تسمية المهر فليست المتعة عنده بواجبة
لها على قوله الجديد وعلى قوله القديم يجب المتعة وبقوله قال احمد في رواية وفي رواية مثل قولنا
وقول مالك انها مستحبة في الجميع م لانها ش اي لان المتعة م وجبت صلة من الزوج ش ولكنت

بعوض وهذا لحكمة يسار الزوج واعساره والاعواض لا يختلف بحال من عليه م لانه ش اي لان الزوج م
اوحشها بالفراق ش ما وجبنا ها صلة دفعا لوحشة الفراق م الا ان في هذه الصورة ش اي المستثناه م نصف
المهر ش منصوب لانه اسم ان م طريق المتعة ش مرفوع لانه خبر ان وتقدير الكلام المستثناه نصف المهر
يجب بطريق المتعة م لان الطلاق فسخ ش معنى م في هذه الحالة ش اي في الطلاق قبل الدخول م لعود مالها
اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة م
والمتعة لا تتكرر ش فلا تجب المتعة لهذه المطلقة مع نصف المهر **وقيل** قوله وطريقة المتعة
وقع على اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا حيث قالوا الطلاق في هذه الحالة فسخ فيسقط جميع
المسمى وانما يجب نصفه على طريق المتعة واما الاخرون منهم قالوا يبقى نصف المهر ويسقط نصفه
بالطلاق لقوله تعالى فنصف ما فرضتم م ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة ش بكسر
الواو وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها م لانه ش اي لان السالم
سقط مهر المثل ش بالطلاق قبل الدخول م ووجبت المتعة م والعقد ش اي والحال ان العقد م
يوجب العوض ش لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم م فكان خلفا ش عن مهر المثل كالتيمم
مع الوضوء م والخلف لا يجامع الاصل ش اراد بالخلف المتعة وبالاصل المهر م ولا شيئا منه ش اي من
الاصل فلا تجب المتعة وجوب المهر كمهر المفوضة عند الطلاق بعد الدخول او بعض الفروض
عنه قبله م فلا يجب ش اي المتعة م مع وجوب شيء من المهر ... الالحاق ش
جواب عن حرف الخصم وهو قوله اوحشها بالفراق ونحن سلمنا انه اوحشها بالفراق لكنه لم يكن في ذلك
الالحاق جانيا لانه فعل ما فعل ماذون الشرع م فلا يلحقه الغرامة به ش اي بالالحاق وذلك لان
الطلاق مباح شرعا وربما يكون مستحبا اذا كانت المراة سليطة او تاركة للصلوة او خافا ان لا يقيما
حدود الله ... هذا انما نعلم ولا يخفى كما في صورة ان المراة صالحة والزوج ... او يطلقها
بلا اثم ولا يتزوجها فانه يجوز لها ان يدفع السم الى زوجها فيقتله فيما بينه وبين الله تعالى م فكان
من باب الفضل ش اي كان المتعة من باب الاحسان ولهذا قال فكانت في تاويل المتاع لان المتاع
والمتعة بمعنى واحد وعلى تاويل فعل المتعة م واذا زوج الرجل بنته على ان يزوج الزوج بنته او اخته
ليكون احد العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها ش هذا النكاح
يسمى نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلا يقال شغر البلد اذا خلا عن الناس وبلدة
شاغرة اذا لم تمتنع في غارة احد ويسمى هذا النكاح بذلك لخلوه عن المهر وهو من انكحة الجاهلية
ولهذا قال عليه السلام لا شغار في الاسلام وقيل هو من الرفع يقال شغر الكلب اذا رفع رجله
ليبول وفيه قولان قيل سمي به لانهما رفعا المهر من العقد وقيل معناه لا ترفع رجل بنتي حتى ارفع
رجل بنتك لانه الجاهلية ذكره الغزالي في البسيط والوسيط وقيل الشغار البعد نكاحه
لبعده عن الحق في نفي المهر واشغر في الفلاة البعد فيها فان قلت قوله عليه السلام لا شغار في الاسلام
حديث صحيح اخرجه الجماعة من حديث ابن عمر رضي الله عنهما واخرجه الترمذي ايضا من حديث
عمران بن حصين واخرجه مسلم من حديث جابر رضي الله عنهما ولفظه نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن الشغار قلت النهي عنه الوارد فيه انما كان من اجل اخلائه عن تسمية المهر وتاكده بالكلية
على عادة الجاهلية لا لعين النكاح فاشبه البيع وقت النداء والنكاح لا يبطله خلوه عن تسمية المهر
كالمفوضة ولا فساد تسميته كاصداق المجهول وملك الغير والابق ولا بتسميته ما ليس بمال كالميتة
والدم ولا بتسميته ما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير وقد نص امام الحرمين على ان الخلو لا يبطله ولا
شرط اخراج النكاح لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة قوله في الكتاب عوضا
عن الاخر قيد به لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل واحد صداقا للاخر يجوز النكاح ولا يكون شغارا
باجماع الائمة الاربعة واما اذا قال لاخر زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك على ان يكون بضع كل
واحد منهما صداقا للاخرى فانه ينعقد النكاح عندنا ولكل واحدة منهما مهر المثل ولهذا قال الا في
الاختين والامتين م وقال الشافعي رحمه الله يبطل العقدان ش وبه قال مالك واحمد واحتجوا
بالحديث المذكور واجبنا عنه عن قريب وبقولنا قال عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري

والثوري

والثوري وقال الاوزاعي ان كانا دخلا بهما فلهما مهر مثلهما وقبل الدخول يفسخ ويستقبل العقد
وقال عطاء المشاعران يقران على نكاحهما ويوخذ لكل واحدة صداق ويبطل شغارهما ولم يستدل
المصنف للشافعي في هذا بالحديث بل استدل له بالمعقول حيث قال م لانه ش اي لان الرجل الذي
زوج بنته على ان يزوجه الرجل بنته م جعل نصف البضع ش من كل واحد منهما م صداقا والنصف
الاخر م منكوحا ولا اشتراك في هذا الباب ش اي في باب النكاح لان البضع الواحد لا يكون
مشتركا بين شخصين كما اذا زوجت المراة نفسها من رجلين واذا لم يصح الاشتراك م فبطل
الايجاب ش واذا بطل الايجاب بطل العقد م ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب
مهر المثل كما اذا سمى الخمر او الخنزير ش بان يزوجها على خمر او خنزير م ولا شركة بدون الاستحقاق
ش هذا جواب الخصم وبيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع
المراة لا يصلح ان يكون مملوكة لامراة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط
الفاسدة م وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القران ش اي او تزوجها على ان
يعلمها القران صح النكاح م فلها مهر مثلها ش في الصورتين وتصور تعليم القران مثل قولنا قال
مكحول والليث ومالك واسحق واحمد في رواية واختاره ابو بكر من الحنابلة وابن الجوزي في
التحقيق لانه عبادة وليس بمال وشرع النكاح بابتغا المال فصار كالصوم والصلوة وتعليم الايمان
ومعنى حديث الواهبة نفسها وقوله عليه السلام زوجتكها بما معك من القران تزوجتها لاجل
انك مسلم م وقال محمد لها قيمة خدمته ش سنة والمسالة من مسائل القدوري ولكنه ذكرها
على الاتفاق ولم يوجد خلاف محمد والمصنف ذكره اتباعا لرواية الجامع الصغير فانه قال فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يتزوج امراة على خدمته سنة قال ان كان حرا فلها مهر مثلها وان
كان عبدا فلها خدمته سنة وقال محمد لها قيمة خدمته سنة ان كان حرا قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير قال الفقيه ابو جعفر ينبغي ان يكون قول ابي يوسف مثل قول محمد وقال
بعض مشايخنا ان قوله مثل قول ابي حنيفة م وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته سنة
جاز ولها خدمته سنة ش لما فيه من تسليم رقبته والعبد من الاموال يباع في الاسواق ويعرض
عرض الدواب وقد سلبت عنه كرامات البشر م وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القران والخدمة
في الوجهين ش في الحر والعبد وبه قال مالك واحمد وكذا الخلاف لو تزوجها وجعل مهرها طلاق
الضرة او العفو عن القصاص فعندنا يجب مهر المثل وعنده المسمى م لان ما يصلح اخذ العوض
عنه بالشرط يصلح مهرا عنده ش اي عند الشافعي رحمه الله لان المقصود تحقق المعاوضة م
لان بذلك يتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر اخر وعلى رعي الزوج غنمها ش اي اذا
تزوجها على ان يرعى غنمها سنة مثلا وكذا اذا تزوجها على ان يزرع ارضها سنة م ولنا ان المشروع
ش اي في عقد النكاح م الابتغا بالمال ش اي الطلب بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم م والتعليم
ليس بمال ش اي تعليم القران ليس بمال فضلا ان يكون متقوما م وكذا المنافع ش غير متقومة م في
اصلنا ش لانها اعراض لا تبقى زمانين وتقومها في العقد على خلاف القياس م وخدمة العبد ابتغاء
بالمال لتضمنه تسليم رقبته ش اي رقبة العبد كما في الاجارة م ولا كذلك الحر ش لانه لا يتضمن
تسليم رقبته وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر اخر وعلى رعي الغنم قاله الاكمل وفي
المحيط ولو تزوجها على خدمة حر اخر فالصحيح صحته ويرجع على الزوج بقيمة خدمته وفي
رعي غنمها وزراعة ارضها يجوز في رواية ولا يجوز في رواية وفي المرغيناني في روايتان
ولو تزوج العبد على رقبته باذن مولاه امة او مدبرة او ام ولد جاز ولو تزوج عليها حرة او
مكاتبة لا يجوز ولا ينعقد بقيمته لان المنع من جهة الشرع لا من جهة المال بخلاف
عبد الغير حيث يصح النكاح وتجب قيمته م ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد
النكاح لما فيه من قلب الموضوع ش لان موضوع النكاح ان يكون الزوج مالكا قال تعالى الرجال
قوامون على النساء والمراد بالقيامة المالكية ومقتضى النكاح ان تكون المراة خادمة والزوج
مخدوما وقوله عليه السلام النكاح رق ففي جعله خدمة الزوج مهرا كون الرجل خادما

والمراة تخدمه وهذا خلاف موضوع النكاح بلا خلاف م بخلاف خدمة حر آخر برضاه ش لانه
يصلح ان يكون مهرا لانه يسلم فيه رقبته كالمستاجر ولا مناقضة م وبخلاف خدمة العبد
لانه يخدم مولاه معنى يعني من حيث المعنى حيث يخدمها باذنه وبامره ش بالنكاح م وبخلاف
رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية ش لا من باب الخدمة لانهما مشتركان
في منافع اموالهما فلا يتمحض خدمة الا ترى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا يجوز ولو استاجره
لرعي الغنم والزراعة وغيرهما يجوز وكيف وقد وقع التنصيص في قصة شعيب عليه السلام
وشريعة من قبلنا يلزمنا اذا نص الله بلا انكار م فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ش وهي
رواية الاصل والجامع وهو الاصح وتجوز على رواية ابن سماعة وعللها بقوله لانه من باب القيام
بامور الزوجية م ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة ش اي خدمة الحر لان المسمى ش وهو الخدمة م
مال ش وهذا لان العقد عليها اذ المنفعة تصير مالا بايراد العقد عليها م الا انه عجز عن التسليم
ش اي عن تسليم الخدمة م لمكان المناقضة ش وهي كون المخدوم خادما والخادم مخدوما
وهو ممنوع عن استخدام الزوج شرعا فيكون لها قيمة المسمى م فصار كالتزوج على عبد الغير
ش ما يستحق فيلزم قيمته م وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة
ش اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا يستحق فيه ش اي لا يستحق الخدمة في النكاح قاله الاترازي
سماعنا في هذا الوضع بكلها او التي هي موضوعة لاحد الشيئين على ان يكون هذه الجملة دليلا دليلا
ثانيا بيانه ان مهر المثل انما وجب لاحد الامرين اما لان خدمة الزوج الحر ليست بمال او لان خدمتها
لا تصير مستحقة في النكاح بحال م يعني اصلا لان المنافع ليست بمال متقومة
حقيقة لعدم الاحراز وتقومها في العقود للضرورة شرعا بخلاف القياس فاذا منعها الشرع
عن تسليم هذه المنفعة لمكان المناقضة لم يثبت تقومها م فصار كتسمية الخمر والخنزير واذا
عقد وسماهما او واحدا منهما فانه يجب مهر المثل م فاذا وجب تسليمه ش اي تسليم ما ليس
م في العقد لو ظهر تقومه فيبقى الحكم الاصلي وهو مهر المثل ش اذ مهر المثل هو الاصل في
النكاح م فان تزوجها بالف ش اي بان تزوج امراة وجعل صداقها الف درهم م فقبضتها
ش اي فقبضت المراة الالف الصداق م فوهبتها له ش اي للزوج م ثم طلقها قبل الدخول
رجع عليها ش اي رجع الزوج على المراة م بخمس مائة ش وهي نصف المهر وبه قال الشافعي رحمه الله
وقال في الاظهر لا يرجع كما في العين وبه قال مالك واحمد في رواية م لانه ش اي لان الزوج
لم يصل اليه بالهبة ش اي بهبة الالف التي قبضتها ثم وهبتها له م عين ما يستوجبه ش
اي عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لانه يستحق به نصف المهر المقبوض بعينه
بل هو عوض عنه وهذا لان المهر دين في الذمة والمقبوض عين ذلك مثله لا عينه فصارت
هبة المقبوض كهبة مال اخر وحقه في سلامة نصف الصداق ولم يسلم فله الرجوع م وهذا
لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ ش عندنا فصارت كهبة مال
اخر م وكذا ش اي وكذا يرجع عليها بالنصف م اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا اخر
في الذمة كالمعدود والعبد لتنير في النسخ لفظ او شيئا بل هو او موزونا اخر فلفظ اخر
صفة الموزون وقال الاترازي او موزونا اخر غير الدراهم والدنانير ش يعني غير مقبوض
بان يتزوجها وجعل مهرها كذا وكذا كرا من الحنطة او الشعير او رطلا من الاشياء التي
توزن او شيئا اخر غير المكيل والموزون وكل ذلك بلا قبض وعلل هذا بقوله م لعدم تعينها ش
اي لعدم تعين هذه الاشياء عند العقد ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت م فان لم تقبض
الالف ش اي فان لم تقبض المراة الالف التي اصدقها عليه م حتى وهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع واحد منهما ش اي من الزوجين م على صاحبه بشيء ش من ذلك م في قولهم
جميعا ش اي في قول ابي حنيفة وصاحبيه استحسانا م وفي القياس يرجع عليها بنصف
الصداق وهو قول زفر لانه ش اي لان الزوج م سلم المهر له بالابراء ش وما سلم له بالابراء
غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من النصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج

سلم له عين ما يستحقه م فلا تغرم ش اي المراة م وصل اليه عين ما استحقه بالطلاق قبل الدخول
وهو براءة ذمته عن نصف المهر ش لكن بسبب اخر وهو الابراء م ولا يبالي باختلاف السبب عند
حصول المقصود ش وهو براءة ذمة الزوج عن نصف المهر لان الاسباب غير مطلوبة لذاتها
بل لاحكامها الا ترى ان من يقول لاخر لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك
وقال الاخر الجارية جاريتك ولي عليك الف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب
وهو بيع الجارية م ولو قبضت خمس مائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي
ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع احدهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة ش فيما يتعين وفيما
لا يتعين وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه وهو الاصح وفي وجه يرجع عليها بنصف الصداق
وهو قول زفر وهو القياس م وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضته اعتبارا للبعض بالكل ش يعني لو
قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت فلذا اذا قبضت
البعض م ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ش اي البعض الذي لم تقبضه حط والحط
يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمس مائة المقبوضة م ولابي حنيفة ان مقصود الزوج
قد حصل ش وقد فسر مقصوده بقوله م وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض ش وقد حصل م
فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق ش كمن له على اخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل م والحط
لا يلتحق باصل العقد في النكاح ش هذا عن قولهما ولان هبة البعض حط تقريره بان الحط لا يلتحق
باصل العقد في النكاح لانه ليس بعقد مغابنة ولا مبادلة مال بمال فلا تقع الحاجة الى دفع
الغبن فلا يلتحق باصل العقد وانما يلتحق في البيع فانه عقد مغابنة ومبادلة مال بمال ومرابحة
فتقع الحاجة الى دفع الغبن ثم استوضح ذلك بقوله م الا ترى ان الزيادة لا تلتحق حتى لا تتنصف ش
فكذا الحط لا يلتحق لان الحط والزيادة يتشابهان فاذا لم يلتحق الحط لا يلتحق الزيادة الا ترى انها
لو حطت الكل عن الزوج الا خمسة لم يكمل لها عشرة اعتبارا بالابتداء ولو التحق الحط باصل العقد يكمل
ولو النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم يتنصف الباقي اعتبارا بالابتداء م ولو كانت وهبت
اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده ترجع عليها الى تمام النصف ش صورته تزوجها على الف
فوهبت منه مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة حتى يتم النصف
م ولو تزوجها على عرض ش وفي الكافي تزوجها على ما يتعين بالتعيين كالعرض وفي جامع قاضي
خان والمكيل والموزون اذا كان عينا فهو بمنزلة العروض واذا كان دينا فهو بمنزلة الدراهم
م فقبضته او لم تقبضه ش يعني القبض وعدمه سواء في حكم المسألة م فوهبته له ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء ش استحسانا وبه قال الشافعي رحمه الله في القديم وفي
الجديد يرجع وهو قول مالك واحمد في رواية وهو قول زفر م وفي القياس وهو قول زفر يرجع
عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر ش على ما مر تقريره ش يعني في
قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا يبرأ عما يستحقه م وجه الاستحسان ان حقه ش اي ان
حق الزوج م عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لحصول مقصوده فلا يرجع بشيء كمن
عجل الدين المؤجل قبل حلول الاجل ولكن عجل الزكوة قبل الحول م ولهذا ش اي ولاجل وصول
حقه اليه م لم يكن لها دفع شيء اخر مكانه ش اي مكان ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول
في الدم م بخلاف ما اذا كان المهر دينا ش يعني دينا يجري فيه العوض كالمكيل والموزون
حيث يرجع عليها بالنصف لان المقبوض لا يتعين بالرد اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها
م وبخلاف ما اذا باعت ش يعني الصداق العرض م من زوجها لانه وصل اليه ببدل ش
اي بعوض لانه اشتراه منها والسلامة بعوض كالسلامة فلا ينوب عما استحقه بالطلاق فيرجع
عليها بنصف المهر م ولو تزوجها على حيوان ش بان تزوجها على حمار وفرس ونحوهما م او عروض
ش اي او تزوجها على عروض حال كونها م في الذمة ش بان قال على ثوب هروي من جنسه و
نوعه م فكذلك الجواب ش اي لا يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض وعلى قول الشافعي رحمه الله
لا يصح التسمية ويجب مهر المثل وعن مالك في رواية واحمد في رواية يفسد النكاح لجهالة

المسمى وعند لا صح العقد ووجب الوسط وانما لا يرجع شيء م لان المقبوض متعين في الرد ش اذ
الاصل في المعوض والحيوان العين وثبوته في الذمة على خلاف الاصل للضرورة لما فيه
من الجهالة وكان ينبغي ان يفسد العقد ولكنه صح ووجب الوسط م وهذا ش اشار به الى
شيئين احدهما الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والاخر الى ان المقبوض متعين
في الرد واشار الى الاول بقوله م لان الجهالة ش يعني عدم التعيين م قد تحملت في النكاح ش
لان مبناه على المسامحة عادة وانما قيد بقوله تحملت في النكاح احترازا عن المعاوضات
المحضة حيث لا يتحمل فيها الجهالة كما لو اشترى فرسا او حمارا لا يجوز لما عرف ان مبناه على
المضايقة عادة فيؤدي الى المنازعة واشار الى الثاني بقوله م فاذا عين ش اي عند القبض
م فصار كان التسمية وقعت عليها ش ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض
وفائدة الاول صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثاني عدم
رجوع الزوج عليها بشيء اذا وهبته له وعدم ولاية الاستبدال بغيره بخلاف الدراهم والدنانير
م واذا تزوجها على الف ش اي اذا تزوج رجل امراة على الف درهم على ان لا يخرجها من البلد
م او على ان لا يتزوج عليها اخرى ش اي او تزوجها بشرط ان لا يتزوج عليها امراة اخرى
فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم المسافرة او عدم التزوج فاسدا لان فيه المنع عن الامر
المشروع م فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا ش اي لانه سمى ما صلح مهرا لانه سمى ما لها
فيه نفع وهو عدم اخراجها من البلد وعدم التزوج عليها م وقد تم رضاها به ش اي رضى المراة بما
سمى م وان تزوج عليها اخرى او اخرجها ش اي من البلد م فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان
مهر المثل اكثر من الالف م لانه سمى ما لها فيه نفع ش حتى رضيت بنقص المسمى عن مهر المثل م
فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة ش بان يكرمها ولا يكلفها
الاعمال الشاقة م والهدية ش اي وكما في تسمية الهدية مع الالف بان شرط ما يبعث به كما لو سمى
الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة وقال زفر ان شرط لها مع الالف
ما هو مال كالهدية فالجواب هكذا وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الالف وفي المغني
الشروط في النكاح اقسام ثلاثة الاول يلزم الوفا به وهو ما يعود نفعه اليها وهو ان لا يخرجها من
دارها او بلدها او لا يسافر بها او لا يتزوج عليها او لا يتسرى عليها فهذه الشروط يلزمه الوفا
لها فان لم يف فلها فسخ نكاحها يروى ذلك عن عمر وسعد بن ابي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص
رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحق وابطل
هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة والليث والثوري ومالك والشافعي رحمه الله
وابن المنذر وقال ابو حنيفة واصحابه لكن يكمل لها مهر مثلها ان نقصت منه بسبب هذه
الشروط والثاني ما يبطل فيه الشرط ويصح النكاح مثل ان يشترط ان لا يكون لها مهر وان لا
ينفق عليها او ان لا يطاها او ان يعزل عنها او لا يكون عندها في الجمعة الا يوما وليلة او شرط
لها النهار دون الليل او شرط عليها ان ينفق عليه او تعطيه شيئا من مالها فهذه الشروط كلها
باطلة لانها تنافي مقتضى العقد والنكاح صحيح في الصور كلها لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
والثالث ما يبطل به النكاح وهو التاقيت في النكاح ونكاح المتعة واشتراط الخيار
وهذا اتفاق او يقول زوجتك ان رضيت امها او فلان او ان جئت بالمهر في وقت كذا والا
فلا نكاح بيننا وذكر ابو الخطاب فيه وفي خيار الشرط روايتين احداهما او رضي فلان روايتان
احدهما النكاح فيها صحيح والشرط باطل وبه قال ابو ثور وحكاه عن ابي حنيفة في شرط
الخيار وزعم انه لا خلاف فيها وفي خزانة الاكمل يتزوجها على ان اباها بالخيار صح النكاح
وبطل الخيار وان قال ان رضي اي فالنكاح باطل وقال ابن قدامة عن عطا وابي حنيفة والثوري
والاوزاعي انه من قال في النكاح الى وقت كذا والا فلا عقد بيننا ان الشرط باطل والعقد
صحيح وروى منصور عن احمد ان الشرط والعقد جائزان وعن مالك والشافعي رحمه الله
وابي عبيد فساد العقد وفي اشتراط الخيار في الصداق عن احمد روايتان اوجه صحة العقد

م ونصف الاوكس يزيد عليها ش اي على المتعة م في العادة فوجبت ش اي نصف الاوكس م
لاعترافه ش اي لاعتراف الزوج م بالزيادة على المتعة فان قيل اذا فسدت التسمية عند
ابي حنيفة ينبغي ان يجب المتعة م ولو سمى شيئا قلنا ان نصف الاوكس ططريق المتعة فان قيل
ينبغي ان يحكم المتعة كما حكم مهر المثل قبل الطلاق لان المتعة هي الموجب الاصلي في الطلاق قبل الدخول
كما ان مهر المثل هو الموجب الاصلي قبل الطلاق قلنا انما لم يحكم المتعة لانها لا تزيد على نصف
الاوكس عادة حتى لو كانت زائدة عليه حكم المتعة م واذا تزوجها على حيوان غير موصوف
صحت التسمية ش صورة المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان لم يبين انه
اجيد او وسط او ردي الى غير ذلك من اوصافه م ولها الوسط منه ش اي من الحيوان م
والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك ش اشارة الى الحيوان م وان شاء اعطاها قيمته ش اي قيمة
الحيوان م وذكر ش اي المصنف رحمه الله م يعني هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون
الوصف ش ثم فسر المصنف بهذا التفسير قول القدوري كان المسئلة المذكورة من مسائل
القدوري بقال وان تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية فان المصنف معناها
ان يسمى جنس الحيوان ولا يذكر وصفه ثم بين ذلك بقوله م بان يتزوجها على فرس او حمار ش
فان التسمية فيه صحيحة م اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب
مهر المثل ش قد تكلم الشراح في هذا الموضع واطالوا الكلام وتحصيله ان المصنف سمى
الفرس والحمار جنسا وليس كذلك بل هو نوع من الحيوان كما عرف في موضعه والجواب عن
ذلك ان المصنف اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم ثم في المسئلة
الاولى صحت التسمية ويجب الوسط وفي المسئلة الثانية لا تصح التسمية لجهالة الفاحشة
ويجب مهر المثل وبه قال مالك واحمد م وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين
جميعا لان ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح ش لان الشافعي الحكم في الوجهين
الا لو رتب على البيع لان النكاح عقد معاوضة كالبيع م اذ كل واحد منهما عقد معاوضة
ش اي لان كل واحد من النكاح والبيع عقد معاوضة م ولنا انه ش اي ان النكاح م معاوضة
مال بغير مال ش لان التزام المال ابتدا بغير عوض م ومعنى قوله م فجعلناه التزام المال ابتدا
حتى لا يفسد باصل الجهالة ش اي الجهالة المستدركة في الوصف م كالدية ش فان الشرع
جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة م والاقارير ش اي وكالاقارير وجمع اقرار فانه
يلزم فيها ما اقر به وان كان مجهولا ش وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه
معلوم ش قال الكاكي هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لما شابه عقد النكاح الاقرار
في كونه التزاما ابتدا ينبغي ان يصح التسمية فيما اذا سمى الحيوان ولم يبين نوعه كما لو
اقر بشيء بصح الاقرار ويلزمه البيان م فقال وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم ش
وتفسيره معلوم ان يكون جيدا او وسطا والجملة صفة لقوله مالا والوسط بفتح السين واصله ان يكون
اسما لما بين طرفي الشيء فضلا وخيارا وقد يأتي صفة لو وسط المرعى خير من طرفيه
والوسط الذي خير من طرفيه ومنه ايضا كذلك لانه اسم لما بين طرفي الشيء واما الوسط
بالسكون فهو ظرف لا اسم بمعنى بين يقول جلست وسط القوم اي بينهم م رعاية للجانبين
ش يعني جانب الزوج وجانب المرأة كما في الزكاة يراعى ذلك بالجانب المعطي والعطى م وذلك
عند اعلام الجنس ش اي رعاية الجانبين لا يكون الا عند اعلام الجنس م لانه يشتمل على الجيد والردي
والوسط ذو حظ منهما ش اي من الجيد والردي لان الوسط بالنسبة الى الردي جيد وبالنسبة
الى الجيد ردي م بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط له لاختلاف معاني الاجناس ش جهالة
الجنس بان تزوجها على دابة او ثوب حيث لا يصح ذلك لانه ليس لها طرفان حتى يكون لها
وسط وهو معنى قوله لا وسط له لان الجنس يشتمل على انواع وليس بعض النوع اولى من البعض
بالارادة فتفاحش الجهالة فاحشة فتعذرت التسمية فوجب مهر المثل م وبخلاف
البيع ش جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ونفترق من ان قياس الشافعي

لعلم

رحمه الله الوجهين المذكورين على البيع غير صحيح م لان مبناه ش اي مبنى البيع م على المضايقة
ش بين المتبايعين لان كلا منهما تضيق على الاخر في امور العقد م والمماكسة ش فسروها
الاجمالي بقوله اي المنازعة وفسره الاتزاري بقوله والمماكسة المجادلة وفي العرب المماكسة
من المكس في البيع وهو استنقاص الثمن من باب ضرب والمكس ايضا الجباية وهو فعل
المكاس العشار ومنه لا يدخل صاحب مكس الجنة م اما النكاح فمبناه على المسامحة ش اي
المساهلة فلا يفسد بالجهالة ما لم يتحش م وانما لم يتخير ش اي الزوج بين اداء الوسط وبين
اداء قيمته م لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء ش وتعتبر قيمة الوسط
بقدر الغلاء والرخص عندهما وهو الصحيح وعليه الفتوى وانما قدر ابو حنيفة باربعين
دينارا في السود وفي البيض بخمسين دينارا باعتبار المشاهد في زمانه وهاهنا الفتوى على الاوقات
والامكنة كلها والامر على ما قال الا اداء القيمة تختلف باختلاف الغلاء والرخص م والعبد اصل التسمية
ش من حيث التسمية هذا اذا ذكر مطلقا ولم يضف الى نفسه اما لو اضافه الى نفسه بان
قال تزوجتك على عبدي فليس له ان يعطى القيمة لان الاضافة من اسباب التعريف كالاشارة
ولو كان مشارا اليه ليس له ان يعطي القيمة هكذا هاهنا ذكر في المحيط وغيره م فيتخير بينهما ش
اي بين اداء القيمة وبين اداء العبد الوسط حتى تجبر المرأة على القبول وبه قال ابو ثور ومالك واحمد
لا تجبر المرأة على القبول وقال القاضي من الحنابلة تجبر المرأة على قبولها ان سمى عبدا وسطا او جيدا او رديا
كقولنا وفي الذخيرة الوسط في زماننا ادون الترك وارفع الهنود وفي المحيط الوسط في بلادهم
السندي لان الخادم عندهم انواع ثلاثة رومي وهندي وحبشي فالاعلى الرومي والادنى الحبشي
والوسط السندي وفي بلادنا التركي والصقلي والهندي فالوسط الصقالبة وفي المبسوط ادنى
الخدم التركي والادون الهندي والوسط السندي ثم الوسط اعلى الترك واعلى الهنود في بلادنا
لان الهنود عندنا لا يوجد م وفي البدائع لو تزوجها على وصيف ابيض صح لانه يصح بدون
الوصف فالوصف اولى والجيد عندهم الرومي والوسط السندي والردي الهندي والجيد
عندنا التركي والوسط الرومي والردي الهندي وقيمة الجيد خمسون دينارا والوسط اربعون والردي
ثلاثون والمعتبر فيه القيمة بلا خلاف وفي المغني الوسط من العبيد السندي والمنصوري والاعلى
التركي والرومي والادنى الزنجي والحبشي م وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ش اي
باجماع الائمة الاربعة م ومعناه ش اي معنى قوله تزوجها على ثوب غير موصوف م ذكر الثوب
ولم يزد عليه ووجهه ش اي وجه وجوب مهر المثل م ان هذه جهالة الجنس ش اي النوع وقد ذكرنا
ان مراده من النوع النوع على اصطلاح الفقهاء اذ الثياب اجناس ش اي انواع كالقطن والكتان
والابريسم ونحوها م ولو سمى جنسا ش اي نوعا بان قال هروي صحت التسمية ويخير الزوج ش
يعني بين القيمة والوسط م لما بينا ش ان الثياب انواع م وكذا ش اي وكذا يخير م اذا بالغ في وصف
الثوب ش بان ذكر طوله وعرضه وذرعه ورقعته وذكر انه على منوال كذا وكذا وصار بحال يجوز
السلم فيه م في ظاهر الرواية ش احتراز عما روى ابو حنيفة ان الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو
قول زفر وقال الكاكي قيد بظاهر الرواية لما روى عن ابي يوسف انه قال ان ذكر الاجل مع
ذلك لا تجبر المرأة على قبول القيمة وان لم يذكر الاجل جبرت لان الثياب لا تثبت في الذمة الا
ثبوتا صحيحا الا مؤجلا الا ترى انه لا يجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لان القرض لا يكون الاحالا
والسلم لا يكون الا مؤجلا ووجه الظاهر ما ذكره بقوله م لانها ليست من ذوات الامثال ش
بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد م وكذا ش اي وكذا يتخير الزوج بين الوسط
وقيمته م اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته ش مثل ان تقول زوجتك على كر
حنطة او من زعفران ولم يزد على ذلك فانه يخير بين الوسط وقيمته م وان سمى جنسه ش اي
نوعه م وصفته لا يخير ش بل يجبر على الوسط م لان الموصوف منهما ش اي من المكيل والموزون
م يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا ش حالا او مؤجلا بدليل جواز استقراضه والسلم فيه وان لم
يذكر الصفة فروع وفي المحيط وغيره تزوجها على بيت وهو بدوي يلزمه بيت من شعر او وبر

اذ هو نوع من الثياب وان كان زخضرنا قال محمد رحمه الله لها بيت وسط قال اراد به ثياب بيت
ولهذا قال مما يجهز هنالك والتجهيز لا يكون بالبيت قال صاحب المحيط وفي عرفنا يراد بالبيت
الذي يبات فيه من المدر فلا يصح ان يكون مهرا اذا لم يكن معينا وفي المبسوط المراد بالبيت متاع
البيت وهو معروف بالعراق وهو ما يجهز به تلك المرأة وينصرف الى الوسط منه وعن ابي حنيفة
قيمته اربعون دينارا وفي جوامع الفقه هو على مثل متاع بيت وسط في عرفهم وفي عرفنا يجب مهر
المثل وان عين البيت فهو على عينه بخلاف الدراهم والدنانير وفي تعيين التبر والتبان والفلوس
التي تروج كالدراهم والعطارفة كذلك وفي المواضع التي تروج فيها متعين والمكيل والموزون
والمعدود باعيانها متعين وللزوجة اخذ عينها وقال مالك يجوز النكاح على بيت وخادم
ويجب فيهما الوسط وعند الشافعي رحمه الله يجب فيهما مهر المثل وفي مصنف ابن ابي شيبة قال
الحسن وابن سيرين والنخعي يجوز النكاح على الوصفاء والوصايف زوجت نفسها بمهر امها
جازية وفي الذخيرة هو الصحيح ولو طلقها قبل الدخول بها فلها نصفه وتخير اذا علم مقدار مهر امها
وفي جوامع الفقه لو تزوجها على مثل مهر فلانة يجب مهر المثل وكذا اذا تزوجها على ملء هذا الزنبيل
حنطة او قيمة هذا العبد او قيمة عبد او على سكنى داره او هو فيها او على ان يخدمها ما عاش او مدة
ابقها او على دراهم او ناقة من هذه الابل او على ثوب قيمته عشرة او قال جميع ما املكه يجب في ذلك كله
مهر المثل وفي المرغيناني هذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعن ابي يوسف يعطيها ناقة
من ابله تزوجها على غنم بعينها على ان اصوافها له كان له الصوف استحسانا ولو تزوجها على جارية
حبلى على ان ما في بطنها له فلها الجارية وولدها قال على حكمي يجب مهر المثل الا ان يحكم باكثر منه فيجب
ذلك وعلى حكم فلان فحكم باقل من مهر المثل فلا بد من رضاها وباكثر لا بد من رضاه وفي المغني تزوجها
على حكمها او حكمه او حكم اجنبي لا يصح وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك يجوز فان وقع الرضى
بالحكم فيه والا فسخ ولا شيء لها فان فرض لها مهر المثل لزمها النكاح وقال ابن خويز منداد يفسد
النكاح فيه ولو تزوج امراة على الف مؤجل لا يصح التاجيل ولو امر الزوج بتعجيلها العادة اهل
بلده بتعجيله ولو جعل الثاني بعد الطلاق والموت ولا يجبر على تسليم الثاني لا يحبس عليه وفي قنية
المنية هو عادة خوارزم بان طلقها رجعيا لا يصير المهر حالا حتى تنقضي العدة وبه قال عامة
المشايخ وقال القاضي البديع وقاضي خان يصير حالا ولو قال بعضه معجل وبعضه مؤجل لم يرد يجوز
ويحل بالفرقة او بالموت او بالطلاق وقيل يجب حالا وهو اقرب الى الحق وفي الذخيرة الصحيح
الصحة للعرف والعادة معلومة في نفسها وهو الطلاق او الموت وفي البدائع ان ذكر اجلا
مجهولا كالميسرة وهبوب الريح ومجيء المطر وقال تزوجتك على الف مؤجلة فهي حالة لان الاجل لم يثبت
للجهالة الفاحشة وان تزوجها على الف على ان ينقدها ما تيسر له والبقية الى سنة كان الالف كله الى سنة
الا ان تقيم الزوجة بينة على انه قد تيسر له منها شيء او له فتاخذه وفي المغني يجوز مهر معجل
ومؤجل وان لم يذكر اجله قال القاضي المهر صحيح ومحله الفرقة وقال ابن حنبل لا يحل الا
بموت او فرقة وهو قول الشعبي والنخعي والحسن وحماد والثوري وقال ابو عبيد يكون حالا
وقال اياس بن معاوية وقتادة لا يحل حتى يطلق او يخرج من مصرها او يتزوج عليها وعن مكحول
والاوزاعي والعنبري يحل الى سنة بعد دخوله وقال الشافعي رحمه الله لها مهر المثل واختاره
ابو الخطاب من الحنابلة وقال مالك ان كان عرفهم انه لا يؤخذ الا عند الموت او الطلاق فانه
ينظر الى مهر مثل تلك المرأة فيعطى مثله ان دخل بها وان لم يدخل بها يعجل المهر والا يفسخ ذكره
عنه ابن المنذر في الاشراف وان تزوجها على الف الى هبوب الريح او مجيء المطر فهي حالة لجهالة
الاجل وان تزوجها الى الحصاد او الدياس او النيروز او المهرجان قال الاسبيجابي لا رواية لهذه
المسئلة في الكتب الظاهرة وقال السرخسي الصحيح صحة التاجيل الى هذه الاشياء في الصداق
كالكفالة وفي المرغيناني يجوز التزوج الى الحصاد والدياس في الصحيح ومن المشايخ
من قال لا يثبت الاجل في الصداق لهذه الاجال وفرق بين الصداق والكفالة بان ما هو
المعقود عليه هو المرأة لا يحتمل الجهالة فكذا الاجل بخلاف الكفالة قال والاول اصح قال تزوج

بمهر جا[يز]

بمهر جايز في الشرع ينصرف الى مهر المثل هكذا في فتاوى ابي الليث وقاضي خان وقال صاحب المحيط
ينصرف الى عشرة دراهم ولو تزوجها على اكثر من مهر مثلها على انها بكر فاذا هي ثيب لا يجب الزيادة
تزوجها على حجة او على ان يحجها فلها قيمة حج وسط وهي الحج على الراحلة وعند مالك رحمه الله يجب مهر
المثل وقال الشافعي واحمد رحمهما الله التسمية فاسدة لان الحملان مجهول قلنا هذا باطل للاجماع على جواز
الاستيجار وادوا دهم الى مكة من جميع بلاد الاسلام وفي القنية يجوز الزيادة في المهر بغير شهود
ولا يصح من غير قبول م فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها ش هذه من
مسائل القدوري وقال في الجواهر للمالكية يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده يثبت على المشهور
وقيل فسخه على الاستحباب او الوجوب فيه قولان وعند الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل وفي قول
قيمته وقال ابو عبيد يفسد النكاح في ذلك كله واختاره ابو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة وهو
قول الظاهرية ومثله التزوج على الميتة والدم وقولنا قال الاوزاعي والثوري واخرون اما الجواز
فهو م لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط ش وفساد التسمية ليس بالشرط
من عندها وذلك لا يفسد النكاح وكذا هذا م بخلاف البيع ش حيث لا يصح بالخمر والخنزير م
لانه يبطل بالشروط الفاسدة ش والنكاح لا يفسد وهذا لو سكت عن ذكر الثمن في البيع يبطل
والنكاح لا يبطل بالسكوت عن ذكر المهر حيث يصح ويجب مهر المثل فاعتبرا م لكن لم يصح التسمية
ش لان شرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم وهو
معنى قوله م لان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل ش وقال الشافعي في قوله القديم واحمد
يجب في الخمر العصير مثله وفي الخنزير القيمة قيل قول المصنف في الخمر ليس بمال فيه نظر فان الاصحاب
قالوا فيها انها مال غير متقوم في حق المسلم لانه انما ينتفع فيه الشرع والصنعة والجواب هذه المشابهة م وان
تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلا ش
وبه قال احمد والشافعي رحمه الله وفي قول اخر كقول ابي حنيفة م وان تزوجها على هذا العبد فاذا
هو حر ش اي ظهر انه حر م يجب مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب القيمة ش وقول
ابي يوسف اولا في مسئلة الخمر مثل قولهما كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الائمة السرخسي في
شرحه وكذلك لو تزوجها على شاة ذكية فظهرت ميتة فالخلاف فيها كالخلاف في الحر وفي جوامع الفقه
اذا تزوجها على هذا الدن من الخل او على هذه الذكية فاذا هو خمر او ميتة يجب مهر المثل فيهما عند
ابي حنيفة وعندهما يجب فيه خلا او ذكية او قيمتهما وان لم يذكر القيمة غيره وفي العبد اذا ظهر حرا يجب
مهر المثل عندهما وعند ابي يوسف قيمته اذا جهلا بكونه حرا وان علما يجب مهر المثل اتفاقا وان قال هذا
الثوب الهروي فاذا هو مروي فعند ابي حنيفة يجب ثوب هروي بجودته ولم يذكر قول ابي
يوسف وقال على هذا القفيز من الحنطة فاذا هو شعير او على هذا الخل فاذا هو زيت يجب المسمى عندن
عند ابي حنيفة وعن محمد يجب الشعير قال والظاهر انه يجب عنده مهر المثل ولو قال على هذا الزق
من السمن وليس فيه شيء يجب لها ملء ذلك من السمن ولو قال ما في هذا الزق من السمن يجب مهر المثل
م لابي يوسف انه ش اي ان الزوج م اطمعها ش يقال اطمعه الشيء قطع م حيث سمى لها مالا وعجز
عن تسليمه فيجب عليه قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال ش فالخل من ذوات الامثال
م كذا اذا هلك العبد المسمى ش في العقد بان تزوجها عليه فهلك م قبل التسليم ش اي قبل
تسليمه اليها فانه يجب قيمة العبد الهالك اتفاقا م وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة ش
وهي قوله هذا م والتسمية ش هي قوله العبد م فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف
لكونها قاطعة للشركة لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء وحصل بها كمال التمييز لان
الاشارة الى الشيء وارادة غيره ممتنعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ وتجوز اطلاق اللفظ
وارادة غير ما وضع له م فكانه تزوج على خمر او حر ش اي فكان الرجل يتزوجها على خمر في تزوجه
على هذا الدن من الخل او تزوجها على حر في تزوجه على هذا العبد والواجب فيهما مهر المثل بلا خلاف م
ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى
موجود في المشار اليه ذاتا ش اي من حيث الذات م والوصف يتبعه ش اي يتبع الذات لانه قايم

بالذات وعدمه لا يستلزم انعدام الذات م واذا كان ش اى المسمى م من خلاف جنسه ش اى
جنس المشار اليه م تعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار ش من حيث التعريف م وليس بتابع
له ش لك للمشار اليه م والتسمية ابلغ فى التعريف من حيث انها تعرف الماهية ش وهى الحقيقة
من حيث هى م والاشارة تعرف الذات ش من غير دلالة على حقيقته ثم اوضح ذلك بقوله م
الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ش
فيتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل م ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو
اخضر ينعقد لاتحاد الجنس ش لان المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد به وهو موجود
فيصح اذا عرفنا هذا قال محمد الحر مع العبد جنس واحد لاشتراكهما فى الصورة والمعنى والمنافع
الا انهما يختلفان فى المالية فيقل الاختلاف ويغلب الاتحاد والاتفاق فيتحد الجنس وكان المشار
اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه وانه لا يصلح مهرا العدم تقومه ما لا يفسد
التسمية فيصار الى مهر المثل اما الخمر مع الخل فجنسان مختلفان لانهما لا يتحدان الا فى الصورة
ويختلفان فى الاسم والمعانى فيقل الاتحاد ويغلب الاختلاف فكانا جنسين مختلفين فيتعلق
بالمسمى وهو الدن من الخل وابو حنيفة يقول ان الحرية والخلية والرقية والحرية صفات تتعاقب
على الذات الواحد فلا يختلف به الجنس كالصبى والشباب والشيخوخة والصغر والكبر فكان المشار
من جنس المسمى فى الفصلين جميعا م وفى مسئلتنا ش اراد بها قوله واذا تزوجها على هذا العبد فاذا
هو حر م العبد مع الحر جنس ش لان الحر الصغير يصير عبدا والعبد حرا ومنافعهما متفاوتة اشار
اليه بقوله م لعلة التفاوت فى المنافع ش ظهر ذلك فى جواز البيع وعدمه م والخمر مع الخل ش فى
المسئلة المذكورة وهى ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر م جنسان لفحش التفاوت فى
المقاصد ش فان احدهما لا يسد مسد الاخر فما يصلح له الخل لا يصلح له الخمر والخل بعد
استحكامه لا ينقلب خمرا وبخلاف هذا قال فى المبسوط ابو حنيفة يقول الخمر مع الخل جنس
واحد فان فى الاصل واحد وهو العصير والعينية واحدة وهذه اوصاف تعرض على العين فلا يوجب
تبدل الجنس كالصغر والكبر فى الآدمى فان قلت يرد عليه مسئلة الجامع وهى اذا حلف لا يدون
هذه الخمر وصارت خلا فذاقه لا يحنث فلو لم يتبدل الجنس لحدث اذا الوصف فى الحاضر لغو والحاقه
بالادمى فى الصغر والكبر بعيد قلت يمكن ان يجاب بان الخمر والخل جنسان فى العرف وعليه
الايمان وان كانا جنسا واحدا فى الحقيقة وفى المحيط العبد والحر عند ابى يوسف جنسان
وهما جنس واحد ولهذا الخمر والخل عند ابى حنيفة ولو تزوجها على عصير فتخمر قبل قبضه عن ابى يوسف
لها مثله ولم يذكر قولهما م فان تزوجها على هذين العبدين ش هذه المسئلة مبنية على الاصل الذى
والخلاف فيها كالخلاف فيما ذكر هناك فلذلك ذكرها بالفاء فقال فان تزوجها اى فان تزوج رجل
امراة على هذين العبدين م فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقى ش اى ليس لها الا العبد الباقى
اذا ساوى عشرة دراهم عند ابى حنيفة لانه ش اى لان الباقى م هو م مسمى ووجوب المسمى وان قل
يمنع مهر المثل ش لان المسمى ومهر المثل لا يجتمعان بيان هذا ان ابا حنيفة يعتبر الاشارة والاشارة
الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثانى لغوا فكانه تزوجها على عبد وليس لها الا
ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان فان العبد الباقى لو كان يساوى مهر المثل ليس لها الا ذلك
والاكمال لها مهر المثل مع العبد الباقى فان قلت قال المصنف قبل هذا ولو تزوجها على هذا او على هذا ام
الى ان قال ان اخرجها فلها مهر المثل فهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل قلت
اجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر
المثل واما الحر فلم يستحق اصلا فافهم م وقال ابو يوسف لها العبد ش اى العبد الباقى م وقيمة الحر
لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته ش وبه قال احمد والشافعى
فى قول وكذا لو ظهر احدهما مغصوبا وعند الشافعى فى الاظهر يبطل فى الحر والمغصوب ويصح فى المملوك
وتتخير فان فسخ فلها مهر المثل م وقال محمد وهو رواية عن ابى حنيفة ش رواها ابن سماعة عن ابى حنيفة
م لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما ش اى لان العبدين م لو كانا

حرين يجب تمام مهر المثل عنده ش اى عند محمد رحمه الله وانما قيد بقوله عنده محمد احترازا عن
قول ابى يوسف لو ظهر عند الصداق حرا يجب قيمته لو كان عبدا فكذا اذا ظهر العبدان
حرين يجب قيمتهما ايضا وكذا فى احد العبدين اذا ظهر حرا م فاذا كان احدهما عبدا يجب
العبد وتمام مهر المثل ش اى اذا كان العبدين اللذين تزوجها عليهما ظهر عبدا والاخر
حرا يجب العبد وتمام مهر المثل ان كان اكثر من قيمة العبد م واذا فرق القاضى بين الزوجين
فى النكاح الفاسد ش مثل النكاح بغير شهود ونكاح الاخت فى عدة الاخت فى الطلاق
البائن ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة ونكاح الامة على الحرة م قبل الدخول ش قيده
بقوله قبل الدخول باجماع الائمة الاربعة وكذا بعد الخلوة لان بعد الدخول لها مهر المثل على ما
ياتى عن قريب م فلا مهر لها ش باجماع الائمة الاربعة وكذا بعد الخلوة عند اهل العلم قاطبة
وعن ابن حنبل يجب كالصحيح ولا احل له لان التمكين من الوطى حرام فلا تقام مقام الوطى
واما اللمس والقبلة من غير خلوة مقام الوطى داوجب بذلك كمال المهر ذكره فى المغنى
وفى الاترازى وانما يجب التفريق على القاضى لئلا يلزم ارتكاب المحظور اعتبارا
بصورة العقد فاذا فرق بينهما قبل الدخول ولا مهر ولا عدة لان النكاح الفاسد لا حكم له
قبل الدخول وكذا اذا فرق بعد الخلوة الصحيحة لان الخلوة الصحيحة فى النكاح انما اقيمت
مقام الوطى للتمكين من الوطى وهنا لا يمكن من الوطى لكون العقد فاسدا واحسب الربع ولا
يقال ينبغى ان يجب نصف المهر لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم لانا نقول ذاك فى الطلاق بعد النكاح من كل وجه لان المطلق ينصرف
الى الكامل ولم يوجد النكاح من كل وجه قلت قال الاترازى انما يجب التفريق على القاضى
من ان الوجوب عليه وقد دالوا ولا يتوقف التفريق بينهما على تفريق القاضى بل لكل واحد
من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه قبل الدخول وبعده بمحضر منه كالبيع
الفاسد فان لكل واحد فسخه قبل القبض وبعده الا بمحضر منه كذا فى الذخيرة قلت
يمكن ان يكون الوجوب على القاضى عند ترافع الزوجين اليه م لان المهر فيه ش اى فى النكاح
الفاسد م لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب استيفاء منافع البضع ش قوله لفساده
اى لفساد العقد وانما يجب اى المهر بسبب استيفاء منافع بضع المراة م وكذا بعد الخلوة ش
اى وكذا لا يجب المهر فى النكاح الفاسد اذا وجد التفريق بعد الخلوة الصحيحة ايضا م لان
الخلوة فيه ش اى فى النكاح الفاسد م لا يثبت بها التمكين ش من الوطى م فلا يقام مقام
الوطى ش فصار كالخلوة بالحائض وهذا معنى قول المشايخ الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد كالخلوة
الفاسدة فى النكاح الصحيح م فان دخل بها ش اى بالمراة التى تزوجها بنكاح فاسد م فلها
مهر مثلها لان الوطى فى المحل المعصوم سبب الضمان الجابر او الحد الزاجر وبعد الثانى
لشبهة النكاح فيه فتعين الاول ولقوله عليه السلام ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها
باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها بين عليه السلام ان المهر مستحق فى النكاح
الباطل بالدخول لا بالعقد والخلوة م لا تزاد ش اى مهر مثلها م على المسمى ش اى على الذى
سمى عند العقد م عندنا خلافا لزفر ش فانه يقول مهر المثل بالغا ما بلغ وبه قال الشافعى
ومالك واحمد م هو ش اى زفر رحمه الله م يعتبره بالبيع الفاسد ش اى يعتبر مهر المثل
بالبيع الفاسد اى بقيمة عليه حيث القيمة فى البيع الفاسد بالغة ما بلغت وان زادت
على الثمن فكذلك مهر المثل م ولنا ان المستوفى ليس بمال ش المستوفى هو البضع وهو ليس بمال
لانه ليس بمتقوم فى نفسه م وانما يتقوم بالتسمية ش عند العقد فيجب بقدر القيمة
وهى مهر المثل بقدر التسمية م فان زادت ش اى التسمية م على مهر المثل لم يجب الزيادة
لعدم صحة التسمية فان قيل يرد على قوله وانما يتقوم بالتسمية مسئلة المفوضة فان
مهر المثل يجب لها وتتقوم منافع البضع قلنا المراد انها تتقوم زائدا على مهر المثل بالتسمية
فى العقد فهذا القيد يمنع النقض عن مسئلة المفوضة ش اى فى حق الزيادة لان التسمية فى

النكاح الفاسد معتد وم حكما لانه وجد في ضمان النكاح الفاسد فاذا كان متعدوما حكما لم
يعتبر الزيادة على الموجب الاصلي وهو مهر المثل كما في البيع الفاسد اذا كان الثمن زايدا على القيمة
فلا يجب الزايد بل تجب القيمة واما اذا كانت التسمية اقل من مهر المثل تجب المسمى ولا تجب الزايد
لوجود الرضى من المراة بذلك م واذا انتقصت ش اى التسمية عن مقدار مهر المثل م لم يجب الزيادة
على المسمى لانعدام التسمية ش اى تسمية الزيادة على المسمى قال الاكمل فان قلت هل هذا الا
سافض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انقصت منه
وهي ان كانت فاسدة تحت شمول العدم وان كانت صحيحة تحت شمول الوجوب قلت هي صحيحة
من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من
حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا انقصت لانضمام
رضاها اليه م بخلاف البيع ش هذا جواب عن قياس زفر بيانه ان قياسه على البيع غير صحيح
لانه ش اى لان العوض في البيع الفاسد م مال متقوم في نفسه فيقدر بدله بقيمته ش
اى يقدر ويتمدد بالغة ما بلغت م وعليها ش اى على المراة المدكورة التي دخل بها في النكاح الفاسد
م العدة الحاقا للشبهة ش اى لشبهة النكاح م بالحقيقة ش اى بحقيقة النكاح
في موضع الاحتياط ش لان النسب امر يحتاط في اثباته احيا للولد فيجب العدة حفظا م وتحرزا
عن اشتباه النسب ش اى عن اختلاطه والنسب مما يحتاط فيه م ويعتبر ابتداها ش
اى ابتدا العدة م من وقت التفريق ش اى من وقت تفريق القاضي او العزم على ترك الوطى
م لا من اخر الوطيات هو الصحيح ش احترز به عما حكي عن ابي القاسم الصفار انه يعتبر من
اخر الوطيات وهو قول زفر رحمه الله ولهذا قال الاكمل قوله هو الصحيح احترازا عن قول زفر
وكذا قاله الاترازي حتى لو حاضت من اخر الوطيات ثلاث حيض قبل التفريق فقد انقضت
عدتها ذكره في المبسوط م لانها ش اى لان العدة م تجب باعتبار شبهة النكاح ش يعني من
حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول م ورفعها ش اى رفع شبهة النكاح م بالتفريق
م وتثبت نسب ولدها ش منه م لان النسب يحتاط في اثباته احيا للولد لان الولد الذي
ليس له اب معروف كالميت لانه ليس له من يربيه ولا من يطعمه ويسقيه م فتعتبر ش
اى ثبوت النسب م على الثابت من وجه ش وهو النكاح الفاسد م وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول
ش يعني يعتبر مدة النسب وهي ستة اشهر من وقت دخل الرجل عليها ولا يعتبر من وقت العقد
وعندهما من وقت النكاح وهو بعيد لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه اشار بقوله م الى الوطي
ش ولهذا لا يثبت حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد حتى يكون منه مس او تقبيل م وعليه
الفتوى ش اى على قول محمد قاله ابو الليث م والاقامة باعتباره ش يعني اقامة العقد مقام
الوطي في النكاح الصحيح باعتبار ان العقد داع الى الوطي والنكاح الفاسد ليس بداع الى الوطي
لكونه حراما واجب الدفع فلا يقام العقد مقام الوطي ولا يعتبر المدة من حين العقد م قال
ش اى القدوري م ومهر مثلها ش اى مهر مثل المراة م يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها ش
المراد باخواتها لابيها وامها او لابيها ولذا عماتها هن اخوات ابيها لابيه وامه او لابيه وبه قال
الشافعي واحمد وعامة اهل العلم **وفي المبسوط** يعتبر بعشيرتها من جهة ابيها كاخواتها
لابيها وامها او لابيها وعماتها وبنات اعمامها ومثله في المحيط وقال وعماتها وبنات عمها
وهو محمول على ما اذا كان ابا ومن من قبيلها م لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل
نسائها ش هذا الحديث اخرجه الاربعة من سننهم عن سفيان بن منصور عن ابراهيم عن علقمة
واللفظ للترمذي قال **سئل** ابن مسعود عن رجل يزوج امراة ولم يفرض لها صداقا ولم
يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها
العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
في بروع بنت واشق امراة منا مثل ما قضيت ففرح بها ابن مسعود وقال الترمذي حديث
حسن صحيح وقال شيخنا زين الدين اختلف الائمة في تصحيح هذا الحديث او تعليله فقال

الشافعي رحمه الله فما رواه عنه البيهقي في السنن والمعرفة ولم احفظه من وجه يثبت مثله قال
وهو مرة يقال عن معقل ابن يسار ومرة عن معقل بن سنان ومرة عن بعض اشجع لا يسمى قال بالا
في تسمية روايه انتهى قلت قد صححه اكثر اهل الحديث الترمذي وابن حبان وابو عبد الله بن الاخرم
النيسابوري وابو عبد الله الحاكم والبيهقي وقال البيهقي وهذا الاختلاف في تسمية من روى
قصة بروع بنت واشق عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يوهن الحديث فان اسانيد هذه الروايات
صحيحة وفي بعضها ان جماعة من اشجع شهدوا بذلك فبعضهم سمى هذا وبعضهم سمى اخر وكلهم
ثقة ولولا ثقة من رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لما كان عبد الله بن مسعود يفرح بروايته
وحكى الحاكم في المستدرك عن شيخه ابي عبد الله محمد بن يعقوب الحافظ انه قال لو حضرت
الشافعي رحمه الله لقمت على رؤوس اصحابه وقلت قد صح الحديث فقل به وقال الترمذي
وروي عن الشافعي انه رجع بمصر بعد عن هذا القول وقال بحديث بروع بنت واشق وقال الترمذي
والعمل به على هذا عند بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم وبه يقول الثوري
واحمد واسحق وقال بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم علي بن ابي طالب وزيد بن ثابت
وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم اذا تزوج الرجل المراة ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقا حتى مات
قالوا لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة وهو قول الشافعي رحمه الله **قلت** ومعقل بفتح الميم
وسكون العين المهملة وكسر القاف ابن سنان الاشجعي وليس له في الكتب الا هذا الحديث شهد الفتح
وكان حامل لوا قومه يومئذ ونزل الكوفة وقدم المدينة فقتل بها يوم الحرة صبرا قتله
مسلم بن عقبة الذي يقال له مسرف بن عقبة وقصة قتله مساحق ابن نوفل وله قصة ذكرناها في
التاريخ الكبير وبروع المشهور فيها عند اهل الحديث كسر البا الموحدة وسكون الرا ثم واو مفتوحة
ثم عين مهملة قال الجوهري اهل الحديث يقولونه بكسر البا والصواب بالفتح لانه ليس في الكلام
فعول الا خروع بنت معروف وعتود اسم واد هكذا قال صاحب الحكم وواشق بالشين المعجمة
وهي اشجعية وذكرها ابن حبان في الصحابة **قوله** لا وكس ولا شطط اي لا نقصان ولا زيادة
والوكس بفتح الواو وسكون الكاف وبالسين المهملة هو النقصان والشطط بفتح الشين المعجمة
والطا المهملة وتكرارها الجور والزيادة م وهن اقارب الاب ش وهذا اي نساؤها اقارب الاب م ولان
الانسان من جنس قوم ابيه ش لان جنس قوم الاب لا يرى ان الام قد تكون امة والابنة قرشية
تبعا لابيها م وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ش اي من جنس ذلك الشيء ولا يعرف بالنظر في قيمة غير جنسه م ولا يعتبر بامها وخالتها
اذا لم يكونا من قبيلتها ش بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها وخالتها يكونان من قبيلتها
وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وخالتها ونسائها من قوم امها م لما بينا ش اشار الى قوله وقيمة الشيء
انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه م فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها
لانها من قوم ابيها ش لان الانسان من جنس ابيه ولهذا كان الذي من تولى من خلفاء بني العباس
من الامرا ولم يخرجوا بذلك من ان يكونوا بني هاشم والهاشمية لو ولدت من نبطي كان ولدها
نبطيا م ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المراتان في السن والجمال والمال والعقل والدين
والبلد والعصر والعفة ش وهي ثمانية اشيا وفي المنتقى يعتبر المماثلة في خمس عشرة خصلة
الجمال والحسب والمال والعقل والدين والعلم والادب والتقوى والعفة وكمال
الخلق وحداثة السن والبكارة وحال الوقت وحال الزوج وان لها ولد **وفي المحيط**
والمرغيناني قيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف وانما يعتبر ذلك في اوساط الناس
اذ الرغبة فيهن للجمال بخلاف بيت الشرف وفي المحيط فان لم يوجد في قرابتها في بلدها من
هي مثل حالها يعتبر بمثلها من الاجنبيات وفي حرانة الاكمل امراة لا مثل لها في الجمال وما لها
في قبيلتها ينظر الى قبيلة اخرى مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة لا يعتبر بالاجنبيات م لان
مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف ش اشار به الى الاوصاف الثمانية المذكورة قال الغنية
ينكح باكثر مما ينكح الفقيرة وكذا الشابة مع العجوزة والحسنا مع الشوها وكذا البواقي م

اضطراب

لايكون

وكذا اختلف باختلاف الدار والعصر ش اراد بالدار البلد ويعتبر ان يكون من نسى محالها في بلدها حتى لو
بعتبر مهرها بمهر عشيرتها في بلدة اخرى فان لم توجد فيهم من يماثلها اعتبر بالاجانب من بلدها
باجماع الايمة تحصيلا للمقصود بقدر الوسع كذا في المبسوط وفي المحيط والذخيرة يعتبر حالها
بمن هي مثلها في هذه الصفات يوم التزوج قوله والعصر اى وباختلاف العصر اى الزمان م
قالوا ش اى اصحابنا م ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه ش اى لان الشاذ م يختلف
باختلاف البكارة والثيوبة ش قال صاحب المغرب الثيب في النسا التي قد تزوجت فبانت
بوجه والجمع ثيبات والثيابة والثيوبة في مصدرها فليس من كلامهم وقال الجوهري
رجل ثيب وامراة ثيب الذكر والانثى فيه سوا م واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه ش يعني اذا
زوج الولي ابنته وضمن لها المهر صح ضمانه سوا كان الزوج صغيرا او كبيرا وسوا كان من
جانب الزوج او الزوجة لكن في الصغيرة اذا زوجها ابوها فللمراة ان تطالب الاب بالمهر وان لم
يضمنه باللفظ ذكره في شرح الطحاوي والتتمة م لانه ش اى لان الولي م من اهل الالتزام ش
لانه عاقل بالغ وصح نفسه زعيما والزعيم غارم بالحديث م وقد اضافه الى ما يقبله ش
اى اضاف الالتزام او الضمان الى شي يقبل الضمان وهو المهر وذلك لان المهر دين م فيصح ش
اى الضمان فيه بخلاف ما اذا باع الاب مال ولده الصغير وضمن الثمن عن المشتري لم يصح فلو
صح الضمان كان ضامنا لنفسه ولا يصح على ما يجي عن قريب م ثم المراة بالخيار في مطالبتها
زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ش بان الحكم في الكفالة مطلقا اى المكفول له
ان شا طالب الكفيل وان شا طالب الاصيل على ما عرف في موضعه م ويرجع الولي اذا اد
ش اى اذا ادى الولي المهر الى البنت م على الزوج ش يتعلق بقوله يرجع م ان كان ش الضمان
م بامره ش اى بامر الزوج م كما هو الرسم ش اى العادة المستمرة م في الكفالة ش ان
الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره م وكذلك يصح هذا الضمان ش اى ضمان المهر وان
كانت المزوجة صغيرة ش او كبيرة بكرا م بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن
ش فانه لا يصح ضمانه والفرق هو قوله م لان الولي سفير ومعبر في النكاح ش ولهذا لو كيل الزوج
لا يجبر على تسليمها ووكيل الزوج لا يطالب بالمهر م وفي البيع عاقد ش اى الولي في البيع
عاقد م ومباشر ش اصيل في حقوقه حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ش
وحقوق العقد مثل تسليم المبيع وتسليم الثمن ونحوهما وفي الغاية هذا فيما اذا زوج
الصغيرة وضمن لها المهر عن الزوج اما اذا زوج ابنه الصغير في حال صحته وضمن عنه لزوجته
المهر يصح اذا قبلت المراة ذلك ولم يتعرض له المصنف واذا ادى الاب بعد ذلك لم يرجع
على الابن استحسانا وفي القياس يرجع لان غير الاب لو ضمن باذن الاب وادى يرجع في
مال الصغير فكذلك الاب وهذا استحسان ان الابا يتحملون المهور عن ابنايهم عادة ولا يطمعون
في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع في اصل الضمان فحينئذ
يرجع بخلاف الوصي اذا ادى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع لان التبرع من الوصي لا يوجد
عادة هذا اذا ادى الاب بعد البلوغ اما اذا كانت قبل الاد فللمراة الخيار ان شات
اخذت المهر من الزوج وان شات استوفت ذلك من التركة قال في المبسوط يرجع
ساير الورثة بذلك في نصيب الابن او عليه ان كان قبض نصيبه وقال زفر لا يرجعون
ولم يذكر خلاف ابي يوسف فيه وفي الكافي للحاكم الشهيد ايضا وذكر الامام الولوالجي في فتاواه
ذكر خلاف ابي يوسف كما هو مذهب زفر وكذا الاسبيجابي خلاف ابي يوسف في خلاصة الفتاوى
معزيا الى المحيط ان الخصاف ذكر ذلك واذا كان الضمان من الاب في مرض الموت فهو باطل
وكذلك كل ضمان في مرض الموت عن الوارث فهو باطل والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك
لانه ولي عليه كالصغير سوا كان الجنون اصليا او عارضا ولو زوج الاب طفله الفقير امراة
بمهر معلوم لا يلزم المهر اباه الا اذا ضمن وقال مالك والشافعي في القديم المهر على الاب لانه
ضمن لانه قلنا الصداق شرط من اخذ الساق فلا اثر م ويصح ابراوه ش اى ابرا الاب الثمن

عن المشتري م عند ابي حنيفة ومحمد ش وذكر شمس الايمة السرخسي في مبسوطه صحة الابرا
ولم يذكر الخلاف م ويملك قبضه بعد بلوغه ش اى يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير هذا
ايضاح لرجوع العهدة على العاقد في البيع م فلو صح الضمان ش اى ضمان الاب الثمن عن المشتري في
البيع م يصير ضامنا لنفسه ش فلا يصح وقد مر بيانه م وولاية قبض المهر للاب ش هذا جواب عن
سوال مقدر تقديره ان يقال لم قلتم ان الاب سفير لا يرجع حقوق العقد اليه وله ولاية
قبض مهر الصغير وقال الكاكي تقرير السوال ان يقال الاب يملك قبض الصداق كالوكيل
يملك قبض الثمن فلو صح ضمانه يصير ضامنا لنفسه وذا لا يجوز هناك وكذا في الاب فاجاب عنه
بقوله وولاية قبض المهر للاب م بحكم الابوة ش اى بولاية الابوة م لا باعتبار انه عاقد ش
ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عند علمائنا وعند زفر وهو قول ابي يوسف الاخر
يشترط وفي المرغيناني لا يشترط ولم يحك خلافا م الا ترى انه ش اى ان الاب م لا يملك
القبض ش اى قبض المهر م بعد بلوغها ش اى عند نهيها اياه عن القبض فلو كان باعتبار انه
عاقد لا يقبض بعد البلوغ ايضا كما في قبض ثمن المبيع وقال الولوالجي في فتاواه للاب ان يطالب
البكر وان كانت كبيرة والقياس ان لا يطالب لان ولاية الاب تنقطع عنها بالبلوغ ووجه الاستحسان
ان العادة فيما بين الناس ان الابا يقبضون صداق البنات ويجهزون بها البنات والبنت تكون
راضية بتصرف الاب لانها تستحي عن المطالبة بنفسها ولو نهت اباها عن قبض الصداق لا يملك
الاب المطالبة وليس لاحد من الاوليا ان يقبض على الجارية المدركة مهرها الا بوكالة منها
سوى الاب ثم الاب في حق البكر البالغة انما يملك قبض صداقها المسمى لا غير حتى ان المسمى اذا كان
لا يملك قبض السود لانه استبدال والاب لا يملك الاستبدال قال شمس الايمة السرخسي هذا
مما تمت علماينا وروي عن علما بلخ انهم جوزوا ذلك حتى لو قبض بعض الصداق من جنس المسمى
وبالنصف متاعا يجوز قال هذا ارفق بالناس وقال في الفتاوى الصغرى لو قبض السود مكان
البيض او على العكس لا يجوز وان قبض المتاع لا يجوز الا في موضع جرت العادة كما في رستاقنا
يا خذون بعض المهر متاعا م فلا يصير ضامنا لنفسه ش توضيح لما قبله م قال ش اى محمد في
الجامع الصغير م وللمراة ان تمنع نفسها ش اى من الزوج م حتى ياخذ المهر ش هذا اذا كان المهر عاجلا
اما اذا كان موجلا ففيه اختلاف بين اصحابنا م وتمنعه ش اى وطا ايضا ان تمنع زوجها م ان يخرجها
اي يسافر بها ش فسر عدم الاخراج بعدم المسافرة م لتعين حقها في البدل ش اى لتعين حق
المراة في المهر م كما تعين حق الزوج في المبدل ش وهو البضع م وصار كالبيع ش يعني ان البايع
يحبس المبيع لطلب الثمن فلذلك المراة تحبس بضعها لطلب المهر م وليس للزوج ان يمنعها من
السفر والخروج من منزله ش اى من منزل الزوج م وزيارة اهلها ش اى وليس له ايضا ان
يمنعها من زيارة اهلها م حتى يوفيها المهر كله اى المعجل ش اى المعجل من المهر م لان حق الحبس
لاستيفا المستحق ش اى لان حق الحبس للزوج لاجل ان يستوفي منها مستحقه وهو الانتفاع ببضعها
م وليس له حق الاستيفا قبل الايفا ش اى قبل ان يوفي حقها وهو المهر وفي المحيط وتخرج في
حوائجها وزيارة اهلها ونسائها وغيرها بغير اذنه حتى يوفيها جميع المهر والطاهر ان التاكيد في كل المهر على المعجل
منه م ولو كان المهر كله موجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاط حقها بالتاجيل ش اى لاسقاطها حق
طلبها بسبب تاجيل المهر وبه قال الشافعي ومالك واحمد م كما في البيع ش يعني ان الثمن اذا كان موجلا
ليس للبايع ان يحبس المبيع فلذلك لا تحبس المراة نفسها اذا كان المهر موجلا م وفيه خلاف ابي
يوسف ش فانه اذا قال لها ان تمنع نفسها اذا كان المهر موجلا الى اجل معلوم سوا كانت المدة قصيرة
او طويلة لان ملك البضع لا يتعرى عن ملك البدل وعند ابي حنيفة ومحمد ليس لها ان تمنع نفسها لانها
رضيت باسقاط حقها فلا تمنع نفسها وبه قال الشافعي واحمد ومالك م وان دخل بها فكذلك الجواب
ش اى كما ان للمراة ان تمنع نفسها حتى ياخذ المهر وتمنعه من ان يخرجها فيما قبل الدخول بالاتفاق
فكذلك بعد الدخول عند ابي حنيفة وهذا قول ابي حنيفة احوالها في الايضاح م وقالا ليس
لها ان تمنع نفسها ش وهو قول ابي حنيفة اولا م والخلاف ش اى الخلاف المذكور بين ابي حنيفة وصا

م فنماذا كان الدخول برضاها حتى اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها
في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف ش المذكور م الخلوة بها برضاها م مثل الخلاف في الدخول
م ويبتني على هذا ش الخلاف م استحقاق النفقة ش فعند ابي حنيفة اذا منعت نفسها
بعد الدخول لا يسقط نفقتها لان المنع بحق وعندهما لا نفقة لها وقال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير كان ابو القاسم الصفار يفتي في المنع بقول ابي يوسف ومحمد وفي السفر
بقول ابي حنيفة ثم قال وهذا احسن في الفتيا يعني بعد الدخول لا تمنع نفسها لطلب المهر ولو
منعت لا نفقة لها ما لم تنفذ منهما ولا يخرجها الزوج الى السفر وتمنع المراة من ذلك لطلب المهر
فاذا امتنعت لا تسقط نفقتها كما هو مذهب ابي حنيفة م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان
المعقود عليه ش وهو البضع م كله قد صار مسلما اليه ش اي الى الزوج م بالوطئة الواحدة وبالخلوة
ولهذا ش اي ولاجل كون المعقود عليه مسلما بالوطئة الواحدة وبالخلوة م يتاكد لها ش اي بالوطئة
الواحدة وبالخلوة م جميع المهر ش فاذا كان الامر كذلك م فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم
المبيع ش اي باختياره قبل قبض الثمن م وله ش اي ولابي حنيفة م انها اي المراة م منعت منه
ش اي من الزوج ما قابل البدل ش وهو البضع م لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى ش على
صيغة المجهول اي فلا يخلى البضع المحترم م عن العوض ش يعني لا يجوز اخلاؤه عن العوض م ابانة لخطره
ش اي لاجل الابانة لخطر البضع الذي هو المحل المحترم م والتاكيد في الواحدة ش هذا جواب عن قولهما
ولهذا يتاكد لها جميع المهر تقريره ان التاكيد اي تاكيد المهر بالوطئة الواحدة م لجهالة
ما وراءها ش اي لاجل جهالة ما وراء الوطئة الواحدة م فلا يصلح مزاحما للمعلوم ش لان المجهول لا
يزاحم المعلوم م ثم اذا وجد آخر ش اي وطي آخر م فصار معلوما تحققت المزاحمة ش فيزاحم
الاول لكونه معلوما ويصير المهر مقابلا به وبالاول واذا وجد آخر فكذلك م وصار المهر مقابلا
بالكل ش اي بكل الوطئات ونظير ذلك بقوله م كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ش اي
بنفس الجناية م ثم اذا جنى اخرى ش اي جناية اخرى م واخرى ش اي وجناية اخرى الى ما لا يتناهى
م يدفع بجميعها ش اي بجميع الجنايات م واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء ش اي اذا وفى الرجل
امراته مهرها المعجل لذا قيده الكاكي م نقلها الى حيث شاء ش من البلاد م لقوله عز وجل اسكنوهن
من حيث سكنتم ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد واصحابهم م وقيل ش قائله الفقيه ابو
ابو الليث رحمه الله وقال الاترازي هو قول محمد بن سلمة قلت لا نص ذلك لان كلا من ابي الليث ومحمد
ابن سلمة قائل بذلك م لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذي ش وذكر في فصل الاستروشني
خلافا الى العدة الزوج اذا اراد ان يخرج المراة الى بلد اخر وقد اوفاها مهرها ليس له ذلك هكذا
اختاره ابو الليث رحمه الله وقال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول
الفقيه قال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وذكر في التجنيس والفتوى على ان للزوج ان
يسافر بها اذا اوفاها المعجل لقوله تعالى اسكنوهن الاية ولان الغريب يؤذي فان قيل هذا
التعليل معارض لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم فلا تعمل قولنا قوله اسكنوهن من حيث
سكنتم مقيد بالنص من الاضرار بدليل سياق الاية وهو قوله ولا تضاروهن وفي النقل الى
بلد اخر اضرار ولهذا جاز الاخراج برضاها وفي المحيط المختار للمشايخ انه لا يخرجها من
بلدها وجواز النقل ظاهر الرواية وقال صاحب ملتقى البحار وافتى ائمة بلخ بتمكين نقلها اذا اوفاها
المعجل والمؤجل وكان مامونا ولا يتمكن اذا اوفاها المعجل دون المؤجل م وفي قرى المصر القريبة
ش اي ما دون مدة السفر م لا تتحقق الغربة ش لقرب المسافة بخلاف مدة السفر وما فوقها وسئل
ابو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذاك نقلة
وليس بسفر فاخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بنقلة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م
ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر ش اي الزوجان اختلفا في كمية المهر بان قال الرجل تزوجتك
بالف وقالت المراة بالفين م فالقول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر
المثل ش وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان كما في البيع ولا يفسخ النكاح سواء كان الاختلاف بعد

الدخول

الدخول او قبله ويجب مهر المثل وقال مالك ان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج
وكذا لو كان بعد موتهما وان كان قبل الدخول يتحالفان ويفسخ النكاح بناء على اصله ان فساد
الطلاق يوجب فساد النكاح وهذه المسئلة على وجوه ذكرت بعضا منها ما اذا قال الزوج الف
والمراة قالت الفان وكان هذا بعد الدخول قبل الطلاق او بعده يحكم مهر المثل حتى لو كان
مهر المثل الفا او اقل فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة بالله ما تزوجها على الفين وان
نكل اعطاها الفين على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها وان حلف لا يثبت الفضل
وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما جميعا كانت بينة المراة اولى لانها اكثر اثباتا كالبائع
والمشتري اذا اقاما البينة على مقدار الثمن يكون بينة البائع اولى لما قلنا هذا اذا كان مهر المثل
الفا او اقل واذا كان الفين او اكثر فالقول قولها مع اليمين ما رضيت بالف لانها منكرة للحط الذي
يدعيه الزوج فان نكلت يجب لها الالف باعتبار التسمية وان حلفت ثبت لها الالفان الف
منهما باعتبار التسمية والف اخر باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار في هذه الالف ان شاء
اعطاها دراهم كما سماها وان شاء اعطاها من الدنانير ما يساوي الف درهم فايهما اقام البينة
على دعواه قبلت بينته لان كل واحد منهما مدع ظاهرا وان اقاما جميعا فبينة الزوج اولى وهو الصحيح
واذا كان مهر مثلها الفا وخمسمائة يجب التحالف ويبتدا التحالف بالغريمة ولم يتعرض له المصنف
فان نكل الزوج ثبت الالفان تسمية وان نكلت المراة ثبت الالف وان حلفا جميعا يجب الف وخمسمائة
الالف باعتبار التسمية وخمسمائة باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار فيها وايهما اقام البينة
قبلت بينته وان اقاما جميعا تهاترت البينتان للتعارض ووجب مهر المثل ويخير الزوج فيها
م وان طلقها قبل الدخول فالقول قوله في نصف المهر ش هذا وجه اخر من الوجوه المتعلقة بهذه
المسئلة صورته قال الزوج تزوجتك بالف وقالت المراة لا بل بالفين وطلقها قبل الدخول فالقول
قول الزوج في نصف المهر ولا يحكم متعة مثلها هذه على رواية الجامع الصغير والمبسوط وقال في الجامع
الكبير يحكم متعة مثلها فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه وان كانت بين الامرين حلف كل واحد
منهما م وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ش اي هذا المذكور من قوله ومن تزوج امراة الى هنا
عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال احمد في رواية وانما حصرهما بالذكر لان عند ابي يوسف القول قول الزوج
في جميع الصور م وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق وقبله ش اي القول قول الزوج مع يمينه
سواء كان الاختلاف بعد الطلاق او قبله وبه قال احمد في رواية م الا ان يأتي بشيء قليل ش اختلفوا
في معنى الشيء القليل فقال المصنف م ومعناه ش اي معنى الشيء القليل على ذلك المهر م ما لا يتعارف مهرا
لها ش يعني تفسير القليل ان يذكر الزوج شيئا لا يتزوج مثل تلك المراة وقال الاترازي اي معنى قول
ابي يوسف الا ان يأتي بشيء قليل عادة وقيل معناه ما دون العشرة لانه مستنكر شرعا وروي هذا
عن ابي يوسف وفي قاضي خان في تفسير المستنكر عن ابي يوسف روايتان احدهما ما دون العشرة
والثانية ما لا يتزوج على مثله وهذه هي الصحيحة اشار اليه المصنف بقوله م هو الصحيح ش وكذا
قال في البدائع هو الصحيح وفي المحيط وقاضي خان هذا اصح ويحكى عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله هكذا
م لابي يوسف ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه
الظاهر فيه ش كما اذا قال بل من عشرة دراهم لان ظاهر الشرع يكذبه وظاهر الحال يكذبه م وهذا ش اي
هذا الذي ذكره ابو يوسف م لان تقوم منافع البضع ضروري ش لانه ليس بمال وانما يتقوم تعظيما
لخطره وقال الاترازي يعني لضرورة التوالد والتناسل م فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه
ش اي الى مهر المثل لان مهر المثل انما يعتبر عند انعدام التسمية وقد اتفقا على اصل التسمية فلا
يحكم بمهر المثل م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر ش
يعني ظاهر الحال م والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه ش اي لان مهر المثل م هو الموجب
الاصلي في باب النكاح ش شرعا م وصار كالصباغ مع رب الثوب ش بيانه ان رب الثوب قال
صبغته بدرهم وقال الصباغ بدرهمين فهو معنى قوله م اذا اختلفا في مقدار الاجر ش اي
الاجرة م يحكم ش على صيغة المجهول من التحكيم م قيمة الصبغ ش فينظر الى ما زاد الصبغ في قيمة

الثوب بأن كان ذ يما اوالكثر اعطي ذلك ويحلف بالله ما صبغته بما ادعى رب الثوب ويحلف رب الثوب بالله ما صبغته باكثر من ذلك وذلك لان الصبغ عين مال قائم موجب الرجوع الى قيمته وتحكيمه كذا ذكره القدوري في شرح كتاب الاستحلاف م ثم ذكر ش اي محمد رحمه الله م ههنا ش اي في المسئلة وفي بعض النسخ ثم انه وضعها م ههنا م اي بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله ش اي قول الزوج م في نصف المهر ش عند ابي حنيفة ومحمد لا يحكم متعة مثلها م وهذا رواية م الجامع الصغير والاصل ش اي المبسوط م وذكر ش اي محمد م في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها ش فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه وان كانت بين الامرين حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح م وهو قياس قولهما ش اي قول ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما لان على قول ابي يوسف القول قول الزوج لان موجبه ش اي موجب النكاح م بعد الطلاق ش قبل الدخول م كمهر المثل قبله ش اي قبل الطلاق م فيحكم ش اي المتعة م كما هو ش اي كمهر المثل قبل الطلاق م ووجه التوفيق ش اي بين رواية الاصل والجامع الكبير م انه ش اي ان محمدا م وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ش اي تحكيم المتعة لان الزوج معترف بنصف الالف م ووضعها ش اي المسئلة م في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل ش اي المبسوط وهو المتعارف اذ المتعارف هو الاختلاف في الالوف وقيل المبسوط صنف اولا ثم الجامع الصغير فيكون المذكور في المبسوط كالمعهود فيحمل عليه وقيل في المسئلة روايتان م وشرح قولهما ش اي قول ابي حنيفة ومحمد م فيما اذا اختلفا ش اي الزوجان في حال قيام النكاح ش هذا وجه اخر من الوجوه المتعلقة بالمسئلة المذكورة وهو ان الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر قبل الطلاق م ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة الفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل ش اي من الالف م فالقول قوله م اي مع اليمين لان الظاهر شاهد له لان في الادعاء القول لمن يشهد له الظاهر م وان كان ش اي مهر مثلها م الفين او اكثر فالقول قولها ش اي قول المراة اي مع يمينها م وايهما ش اي اي الزوجين م اقام البينة في الوجهين ش اي فيما اذا كان مهر المثل الفا او اقل وفيما اذا كان الفين او اكثر م يقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول ش اي فيما اذا كان مهر مثلها الفا او اقل تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة م وفي الثاني ش اي فيما اذا كان مهر مثلها الفين او اكثر م تقبل بينته لانها تثبت الحط ش اي حط احد الالفين م في الاصل في هذا هو ان البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا م وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة ش هذا وجه اخر من الوجوه المتعلقة بالمسئلة المذكورة م تحالفا ش لان المراة تدعي الزيادة عليه وهو ينكر والزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر وينبغي ان يفرع القاضي في البداية بالحلف ذكره في جامع قاضي خان والقرعة مستحبة ولكن يبتدأ بيمين الزوج شاذ وعند الامام المحبوبي يبدأ بيمين الزوج لانه اشدهما انكارا وقال مالك يبدأ بتحليفهما في المشهور كالبايع م فاذا حلفا يجب الف وخمسمائة ش يجب الف بطريق التسمية لاعتراف الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف ويجب خمسمائة باعتبار مهر المثل بخبر فيها الزوج وان اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضي بالف وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد في هذا الفصل ان بينة المراة اولى لاثباتها الزيادة م هذا تخريج الرازي ش اي وجوب التحالف في فصل واحد وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما هو تخريج الشيخ ابي بكر الجصاص احمد بن علي الرازي من كبار علماء العراقيين صاحب التصانيف الفائقة ولد سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلاثمائة م وقال الكرخي ش هو الشيخ ابو الحسن الكرخي استاذ المحققين وهو استاذ ابي بكر الرازي ولد سنة ستين ومائتين ومات سنة اربعين وثلثمائة م يتحالفان في الفصول

٤٥

الثلاثة ش اي فيما اذا كان مهر المثل الفا او اقل والفين او اكثر او الفا وخمسمائة م ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ش لانهما لما حلفا تعذرت التسمية فيحكم مهر المثل فيقبل قول من يشهد له م ولو كان الاختلاف في اصل المسمى ش هذا وجه اخر من الوجوه المتعلقة بالمسئلة المذكورة اي ولو كان اختلاف الزوجين في اصل المسمى بان يدعي احدهما التسمية وانكر الاخر م يجب مهر المثل بالاجماع ش لانه لا يمكن المصير الى المسمى مع وجود الشك ولو كان قبل الدخول يجب المتعة بالاجماع وهكذا علله بعضهم وعلل المصنف بقوله م لانه هو الاصل عندهما ش اي لان مهر المثل هو الاصل عند ابي حنيفة ومحمد م وعنده ش اي وعند ابي يوسف م لتعذر القضاء بالمسمى ش مع وجود الشك في وجوده م فيصار اليه ش اي الى مهر المثل وتعليل المصنف طعم ذلك في وجوب مهر المثل بالاجماع في هذه الصورة فافهم م ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما ش اي بعد موت احد الزوجين وهذا ايضا وجه من الوجوه المتعلقة بالمسئلة المذكورة صورته اختلف بينهما مع ورثة الميت م فالجواب فيه ش اي في هذا الوجه م كالجواب في حال حياتهما ش اي حال قيام النكاح في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله المتعة بلا خلاف وعلل المصنف بقوله م لان اعتبار المثل مهر لا يسقط بموت احدهما ش اي احد الزوجين كما في المفوضة وهي التي فوضت نفسها من رجل بغير مهر اذا مات احدهما يجب مهر المثل بالاجماع م ولو كان الاختلاف بعد موتهما ش اي بعد موت الزوجين بان اختلفت ورثتهما م في المقدار ش اي في مقدار المسمى م فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ش مع اليمين لانكارهم الزيادة ولا حكم بمهر المثل لانه سقط اعتباره بموتهما وعند ابي يوسف القول قول الزوج ايضا الا ان ياتوا بشيء قليل م ولا يستثنى القليل ش اي على مذهب ابي حنيفة بل يصدق ورثة الزوج وان ادعوا شيئا قليلا م وعند محمد الجواب فيه ش اي في هذا الوجه م كالجواب في حال الحيوة ش يعني ان القول قول ورثة المراة الى مهر المثل وفيما زاد على ذلك القول قول ورثة الزوج م وان كان ش اي وان كان اختلاف الورثة م في اصل المسمى ش اي في اصل التسمية بان ادعى ورثة احدهما اصل المسمى م فعند ابي حنيفة رضي الله عنه القول قول من انكره ش اي من انكر اصل المسمى م ولا يقضى بشيء لانه لا يقضى بمهر المثل بعد موتهما عنده وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك واحمد وعليه الفتوى لكن الشافعي رحمه الله يقول بعد التحالف وعندنا ومالك واحمد لا يجب التحالف م فالحاصل انه لا يحكم بمهر المثل عنده ش اي عند ابي حنيفة م بعد موتهما ش اي بعد موت الزوجين واستدل في الاصل فقال الا يرى ان ورثة علي بن ابي طالب رضي الله عنه لو ادعوا على ورثة عمر بن الخطاب رضي الله عنه مهر ام كلثوم بنت علي رضي الله عنهما لم اقض لهم في ميراث عمر الا ان يقوموا البينة على مهر مسمى م على ما نبينه من بعد هذا ان شاء الله تعالى ش اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة التي هي هذه المسئلة وهذا ايضا وجه من الوجوه المتعلقة بالمسئلة المذكورة م واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ش اي والحال ان الزوج قد سمى للمراة مهرا م فلورثتها ان ياخذوا ذلك ش اي المسمى م من ميراث الزوج ش انما ياخذ الورثة جميع المسمى من ميراث الزوج اذا ماتا معا او لم يعلم سبق احدهما او علم ان المراة ماتت اولا تسقط من المهر قدر نصيب الزوج من التركة لانه ورث دينا على نفسه على ما يجيء الان م وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لورثتها المهر في الوجهين ش اي فيما اذا سمى وفيما اذا لم يسم م معناه المسمى ش اي معنى قولهما يجب المسمى م في الوجه الاول ش اي فيما اذا سمى م ومهر المثل ش اي يجب مهر المثل م في الوجه الثاني ش اي فيما اذا لم يسم م اما الاول ش وهو وجوب المسمى م فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا ش الا استثناء من قوله فيقضى من تركته م فيسقط نصيبه من ذلك ش اي نصيب الزوج اي من المهر الذي عليه قدر نصيبه من تركة المراة وقد ذكرناه الان م واما الثاني ش وهو وجوب مهر المثل م فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ش فيه لا يسقط

جواب

علم ان الزوج مات اولا لان المسمى
دين في الذمة وقد تقرر بالموت وان صح

بالاتفاق م ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فمهر من يقدر القاضي مهر المثل
ش اراد ان بانقراض الاقران لا يجد القاضي امرأة من اقرانها حتى يقدر مهر مثلها بمثل المرأة
وقيل اذا لم يتقادم العهد يقضي بمهر المثل عنده ايضا قلت قوله فمن يقدر القاضي مهر
المثل يشير الى تقادم العهد ومرور الزمان الطويل حتى لو لم يتقادم العهد يقضي بمهر مثلها عنده
ايضا قال البيهقي والتعليل الذي قال هذا يدل على سقوط مهر المثل بموتهما تقادم او لا
وفي النكاح اختلفا في قدر المهر او في صفته حال حياتهما ويفسخ المهر ووجب المثل ولذا لو انكر التسمية
على الاصح وكذا لو اختلف ورثتهما او وارث احدهما مع الاخر وفي المغني لو قال لم يكن لها صداق
فالقول قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر المثل وبه قال ابن جبير وابن شبرمة وابن ابي ليلى
وابن حنبل وابن راهويه وهو قول الشعبي والثوري والشافعي رحمه الله وحكي عن فقهاء المدينة
السبعة ان بعد الزفاف القول قوله وان الدخول يقطع الصداق وبه قال اصحابه كانت العادة
بالمدينة تعجيل الصداق وفي الجواهر لو اختلفا بعد زوال العصمة بطلاق او فسخ او موت
فالقول قول الزوج مع يمينه ولو ادعت التسمية وانكر فالقول قوله الا ان يكون العادة خلاف
قوله م ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو
المملك ش بكسر اللام صيغة اسم الفاعل من التمليك م فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر ش
اي كيف لا يكون القول قول الزوج والظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب ش عن ذمته فيكون
القول قول من يشهد له الظاهر والواو في وان الظاهر للحال وان بكسر الهمزة وانه بفتح الهمزة
م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م الا في الطعام الذي يؤكل ش كالحمل المشوي والدجاجة
المشوية والحلوا والخبيصة والخبز واللحم وسائر الاطعمة والفواكه الرطبة ومما لا يبقى م
فان القول قولها ش وكذا ذكر المرغيناني وفي فتاوى قاضي خان وفي المهيأ للاكل وما لا يدخر فالقياس
كما تقدم وفي الاسبيجابي القول قولها فيه م والمراد ش اي المراد من الطعام الذي يؤكل هو
ما يكون مهيا للاكل ش اي معدا للاكل مما يتسارع اليه الفساد م لانه يتعارف هدية ش
اي لان مثل هذه الاشياء عرفت هدية فالقول قولها فيها م فاما الحنطة والشعير فالقول قوله
ش فيها ولها اي الدقيق والشاة الحية والسمن والعسل ومما له بقاء لما بينا ش اشار به الى قوله
وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب م وقيل ش قائله ابو القاسم الصفار م ما يجب عليه
ش اي على الزوج في الشرع م من الخمار والدرع وغيره ش كمتاع البيت المتولة ش اي
للزوج م ان يحتسب ش بضم السين يقال حسبته اي عددت عليه حسبا اما بفتح العين في
الماضي وضمها في المستقبل م من المهر لان الظاهر يكذبه ش والخف والملاءة لا يجب عليه لانه
للبس عليه ان يهيئ لها امر الخروج وقال المرغيناني عليه خف امته للخروج وجها
وفي قنية المنية دفع اليها مالا فقالت كان من مهري وقال الزوج كان وديعة عندك ان كان
المدفوع من جنس مهرها فالقول قولها وان كان من خلاف جنسه فالقول قول الزوج وفي
الاشراف بعث اليها ثوبا فقال هو من الكسوة وقالت الزوجة بل هو هبة فالقول قول الزوج
مع يمينه وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور وقال ابو بكر وبه اقول وفي القنية
بعث الى امرأته متاعا وبعث ابو المرأة اليه متاعا ثم ادعى الزوج انه كان من الصداق فالقول
قوله مع يمينه فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترد وترجع بمهرها وان كان هالكا لا ترجع
بالمهر وما بعث اليه ابوها ان كان هالكا لم يكن على الزوج شيء وان كان قائما وقد بعثه من
مال نفسه يرجع وان كان من مال الزوجة برضاها لا يرجع لان الزوجة لا ترجع فيما وهبت
لزوجها بعث اليها هدايا وعوضته ثم زفت اليه ثم فارقها وادعى ان ذلك كان عارية
فالقول قوله فاذا استرده فلها ان تسترد ما عوضته عن ذلك وقيل لا يرجع كل واحد بما
انفق على الناس يرد بلا اذن صاحبه صريحا او دلالة ولا بالمأكولات من الاطعمة والفواكه
الرطبة وفي الذخيرة جهز بنته وزوجها ثم زعم ان الذي دفعه اليها ماله وكان على وجه
العارية عندها فقالت هو ملكي جهزتني به او قال الزوج ذلك بعد موتها فالقول قولهما دون الاب

لان الظاهر

لان الظاهر شاهد بملك البنت اذ العادة دفع ذلك اليها بطريق الملك وحكي عن ركن
الاسلام ابي الحسن علي السغدي ان القول قول الاب لان ذلك يستفاد من جهته وبه اخذ
بعض المشايخ وقال الصدر الشهيد في واقعاته المختار للفتوى ان كان العرف ظاهرا في الجهاز
بمثل ذلك كما في ديارنا فالقول قول الزوج وان كان مشتركا فالقول قول الاب م والله اعلم

فصل

ش لفظ فصل بما قبله هذا لا يكون معربا لان الاعراب يقتضي
التركيب ومهما وصل بشيء ما بعده يكون معربا ولما فرغ عن بيان انكحة المسلمين شرع في بيان
انكحة اهل الذمة م واذا تزوج النصراني نصرانية ش هذا القيد اتفاقي لان الحكم في كل اهل
الذمة كذلك ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي م على ميتة او على غير مهر ش اي او
تزوج على غير مهر وكذا لو تزوج على دم م وذلك ش اي تزوجهما على هذا الوجه اي بغير المهر
م في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر ش حتى لو رفعا
الى القاضي لا يقضي بشيء م وكذلك ش الحكم اذا تزوج م الحربي الحربية في دار الحرب م وهذا ش
اي عدم وجوب المهر عند ابي حنيفة وهو ش اي عدم وجوب المهر م قولهما ش اي قول
ابي يوسف ومحمد م واما في الذمية ش اي واما الحكم في الذمية اذا تزوجت ذميا م فلها مهر
مثلها ش اي عندهما م ان مات ش اي الذمي م عنها او دخل بها م والمتعة ش اي ولها المتعة ان
طلقها قبل الدخول بها يعني اذا اسلما او اسلم احدهما وبه قال الشافعي ومالك واحمد م وقال زفر
لها مهر المثل في الحربية ايضا له ش اي لزفر م ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال ش
قال تعالى ان تبتغوا باموالكم م وهذا الشرع ش هو قوله ان تبتغوا م وقع عاما ش لانه عليه
السلام بعث الى الكل وقال تعالى يا ايها الناس اني رسول الله اليكم جميعا وقال عليه السلام بعثت
الى الاسود والاحمر اي العرب والعجم ولان هذا الدين ناسخ للاديان كلها م فيثبت الحكم على العموم
ش لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات م ولهما ش اي لابي يوسف
ومحمد ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام ش لان الالتزام بعقد الذمة قال عليه السلام
اذا قبلوا عقد الذمة فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين م وولاية الالزام منقطعة لتباين
الدارين ش اي دار الاسلام ودار الحرب م فلا الزام الا بالولاية بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا
احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا ش فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد م وولاية
الالزام متحققة لاتحاد الدار م ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
ش اي لا يلزم اهل الذمة احكامنا في الاشياء التي تتعلق بالديانات كحرمة الخمر والخنزير ووجوب
الصلاة والزكاة م وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات ش اي وكذا لا يلتزمون احكامنا فيما
يعتقدون خلافه في المعاملات ش كالنكاح بغير شهود وبيع الخمر والخنزير والضمير في خلافه
يرجع الى ما فيما يعتقدون اي لا يلتزمون احكامنا في الشيء الذي يعتقدون خلاف ذلك كما انا
نعتقد حرمة النكاح بغير شهود وهم يعتقدون خلاف ذلك م وولاية الالزام ش هذا جواب عن
قولهما وولاية الالزام متحققة بيانه ان ولاية الالزام انما تتحقق بالسيف او المحاجة وليست
بموجودة م وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا
كاهل الحرب ش في عدم الالزام وانقطاع الولاية م بخلاف الزنا لانه حرام ش جواب عن قولهما
كالزنا بيانه ان القياس عليه غير صحيح م لانه حرام في الاديان كلها ش فلم يكن دينهم خاصة حتى
يتركون عليه م والربوا ش كذلك جواب عن قولهما والربوا بيانه ان الربوا مستثنى عن عقودهم
لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد ش
هذا حديث غريب وذكره الاكمل وسكت عنه غير انه قال الا حرف تنبيه لا حرف استثناء
كذا السماع والنسخ قلت هذا عجيب منه لان من ذكر انه حرف استثناء حتى يرده مؤكدا بقوله
كذا السماع في النسخ واعجب منه ايضا قول الاترازي هو حرف تنبيه لا حرف استثناء
كذا وقع السماع مرارا لعدم عادة وبخاري وكذا سكت عنه بقية الشراح ومما ايضا لو سكتا لكان
اوجه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في باب ذكر اهل نجران حدثنا عفان ثنا عبد الواحد

ابن زياد ثنا خالد بن سعيد عن الشعبي قال كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم
نصارى ان من بايع منكم بالربوا فلا ذمة له وهو مرسل وروى ابو عبيد في كتاب الاموال
باسناده عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران الحديث وفيه
ولا ياكلوا الربوا فمن اكل منهم الربوا فذمتي منهم بريئة م وقوله ش اي قول محمد م في الكتاب
ش اي في الجامع الصغير م او على غير مهر ش هذا اللفظ مضى في اول الفصل وانما ذكره لبيان ان
المسئلة من مسائل الجامع الصغير لبيان التفصيل في قوله او على غير مهر لانه م يحتمل نفي المهر
ش بان يعقدا على ان لا مهر بينهما م ويحتمل السكوت ش بان يعقدا ويسكتا عن ذكر المهر المثل وقال
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير والنفي على الاختلاف لا محالة فاما السكوت فانه يترجح
فيه الى حربيهم فان دانوا انه لا يجب الا بالنص عليه كان على الاختلاف وان دانوا انه يجب الا ان ينفى
فانه يجب عند السكوت بالاجماع وقال فخر الاسلام البزدوي والتزوج بالميتة بمنزلة النفي
لانه لا قيمة لها عند احد والحق شمس الائمة السرخسي في المبسوط الدم بالميتة لانهم لا يتمولونها
المسلمون م وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان ش اي عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل
كما قالا وفي رواية لا يجب شيء م والاصح ان الكل على الخلاف ش في رواية واحدة فعنده لا شيء لها وعندهما
لها مهر المثل م فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير
م اذا كانا ش اي الخمر والخنزير م باعيانهما ش اي اذا كانا معينين م والاسلام ش اي اسلامهما
اي اسلام احدهما كان م قبل القبض ش اي قبل قبض الخمر والخنزير م وان كانا بغير اعيانهما يعني
كانا دينا في الذمة م فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا ش اي هذا كله سواء كانا
عينين او دينين م عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف مهر المثل م في الوجهين ش اي في المعين وغير
المعين وبه قال الشافعي ومالك واحمد م وقال محمد لها القيمة في الوجهين م وجه قولهما ش اي قول ابي
يوسف ومحمد انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفان فيما بينهما حيث قال ابو يوسف بمهر المثل فيهما
ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما متفقان في ان لا يوجبا عين الخمر
والخنزير م ان القبض ش اي قبض المهر المعين م يؤكد الملك في المقبوض ش ولهذا لو هلك قبل
القبض هلك من الزوج وعليه مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وبعد القبض يهلك من
المرأة ويتنصف بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج
شيء الا بالرضى او بالقضاء واذا امهرها الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها
لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا يجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة في المهر
قبل القبض بخلاف ما بعده م فيكون له شبه بالعقد ش اي يكون للقبض شبه بالعقد من حيث
انه مؤكد م فيمتنع بسبب الاسلام ش اي يمتنع القبض بسبب الاسلام كالعقد ش اي كما لو
ابتدأ التمليك بالعقد بعد الاسلام م وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما ش لان القبض فيه كالقبض فيما اذا
كانا بغير اعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك
اذا كانا باعيانهما كالعقد م واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا
مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية ش حالة العقد لانهما
كانا كافرين م لكون المسمى مالا عندهم ش اي عند اهل الذمة م الا انه امتنع التسليم
بالاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ش توجب القيمة م ولابي حنيفة ان
الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه ش اي في المعين كيف شاءت
ببدل او بغير بدل فلو هلك هلك على ملكها وكل ما يتم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك
قوله ولهذا ايضاح لتمام الملك بنفس العقد في الصداق المعين م وبالقبض ينتقل ش اي الملك
من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك ش اي انتقال الضمان م لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر
المغصوب ش يعني الذمي اذا غصب منه الخمر ثم اسلم له ان يسترد من الغاصب وكذلك
المسلم اذا تخمر عصيره م وهذا لانه صورة اليد ولا يحصل به ملك الرقبة ولا ملك التصرف
وصورة اليد لا تمتنع بالاسلام وفي الخواشي ولابي حنيفة ان الملك نوعان ملك الرقبة وملك

التصرف وكلاهما ثابت للزوجة قبل القبض والفائت لها صورة اليد ولا يمتنع ذلك بالاسلام
كالمسلم اذا تخمر عصيره م وفي غير المعين القبض موجب ملك العين ش لانه ما كان في الذمة
وانما يثبت في المعين ابتداء بالقبض فيمتنع بالاسلام وفي الاسرار ولئن سلمنا ان القبض يؤكد الملك
في المقبوض ولكن لا نسلم ان الاسلام يمنع تأكد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان
الملك فيه دام لجواز ان يهلك العين عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم يتقرر الملك وهذا التسليم
غير ممتنع بالاسلام وان كان فيه تأكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها ووجد بها عيبا ثم اسلم
فانه يسقط خيار الرد وان كان في سقوطه تأكيد في الخمر ومع هذا لم يمتنع بالاسلام فعلم
ان الاسلام لا يمنع تأكد الملك في الخمر م بخلاف المشتري ش متصل بقوله ان الملك في الصداق
المعين يتم بالقبض يعني بخلاف ما اذا باع الخمر او الخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه
لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد وقال الاترازي بخلاف المشتري يجوز بفتح الراء وكسرها
فعلى الاول يكون معناه اي الخنزير المشترى والخمر المشتراة لا يجوز قبض ذلك بعد الاسلام
وعلى الثاني ان المشتري بخمر والخنزير ليس له ان يقبضهما بعد الاسلام م لان ملك التصرف انما
يستفاد فيه ش اي في المبيع م بالقبض ش والاسلام مانع منه م واذا تعذر القبض في غير المعين
لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم ش اي لان الخنزير من ذوات القيم لانه لا
مثل له من جنسه م فيكون اخذ قيمته ش اي قيمة الخنزير م كاخذ عينه فكان فيه تقرير حكم
عقد باشراه في الكفر لا على وجه الشرع م ولا كذلك الخمر لانه ش اي لان الخمر قال الاكالي
ذكره على تاويل المذكور وقال الاترازي على تاويل الشراب وهي من الاسماء المؤنثة السماعية م من
ذوات الامثال ش لان لها مثلا من جنسها م الا ترى ش لو صح لما قلنا م انه ش اي
ان الزوج م لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر ش اي المرأة م على القبول في الخنزير دون الخمر
ش كما لو اتى بالعين فيما اذا تزوج امرأة على خنزير ولو تزوجها على خمر لا تجبر بين اعطاء القيمة
وبين اعطاء العين م ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن
اوجب القيمة اوجب نصفها ش اي نصف القيمة والذي اوجب مهر المثل مطلقا هو ابو
يوسف والذي اوجب القيمة مطلقا هو محمد وابو حنيفة اوجب في الخنزير الذي مهر المثل
وفي الخمر الذي القيمة

باب نكاح الرقيق

ش اي هذا باب في بيان حكم نكاح الرقيق اي المملوك وقد يطلق على الواحد والجمع كذا في
الصحاح وفي المغرب الرقيق العبد وقد يقال للعبيد ومنه هؤلاء رقيقي وفي النهاية الرقيق
المملوك فعيل بمعنى مفعول قيل كانه نظر الى معناه الذي هو المملوك فانه مفعول لانه
من فعل متعد والاظهر ان الرقيق بمعنى فاعل لان الرق هو الضعف وهو لازم فيه بالمعاملة وقال
الاترازي انما اخر هذا الباب عن فصل النصراني والنصرانية لما ان الرقيق لا ينعقد نكاحه
اصلا الا اذا اذن له مولاه بخلاف اهل الكتاب فان لهم ولاية النكاح بانفسهم فلما دار بينهم
ولاية النكاح وهم المسلمون واهل الكتاب الحق بهم من ليس لهم ولاية النكاح بانفسهم
وهم الارقاء وقدم هذا الباب على باب نكاح اهل الشرك لان الرق يتحقق في المسلم بقاء
وان لم يتحقق ابتداء والرقيق المسلم خير من المشرك الحر قال الله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك
هذا ما عندي من وجه المناسبة وقال بعض الشارحين انما اخر عن فصل النصراني لان
الرق من اثار الكفر والاثر يعقب المؤثر وفيه نظر لانه يقتضي ان يكون وضع هذا الباب
بعد باب نكاح اهل الشرك لما قال من المعنى انتهى قلت اراد ببعض الشارحين
صاحب النهاية السغناقي فانه ذكره في كتابه هكذا وفي كلام الاترازي ايضا نظر لان
لان المناسبة لا تراعى الا بين الابواب دون الفصول وفصل النصراني والنصرانية
داخل في ضمن باب المهر وليس بباب في الاستقلال وينبغي ان يذكر المناسبة بين باب
المهر وباب نكاح الرقيق واذا الوجه ادنى شيء من المناسبة معه الكفاية فالمناسبة
بين هذين البابين من حيث ان باب نكاح الرقيق قد صدر بنكاح الرقيق والرقيق يكون

مهر اذا تزوج رجل امراة على رقيق واذا تزوج الرقيق باذن مولاه فالمهر دين في رقبته
يباع فيه م لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما ش لا يجوز اي لا ينفذ كما في نكاح
الفضولي كذا نقل عن العلامة حافظ الدين وقال السروجي كذا قال في البدايع والمفيد لا
يجوز نكاح المملوك بغير اذن سيده وصوابه لا ينفذ فانه جائز صحيح لكنه غير نافذ بل نفاذه
موقوف على اجازة المولى وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابرهيم النخعي ومنصور والحكم
رواه عنهم ابن ابي شيبة قال شيخنا ادن الدين رحمه الله وهو قول اهل الراي ومالك فيما حكى
الخطابي عنهم وفرق الرافعي بين قول ابي حنيفة ومالك فقال قال مالك يصح فللسيد فسخه
وقال ابو حنيفة موقوف على اجازة السيد وقال شيخنا ايضا لما روى حديث الباب فيه حجة
على ان نكاح العبد بغير اذن سيده غير صحيح وهو قول اكثر اهل العلم منهم حماد بن ابي
سليمان والاوزاعي والشافعي واحمد واسحق انتهى قلت فعلى هذا قول صاحب الهداية لا
يجوز هو الصواب وكذا قال القدوري بلفظة لا يجوز فان قلت يرد هذا ايضا ما رواه ابو
داود اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل قلت هذا الحديث ضعيف وهو موقوف
على ابن عمر رضي الله عنهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ش قيد
بالعبد لانه لا يجوز للامة بالاجماع لان النكاح من خواص الانسان فيبقى على اصل الحرية
اذ هو مملوك للمولى من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي الا ترى انه يملك الطلاق وهو اثر
النكاح فيملك سببه وهو النكاح لان من ملك رفع شي يملك وضعه ولكن ذكر في الجواهر
للمالكية ولا ينكح العبد الا باذن سيده فان عقد بغير اذن سيده صح وللسيد ان يطلق عليه
بخلاف الامة فان العقد عليها بغير اذنه باطل لا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه او تركه
كنكاح العبد وهي شاذة والمهر والنفقة لا زمان له متعلقان بما يحصل في يده من غير
جراحة ولا من كسبه وقال ابو عمر في التمهيد نكاحه موقوف على اجازة السيد وان طلقها العبد
قبل اجازة سيده كان طلاقا لا يحل له الا بعد زوج وفي الاشراف لا حد عليه في الوطي فيه
روي ذلك عن الشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحق وابن حنبل وقال داود واصحابه يجب
بالوطي حد الزنا اذا علم بالنهي وهو مذهب ابن عمر رضي الله عنهما قال وكان ابن عمر يرى نكاحه زنا
ويرى عليه الحد وبه قال ابو ثور م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم
م ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ش هذا الحديث رواه الترمذي من حديث جابر
رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر
وقال حديث حسن صحيح ورواه الحاكم في مستدركه وقال حديث حسن صحيح الاسناد ولم
يخرجاه وروى ابن ماجه من رواية مندل عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تزوج العبد بغير اذن سيده كان عاهرا وقد مر الكلام
فيه عن قريب قوله عاهر اي زان قاله الخطابي وغيره م ولان في تنفيذ نكاحهما تعيبهما اذ
النكاح عيب فيهما ش ولهذا اذا اشترى عبدا او امة فوجده مزوجا فله ان يرده م فلا
يملكانه ش اي فلا يملك العبد والامة النكاح م بدون اذن مولاهما ش قال الاكمل وفي هذا
التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة التعيب ولا يلزم من ازالة العيب جواز تعيبهما
انفسهما قلت لا يحتاج الى جواب مالك لانه مذهبه ليس كما نقله المصنف وقد بيناه
وقال الاكمل ايضا واستشكل بجواز اقرارهما بالحد وبالقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة
ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو
ايضا اقوى العيوب فلا يتجه على هذا التعليل ويزيل هذه النكتة واجيب بان الرق في
حق الله تعالى باق على حريته والرق لا يؤثر فيهما وان لزم من ذلك تعيب فهو ضمني لا معتبر
لا معتبر به انتهى قلت هذا كله من كلام السغناقي رحمه الله م وكذلك المكاتب ش اي وكذلك
المكاتب لا يجوز تزوجه بغير اذن مولاه م لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب
لينال بذلك شرف الحرية والنكاح ليس من باب الكسب فيبقى في حق النكاح على حكم الرق م

لا يملك المكاتب تزوج عبده ش لانه ليس بكسب في حق الزوج م ويملك تزويج امته ش اي لان
تزويج امته من باب الاكتساب اذ انه تحصل المهر والنفقة اذ كل منهما يجب للامة بعقد او
فهو للمولى م وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا ش
اشارة الى قوله لانه من باب الاكتساب م وكذلك ش اي وكذلك لا يجوز م نكاح المدبر وام الولد
لان الملك فيهما قائم ش ولهذا يستغلان اذا قال المولى كل مملوك لي حر وفي المبسوط الاب
والجد والقاضي والوصي والمكاتب والمضارب والشريكان المفاوض يملكون تزويج الامة م
واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه ش وكذا النفقة دين في رقبته
حتى لو مات العبد سقط المهر والنفقة لان محل الاستيفاء قد فات كذا ذكره التمرتاشي وبه قال
احمد وبعض اصحاب الشافعي م يباع فيه ش اي في المهر م لان هذا دين وجب في ذمة العبد
لوجود سببه من اهله ش هذا دليل لقوله يباع فيه دون ما قبله لانه لا يلزم المصادرة على المطلوب
تقريره هذا الدين وجب في الرقبة فيباع الرقبة فيه اما اصل الوجوب فلتحقق المقتضي وهو
وجود السبب من اهله اي من اهل التزوج والتسبب هو العقل والبلوغ واما انه وجب
في رقبته فلدفع المضرة عن اصحاب الديون وانتفى المانع من جهة المولى لوجود الاذن من
جهته اشار اليه بقوله م وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا
للمضرة عن اصحاب الديون ش يعني النساء م كما في دين التجارة ش اي كما يباع في دين التجارة
قياسا على دين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وانما قيد التزوج باذن المولى لان
العبد او المدبر او المكاتب اذا تزوج بدون المولى ثم دخل بها ثم فرق بينهما المولى فلا مهر عليه حتى
يعتق ومذاهب الثلاثة في هذا الباب ما ذكر في كتبهم ففي المنهاج للشافعية السيد باذنه
لا يضمن نفقته ولا مهر في الجديد وهما في كسبه فان كان ماذونا له في التجارة ففيما في يده من الربح
وكذا في راس المال على الاصح وفي البسيط هو الاصح الا ليس في راس المال فان لم يكن
ماذونا له ولا مكتسبا ففي ذمته وفي قول على السيد وفي الجواهر للمالكية النفقة والمهر
لا زمان له متعلقان بما يحصل له في يده مما ليس من خراجه ولا من كسبه وفي المغني للحنابلة
المهر متعلق برقبته ويباع فيه الا ان يفديه المولى وهذا بعينه قولنا وفي شرح الوجيز
للشافعية دين المهر والنفقة يتعلق بذمة العبد ويثبت الخيار للمراة في القول الاصح وفي قول
يجب على المولى لان الاذن في النكاح في عبد لا يكتسب التزام للمؤنات وهذا في عبد لم يكن له
كسب فلو كان مكتسبا يجب في كسبه بعد النكاح حتى لو حبسه المولى او استخدمه في زمان
كسبه غرم للمراة المهر والنفقة وهل للعبد ان يؤجر نفسه للمهر والنفقة فيه قولان انتهى
ثم ان العبد اذا بيع في مهرها ولم يف الثمن لا يباع ثانيا لانه بيع في جميع المهر وطالب بالباقي
بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانه يجب شيئا فشيئا كذا ذكره التمرتاشي ولو
زوج عبده امته لا مهر لها عليه وبه قال الشافعي ومالك واحمد م والمدبر والمكاتب يسعيان في
المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى
من كسبهما لا من انفسهما ش لتعذر الاستيفاء من الرقبة م واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه
فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة ش وقال ابن ابي ليلى يكون اجازة وعند الشافعي ومالك
واحمد لا ينعقد هذا العقد اصلا وصيرورته لغوا فلا يلحقه الاجازة ولو قال طلقها طلقة تملك الرجعة
الخبر ان الفضولي اذ وجه يكون اجازة م لانه ش اي لان كلام المولى طلقها او فارقها يحتمل الرد
لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد ش اي الرد
اليق بحال العبد المتمرد اي المارد الخارج عن الطاعة م وهو ادنى ش اي الرد ادنى لانه منع من
الثبوت والطلاق رفع بعده والدفع اسهل من الرفع م فكان الحمل عليه ش اي على الدفع م اولى
ش بخلاف مسئلة الفضولي لان الزوج يملك التطليق بالاجازة فيثبت ضمنا له لان فعل الفضولي
اعانة له فلا يحمل على الرد فان قلت الطلاق في الحقيقة لا يطالب بملك النكاح والرد مجاز
والعمل بالحقيقة مجاز قلنا الحقيقة تترك بدلالة الحال وهي الافتيات على راي المولى م

وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح
متعين للاجازة ش وكذا اذا قال اوقع عليها تطليقة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر بيمينك
بالمال او تزوج اربعا من النسا لا يعتق به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النسا
لا يكون الا بعد الحرية **اجيب** بان ذلك انما كان اصلا في اثبات الاهلية في التصرفات الشرعية لا
يثبت اقتضاء لا يمان في خطاب الكفارة بالرابع وفي اثبات عتق ذلك خلاف ما نحن فيه فان النكاح
ليس باصل في اثبات الاهلية م ومن قال لعبده تزوج هذه الامة ش ح لو الامة لا فايدة فيه فانه
لو قال هذه الحرة فعلى هذا الخلاف وكذلك العلا ... في ذكر الاشارة بالتعيين لان الحكم في غير
المعين كذلك م فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يواخذ منه اذا اعتق ش ولفظ الاصل واذا اذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحا فاسدا فدخل
بها اخذ المهر في حال الرق في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا شي عليه حتى يعتق وعند
الشافعي رحمه الله في ذمته كقولهما وفي قول في رقبته وفي المعنى في ساوله الفاسد احتمال م واصله
اي اصل ابي حنيفة م ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجايز عنده ش ان يشملهما عند ابي
حنيفة رضي الله عنه م فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى ش بسبب اذنه فيباع م وعندهما
ينصرف ش اي الاذن م الى الجايز ش اي النكاح الجايز م لا غير ش يعني لا ينتظم الفاسد وقال
الشافعي في اظهر قوليه وقد ذكرناه م فلا يكون ظاهرا في حق المولى ش و لا يواخذ به العبد
في الحال م فيواخذ به بعد العتاق لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان المقصود من النكاح في
المستقبل الاعفاف ش اي تحصيل العفة م والتحصين ش اي تحصين النفس عن الحرام م
وذلك ش اي الاعفاف م لا يكون الا بالجايز ش اي النكاح الجايز وقيد بالمستقبل لان النكاح
في الماضي تحقق الحنث عنه بحسب لا التحصين لاستحالته م ولهذا ش اي ولاجل كون المقصود
من النكاح في المستقبل الاعفاف م لو حلف لا يتزوج ينصرف ش يمينه م الى الجايز
ولا ينصرف الى الفاسد فلا يحنث بالفاسد ولو حلف انه ما تزوج وقد كان تزوج فاسدا يحنث
في يمينه لما ذكرنا اي مقصوده تحقق الحنث عند لا التحصين كذا في المبسوط م بخلاف البيع
ش يعني لو امره بالبيع ينتظم الفاسد والصحيح م لان بعض المقاصد ش وهو الاعتاق والهبة ونحو
ذلك من التصرفات م حاصل ش وفسر قوله بعض المقاصد بقوله م وهو ملك التصرفات
وقد ذكرناه م وله ش اي ولابي حنيفة م اي اللفظ ش وهو قوله تزوج م يجري على اطلاقه
ش ولا يتقيد بالصحة لان الصحة والفساد صفتا العقد والاذن من المولى في اصل العقد
فلا يتقيد بصفة دون صفة م كما في البيع ش اي كما ان الامر بالبيع مطلق ينتظم الفاسد م
والصحيح م وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل ش كان هذا جواب عما يقال لا شي يقصد
به في النكاح الفاسد فاجاب بقوله وبعض المقاصد حاصل م كالنسب ش اي كثبوت
النسب م ووجوب المهر والعدة ش اي ووجوب العدة بشرط الدخول اشار اليه بقوله م
على اعتبار وجود الوطي ش وكذا سقوط الحد من بعض المقاصد وفي جامع قاضي خان العبد
اهل لمباشرة النكاح وانما يشترط رضى المولى فيه لتعلق المهر بماليته وفي هذا الامر من الصحيح
والفاسد **وفي البدايع** لو اذن له في النكاح الفاسد نصا ودخل بها فيه يلزمه المهر في
رقبته في الحال بالاتفاق ولو دخل في الموقوف ثم اجازه المولى ففي القياس يلزمه مهران
مهر بالدخول ومهر بالعقد بالاجازة وفي الاستحسان يجب مهر واحد م ومسئلة اليمين
ممنوعة على هذه الطريقة ش يعني طريقة اجرا اللفظ المطلق على الاطلاق ولئن كان فوقال لكل
نا القدر لابي حنيفة ان مبنى الايمان على العرف وقال الكاكي رحمه الله وفي المسئلة طريقان
احدهما ذكرت في المتن والثانية ان الحاجة الى اذن المولى لشغل رقبته بالمهر لا لتملك البضع
لان العبد في حقه مبقى على اصل الحرية ومسئلة المهر ممنوعة على الطريقة الاولى لا على الطريقة
الثانية على ما لا يخفى وثمرة اختلافهم في هذه المسئلة تظهر فيما اذا جدد العبد عليها الشرائط
الصحيحة بلا اذن او تزوج امراة اخرى صحيحا بغير اذن لا يجوز عند ابي حنيفة لانتهاء الامر

بالفاسد وعندهما يجوز لعدم الانتهاء لانه لم يتناول الفاسد كذا ذكر في المبسوط م ومن زوج
عبدا ماذونا له امراة جاز ش المراد بالماذون المديون صرح به في الكافي وجاز النكاح والمهر على رقبته
م والمراة اسوة الغرما في مهرها ش وقال الشافعي رحمه الله المهر والنفقة يتعلقان بربحه ما في يده
الحاصل بعد النكاح وفي اظهر قوليه بالربح سوا حصل بعد النكاح او قبله وهل يتعلق براس المال
فيه وجهان اظهرهما التعلق م ومعناه ش اي معنى قولنا والمراة اسوة للغرما م اذا كان النكاح
بمهر المثل ش تضرب المراة في ثمن العبد بمهرها ويضرب الغرما على قدر ديونهم وذلك كما اذا
استهلك العبد مال انسان يكون صاحب المال اسوة الغرما م ووجه ذلك ش اي وجه كون المراة
اسوة الغرما من حيث م ان السبب ولاية المولى ش للانكاح م ملك الرقبة م على ما نذكر ش في فصل بعد
هذه المسئلة بقوله ولنا ان النكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب
الهلاك م والنكاح لا يلاقي حق الغرما بالابطال مقصودا قيد بقوله مقصودا لان المالية
انما يتحقق بذلك واما اذا كان ضمنيا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالادمية وحق
الغرما لا يلاقيها م الا انه اذا صح النكاح ش بولاية المولى م وجب الدين بسبب
لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال واذا كان كذلك م فشابه دين الاستهلاك ش
فان العبد الماذون المديون اذا استهلك مال انسان صار صاحب المال اسوة الغرما م وصار ش
اي العبد الماذون المديون م كالمريض المديون اذا تزوج امراة فمهر مثلها اسوة للغرما واراد بالا
المساواة في طلب الحق ش اي غرما الصحة واذا كان المهر مسلطا اكثر منه فلا تساويهم بل يوخر الى
استيفائهم حقهم لدين الصحة مع دين المرض **فان قلت** المهر يتعلق بمالية رقبته وفيه اضرار
بالغرما فوجب ان لا يصح **قلت** لا نسلم ذلك فالنكاح لا تعلق له بالمالية ولهذا يصح نكاح الحر
ولا مالية في رقبته والاح والعم من حال الصغيرة وليس لهما ولاية التصرف في المال وحق
الغرما متعلق بالمالية فلم يلاق وجوب المهر حقهم فصح فافهم م ومن زوج امته فليس عليه
ان يبوئها بيت الزوج ش يقال بوأته منزلا وبوأه له اذا اسكنه اياه ولا خلاف فيه لاحد من
الفقها ولكن قال الشافعي واحمد يستخدمها نهارا ويسلمها ليلا الى زوجها وقال مالك يسلمها اليه
ليلة بعد ثلاث وياتيها زوجها فيما بين ذلك عند اهلها **وفي الجواهر للمالكية** استخدام
الامة لا يبطل بالتزويج ويحرم على السيد الاستمتاع بها وليس عليه ان يبوئها منزلا الا ان
يشترط ذلك في العقد وبه قال ابن حنبل وعندنا شرط ذلك باطل لا يمنعه من استخدامها لان الحق
للزوج حل الوطي بالنكاح لا غير م لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطيتها لان حق
المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له ش اي لحق المولى م فان بواها معه ش اي مع الزوج م
بيتا فلها النفقة والسكنى ش على الزوج م والا فلا ش اي وان لم يبوئها معه بيتا فلا يلزم النفقة
والكسوة على الزوج م لان النفقة تقابل الاحتباس ش يعني جزا الاحتباس ولم يوجد لكن هذا في غير
المكاتبة لان المكاتبة لها النفقة والسكنى وان لم يوجد التبوية وبه صرح في شرح كتاب
النفقات للخصاف والفرق بينهما وبين الامة والمدبرة وام الولد ان المولى لا يملك استخدام المكا
فلا يحتاج الى تبوية المولى بخلاف غيرها للمولى استخدامهن م ولو بواها بيتا ثم بدا له ش اي ثم ظهر
للمولى م ان يستخدمها له ذلك ش اي الاستخدام م لان الحق باق ش اي حق المولى باق فيها فلا يسقط
بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح ش اي كما لا يسقط حق المولى بالنكاح ايا ها لان المستحق
للزوج ملك النكاح لا غير فان قلت ينبغي ان لا يسقط النفقة بالاستخدام بعد التبوية
كالحرة اذا منعت نفسها لاستيفا الصداق قلت القياس غير صحيح لان في المقيس عليه وجد
التفويت من قبل الزوج فكان امتناعها بحق فلم يسقط نفقتها وفيما نحن فيه فلم يوجد
التفويت منه والنفقة جزا الاحتباس ولم يوجد فسقطت النفقة **فان قلت** ينبغي ان يجب
ان يجب عليه التبوية لانه لما ملك الزوج منافع بضعه يجب عليه تسليمها والتبوية من
التسليم قلنا التبوية امر زايد على التسليم فان التسليم يتحقق بدون التبوية بان قال له متى
ظفرت بها وطيتها فلو الزم التبوية جمعا بين الحقين بقدر الامكان ولو جاءت الامة بولد

فنفقة ولدها على مولاها لانه مالكه لا على الاب وذكر في الجواهر ان للزوج المسافر بها ان يخرج
معها والمعقد عليه اذا بواها بيتا والمهر للامة ما لم تمطلها او يشترط السيد **وفي المغني**
ان اراد الزوج السفر بها فليس له ذلك وان اراد السيد السفر بها قال ابن حنبل لا ادري م قال
ش اى المصنف م ذكر ش اى محمد في الجامع الصغير م تزوج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما
ش يعني لم يقل ان رضاهما شرط لصحة النكاح ام لا م وهذا يرجع الى مذهبنا ش وهو ان يزوجهما
بلا رضاهما لان للمولى اجبارهما على النكاح ش قال في شرح الطحاوي للمولى ان يزوج امته في
كره منها صغيرة كانت او كبيرة بالاجماع واما في العبد اذا كان صغيرا فكذلك وان كان كبيرا فكذلك
عندنا في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجوز الا برضى العبد وهو قول الشافعي رحمه الله
اشار اليه بقوله م وعند الشافعي لا اجبار في العبد ش وبه قال احمد م وهو رواية عن ابي حنيفة
ش قال الوبري هو رواية الطحاوي عن ابي حنيفة وقيل روايته شاذة وقال الشافعي رحمه الله في القديم
ومالك واحمد في رواية كقولنا وهذا الخلاف في العبد اما في الامة يجوز عقده بغير رضاها بالا
ولا يجوز تزويج المكاتب والمكاتبة جبرا بالاجماع وكذا في المستسعاة عند ابي حنيفة والشافعي
ومالك واحمد م لان النكاح من خصائص الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال ش
لا من حيث انه ادمي م فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ش بلا
رضاها لكونه تصرفا في خالص ملكه م ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه ش يعني انه مملوك له يدا ورقبة
فيملك كل تصرف يشعر بصيانة ملكه والنكاح منه م لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب
الهلاك او النقصان ش اذ بالحد ربما يهلك تحت الجلاد او يجرح والنقصان لازم الا ترى انه
لو اشترى عبدا احد في الزنا فله الرد فكان في النكاح صونه عنهما م فيملكه ش بلا رضاه م
اعتبارا بالامة ش والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب
للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز انكاح الامة جبرا بملك منافع بضعها لانه لا يطرد
مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولي
يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا م بخلاف المكاتب والمكاتبة
ش هذا جواب عما يقال لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة
ولم يجز فاجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة م لانهما التحقا بالاحرار تصرفا ش اي من
حيث التصرف في ملك اليد نظرا الى قصور ملكه فيهما لانهما مالكان يدا فيكون في تزويجهما
تفويت الملك والتصرف عليهما م فيشترط رضاهما ش اذا اراد المولى تزويجهما م
ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها الزوج فلا مهر لها عند ابي حنيفة ش وبه قال
الشافعي واحمد م وقالا عليه المهر لمولاها ش اى على الزوج المهر لمولى الامة التي قتلها قيد بقوله
ثم قتلها لانه اذا قتلها اجنبي لا يسقط المهر بالاتفاق واذا غيبها المولى بمكان لا يقدر عليها
الزوج لا يطالبه بالمهر بالاتفاق ولها اذا اماتها في مكان لا يقدر الزوج عليها او باعها من
سلطان او من غيره فذهب بها من المصر فانه يسقط المطالبة بالمهر عن الزوج وكذا لو
اعتقها قبل الدخول فاختارت نفسها واذا ارتدت الامة او الحرة قبل الدخول سقط
المهر بالاتفاق والحرة اذا قتلت نفسها قبل الدخول لا يسقط بالاتفاق والامة اذا قتلت
او قتلت نفسها فيه روايتان عن ابي حنيفة وفي المنهاج لو قتلت الحرة نفسها او قتلها
اجنبي لا يسقط مهرها عند الشافعي رحمه الله وفي الجواهر لو قتل الامة سيدها او اجنبي
او قتلت نفسها لا يسقط مهرها وكذا الحرة لو ماتت او قتلت نفسها او قتلها اجنبي م
اعتبارا بموتها حتف انفها ش اى قياسا على موتها حتف انفها قال في المغرب قولهم مات
حتف انفه اذا مات على الفرش قيل هذا في الادمي ثم عم في كل حيوان اذا مات وقال ابن
الاثير مات حتف انفه كانه سقط لانفه فمات والحتف الهلاك كانوا يتخيلون ان روح
المؤمن يخرج من انفه فان جرح خرجت من جراحته م وهذا ش اى اعتبار قتلها بموتها
حتف انفه م لان المقتول ميت باجله ش لا اجل له سوى هذا عند اهل السنة والجماعة

وصار ش اى حكم هذا م كما اذا قتلها اجنبي ش من حيث لا يسقط م وله ش اى لابي حنيفة م انه
ش اى ان المولى م منع المبدل ش وهو البضع م قبل التسليم ش اى قبل تسليمه الى الزوج م فيجازى
بمنع البدل ش وهو المهر م كما اذا ارتدت الحرة ش حيث يسقط مهرها مجازاة لفعلها فكذلك هاهنا
مجازاة بمنع البدل وقال الكاكي اذا كان من اهل المجازاة تحقيقا للمساواة ثم قال انما قيدنا بقولنا اذا
كان من اهل المجازاة لان الصغيرة اذا ارتضعت من ام زوجها او المجنونة قبلت ابن زوجها بشهوة
قبل الدخول حتى بانتا لم يسقط المهر لانهما ليستا من اهل المجازاة بخلاف المولى لانه من اهل المجازاة
حتى تجب عليه الكفارة ولو كان المولى صبيا فالواجب ان لا يسقط المهر على قول ابي حنيفة بخلاف
الصغيرة اذا ارتدت حيث يسقط مهرها بالارتداد لان الارتداد محظور في حقها ولهذا تحرم
عن الميراث وانما قيدنا الارتداد بالحرة لان في ارتداد الامة هل يسقط مهرها لا رواية عن اصحابنا
فيه واختلف المشايخ فيه قيل لا يسقط وقيل يسقط م والقتل في احكام الدنيا ش هذا جواب عن
قولهما لان المقتول ميت باجله بيانه ان القتل موت في الحقيقة باجل عند الله تعالى ولكن م في
احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص ش في العمد م والدية ش في الخطأ ومما لا يجب
القصاص في المولى لاستحالة ان يجب له لكن عليه الاثم م فكذا في حق المهر ش يعني كما ان القتل
جعل اتلافا في حق القصاص والدية فكذا جعل اتلافا في حق المهر وجعل كانه غير الموت م وان قتلت
حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر ش وبه قال الشافعي وفي شرح الكاكي
خلافا للشافعي رحمه الله مكان خلافا لزفر ثم قال وفي المبسوط قال الشافعي مكان زفر وفي الكافي
ذكرهما وهذا قول الشافعي رحمه الله وفي الحلية المنصوص انه لا يسقط مهرها وفي شرح الوجيز للرافعي
فيه طريقان اشهرهما ان المسألة على قولين بالنقل والتخريج احدهما انه يسقط كما قال زفر والثاني
يسقط وهو اختيار المزني م هو يعتبره بالردة ش اى زفر يقيس حكم هذه المسألة على حكم الردة
يعني اذا ارتدت الحرة قبل الدخول بها م وبقتل المولى امته ش اى يعتبره ايضا بقتل المولى
امته م والجامع ش اى الجامع بين المقيس عليه وهو قتل الحرة نفسها وبين المقيس عليه وهو ردة الحرة
قبل الدخول وقتل المولى امته م ما بيناه ش وهو ان من له حق منع المبدل فيجازى بمنع البدل وقياس
زفر على قتل المولى امته انما يصح على قول ابي حنيفة لان ابا يوسف ومحمدا لا يقولان بسقوط المهر في
قتل المولى امته م ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا ش ولهذا قال ابو
حنيفة ومحمد انها تغسل ويصلى عليها م فشابه ش اى قتلها نفسها م موتها حتف انفها ش فانها اذا ماتت
حتف انفها لا يسقط مهرها بالاتفاق بخلاف قتل المولى امته ش جواب عن قوله وبقتل المولى امته
م لانه معتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه ش يعني اذا قتلها خطأ وكذلك تجب الضمان
على المولى ان كان عليها دين م واذا تزوج امة فالاذن في العزل ش وهو ان يطاها ويعزل شهوته
عنها كيلا يتولد الولد م الى المولى عند ابي حنيفة ش العزل في الامة المملوكة حلال باجماع العلماء وفي
الامة المنكوحة يجوز عند الشافعي رحمه الله في الاصح بغير الرضا وبالاذن يجوز عندنا والشافعي في
وجه ومالك واحمد ولكن في لاية الاذن للمولى عند ابي حنيفة م وعند ابي يوسف ومحمد ان الاذن
اليها ش اى الى الامة قال الاترازي في بعض نسخ الهداية وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها وهي
الاصح لان هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
تزوج امة فاراد ان يعزل عنها قال الاذن في العزل الى المولى ولم يذكر الخلاف فدل ان ظاهر الرواية
عنهما كما قال ابو حنيفة ولهذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف
ومحمد ان العزل اليها **قلت** وفي خير مطلوب لم يذكر عنهما خلافا فانهما وفيه وعنهما بالاذن اليها وفي
ملتقى البحار الامة تحت حر او عبد لا يعزل الزوج عنها الا باذن المولى عند ابي حنيفة رضيت الامة
او لم ترض وعندهما لا يعزل عنها الا برضى الامة رضي المولى او لم يرض هكذا في البدائع وقاضي
خان وقال ابن حزم في المحلى لا يحل العزل عن الحرة ولا عن الامة وقال ابن المنذر في الاشراف رخص
في العزل عن جاريته جماعة من الصحابة كعلي بن ابي طالب وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي
ايوب الانصاري وابن عباس وجابر بن عبد الله وانس وابي والحسن ابن علي وخباب بن الارت رضي الله

وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وعن ابي بكر وعمر وابن مسعود وابن عمر كراهته م لان الوطء حقها ش اي
حق الامة المنكوحة م حتى يثبت لها ولاية المطالبة ش فلا يجوز بغير رضاها م وفي العزل تنقيص حقها
فيشترط رضاها كما في الحرة ش اي كما يشترط الرضى في الحرة لان لها مطالبة الزوج بالوطء بالاجماع
لان النكاح شرع صيانة لها عن السفاح وذا بقضاء الوطر م بخلاف الامة المملوكة ش حيث يجوز
لمولاها ان يعزل عنها رضيت ام لم ترض م لانه لا مطالبة لها ش اي للامة المملوكة فلا يعتبر رضاها
ش والمكاتبة كالامة عند الجمهور وقال قوم تخير المكاتبة وصح ذلك عن الحسن وهو قول عطاء وابي قلابة
عبد الله بن زيد الجرمي وقال مسروق الثوري ان تزوجها بعد الكتابة فلا خيار لها وان تزوجها قبل الكتابة
فلها الخيار وقال قوم انما تخير تحت العبد ولا تخير تحت الحر وهو قول الحسن والزهري وابي قلابة وعطا
وعروة ونسب ذلك الى ابن عباس رضي الله عنهما وهو قول ابن ابي ليلى والاوزاعي ومالك والشافعي
وابن حنبل وابن راهويه وابي سليمان وداود الظاهري م وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود
الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه ش ولا حق للامة في قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقا لها
ابتداء وبقاء ولهذا لا تتمكن من مطالبة مولاها بالتزويج ويقدر الزوج على ابطال نكاحها بلا استطلاع
رايها وانما كانت الكراهة للولد والولد حق المولى فيشترط رضاه لا رضاها وفي جامع المحبوبي وعلى هذا
الخلاف حق الخصومة لو وجدت زوجها عنينا تعتبر يكون للمولى عنده فمالها وبه قال مالك والشافعي
واحمد والاصل فيه ما روي ان الصحابة استاذنوا النبي صلى الله عليه وسلم فاذن لهم وقد جاء في بعض
المفسرين في قوله تعالى فاتوا حرثكم انى شئتم ان شئتم عزلا وان شئتم غير عزل لما ان اليهود يكرهون العزل
ويقولون هو الموءودة الكبرى فنزلت فاجمعوا في الحرة ان العزل لا يجوز بغير رضاها لكن ذكر في الفتاوى
ان خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان ولهذا يسعها المعالجة لا
لاسقاط ما لم يستبن شيء من خلقه ثم اذا عزل باذن او بغير اذن وظهر بها حبل هل يحل نفيه قالوا ان
لم يعد اليها او عاد ولكن بال قبل العود يحل النفي وان لم يبل لا يحل النفي كذا روي عن علي رضي الله عنه
م وهذا اذا فارقت الحرة ش اي بتعليلنا ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فارقت الامة المنكوحة
الحرة لان لها حقا في الولد دون الامة فلما وجد الفارق بطل القياس م وان تزوجت امة باذن مولاها
ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا ش يعني لها الخيار سواء كان زوجها حال الاعتاق حرا
او عبدا ان شاءت اقامت معه وان شاءت اختارت نفسها ففارقته ولا مهر لها ان لم يدخل بها الزوج وان كان دخل
بها فالمهر واجب لسيدها وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل الزوج او لم يدخل م لقوله عليه السلام
ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري ش هذا اخرجه
الدارقطني عن عايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة اذهبي فقد عتق معك بضعك وروى
ابن سعد في الطبقات اخبرنا عبد الوهاب بن عطا عن داود بن ابي هند عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت قد عتق بضعك معك فاختاري وهذا مرسل وروى البخاري
ومسلم عن القاسم عن عايشة رضي الله عنها قالت كان في بريرة ثلاث سنن الحديث وفيه وعتقت
فخيرها رسول الله في زوجها فاختارت نفسها م فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا ش يعني ان النبي
صلى الله عليه وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع ولم يفصل بين ما اذا كان زوجها حرا او عبدا
م فينتظم الفصلين ش اي فيشمل الفصلين وهو ما اذا كان زوجها حرا او عبدا م والشافعي يخالفنا
فيما اذا كان زوجها حرا ش حيث لا يثبت لها الخيار اذا كان زوجها حرا وبه قال مالك واحمد
م وهو محجوج به ش اي الشافعي محجوج بهذا الحديث لان التعليل بملك البضع مطلقا
ينتظم الفصلين واختلفت الروايات في زوج بريرة هل كان حرا او عبدا حين
عتقت فان اصحابنا لا يفرقون بين الحر والعبد في ثبوت الخيار لها والشافعي رحمه الله
يقول لها الخيار في العبد دون الحر من احاديث انه كان حرا ما رواه الجماعة الا مسلما من
حديث ابراهيم عن الاسود عن عايشة رضي الله عنها قالت يا رسول الله اني اشتريت بريرة
لاعتقها الحديث وفي اخره قال الاسود وكان زوجها حرا وقال البخاري قول الاسود
منقطع وقول ابن عباس رايته عبدا اصح واخرجه البخاري ايضا عن الحكم عن ابراهيم وفي اخره

قال الحكم

قال الحكم وكان زوجها حرا قال البخاري وقول الحكم مرسل وفي احاديث انه كان عبدا ما رواه
ما رواه الجماعة الا مسلما عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج بريرة كان عبدا اسود يقال له
مغيث الحديث ومنها ما رواه مسلم وابو داود من حديث هشام بن عروة عن عروة عن عايشة
الى ما قبله في قصة بريرة وزاد وقال وكان زوجها عبدا فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاختارت نفسها ولو كان حرا لم يخيرها ومنها ما اخرجه مسلم وابو داود ايضا عن سماك
عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عايشة ان بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان
زوجها عبدا ومنها ما اخرجه البيهقي عن نافع عن صفية بنت ابي عبيد ان زوج بريرة كان عبدا
وقال اسناده صحيح وقال الطحاوي اذا اختلفت الاثار وجب التوفيق بينهما فنقول انا وجدنا
الحرية تعقب الرق ولا ينعكس فيحمل على انه كان حرا عندما خيرت عبدا قبله ولو ثبت انه عبد لا
ينفي الخيار لها تحت الحر اذ لم يخبر عنه صلى الله عليه وسلم انه انما خيرها لكونه عبدا انتهى وقال
الكاكي ولما تعارضت الروايات بقي اطلاق قوله عليه السلام ملكت بضعك فاختاري م ولانه يزداد
الملك ش دليل معقول بيانه ان ملك الزوج يزداد م عليها ش اي على الامة م عند العتق ش اي عند
عتقها يعني عند عتق مولاها اياها لانها كانت تخلص من زوجها عند العتق بطلاقين فبعد العتق لا
تخلص منه الا بثلاث تطليقات وهو معنى قوله م فيملك الزوج بعده ش اي بعد العتق م ثلاث
تطليقات ش فزاد ملك الزوج عليها بسبب العتق بتطليقة فملك ثلاث تطليقات ثم هي لا تملك
دفع تلك الزيادة الا برفع اصل النكاح م فتملك دفع اصل العقد دفعا للزيادة ش واثبت الشارع
لها الخيار فلا تتمكن من ذلك الا برفع اصل النكاح فصار هذا العقد بين اثنين كان لاحدهما فللاخر ان
يرد الكل كالوكيل ان يرد نصيبه ولا يمكن ذلك الا برد الكل ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقا
كخيار البلوغ لان سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها امر نفسها وكل فرقة كانت بسبب من جهة
المراة لا تكون طلاقا ثم خيارها يقتصر على المجلس عندنا وعند الشافعي رحمه الله في الاصح على الفور وفي
قول على التراخي وفي التراخي قولان في قول الى ثلاثة ايام وفي قول الى ان يمكنه من وطئها ولو اختارت
نفسها فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لان الفسخ للنكاح جاء من قبلها وبعده فالمهر لسيدها وبه قال
الشافعي رحمه الله م وكذلك المكاتبة ش هذا لفظ القدوري وفسره المصنف بقوله م يعني اذا تزوجت
باذن مولاها ثم اعتقت ش يعني ان ادت بدل الكتابة كان لها الخيار سواء كان زوجها حرا او عبدا لزيادة الملك عليها
م وبه قال الشافعي ومالك واحمد وقال زفر لا خيار لها لان العقد نفذ عليها ش اي على المكاتبة م برضاها
وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار ش وتحقيق كلام زفر ان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد عليها
بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود هنا لان لها المهر م ولا ينفذ نكاحها الا برضاها وقال ابن
ابي ليلى ان اعانها على بدل الكتابة لا خيار لها وان لم يعنها فلها الخيار م بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها
ش في التزويج وقد ذكرناه م ولنا ان العلة ش اي علة اثبات الخيار للامة بعد العتق م ازدياد الملك
ش عليها م وقد وجدناها ش اي العلة وهي ازدياد الملك م في المكاتبة ش والدليل على ذلك هو قوله م
لان عدتها ش اي عدة المكاتبة م قرءان ش اي حيضتان م وطلاقها ثنتان ش وكذلك ايلاؤها شهران
فازداد كل ذلك بالعتق كما في الامة اذا اعتقت فيكون لها الخيار ولانه عليه السلام خير بريرة وهي
مكاتبة ولو قيل يحتمل انها لم تكن مكاتبة وقت النكاح وحينئذ لم يكن نفاذ نكاحها برضاها قلنا
الظاهر انها كانت مكاتبة وقت النكاح لان الحال يدل على ما قبله على انه عليه السلام رتب الخيار
على ملك بضعها فكانت علة لثبوت الخيار والعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب فان قيل
المكاتبة مالكة لبضعها قبل العتق ولهذا يكون البدل لها ولم يحل للمولى وطيها فلم يتناولها النص
قلنا انها ليست بمالكة بضعها لانها لا تملك نفسها وبضعها جزؤها فلا تملكه وانما وجب البدل
لها لانها باكسابها ولم يحل وطيها لان منافعها لها م وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت
صح النكاح ش وفي المبسوط وكذا الحكم في العبد لو تزوج بغير رضى المولى ثم اعتق وكذا لو باعه ثم اجاز
المشتري فكان التخصيص بالامة لبيان مسئلة تليها وهي المسئلة المتعلقة بالخيار وقال الشافعي رحمه الله
ومالك واحمد لا يصح لانه نكاح الفضولي وعندهم لا ينعقد اصلا عندهم م لانها ش اي لان

وفي المبسوط وعن زفر انه يبطل النكاح

الامة م من اهل العبارة ش حتى لو اوقت بدين صح وتطالب بعد العتق واهلية العبارة من خواص الادمية
وبقي فيها مبقاة على اصل الحرية فينعقد نكاحها م وامتناع النفوذ لحق المولى ش هذا جواب عما يقال
ان كان الامر كما ذكرت فلم ينفذ نكاحها فاجاب بان امتناع النفوذ م اي نفوذ النكاح لحق المولى م نعد زال
ش اي حقه بالعتق م ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك ش للمولى م كما اذا زوجت
نفسها بعد العتق ش حيث يسقط حق المولى ثم نفاذ النكاح بعد الحرية من جهتها م وان كانت
تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة ش اي وان كانت الامة تزوجت بغير اذن المولى على الف درهم
والحال ان مهر مثلها مائة م فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى ش والنكاح صحيح ولا خيار لها
وفي نفاذ النكاح خلاف زفر كما في المسألة المتقدمة وانما قال والحال ان مهر مثلها مائة لتعلم ان المسمى
وان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وانما كان المهر كله للمولى م لانه ش اي لان الزوج
م استوفى منافع مملوكة للمولى ش فيجب البدل له م وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع
مملوكة لها ش فيجب البدل لها م والمراد بالمهر الالف المسمى ش هذا جواب عما يقال كان ينبغي ان يكون
للمولى مهر المثل بالدخول قبل العتق بالغا ما بلغ كما قال الشافعي رحمه الله وغيره وهو القياس فاجاب بقوله
والمراد بالمهر اي المراد بالمهر المذكور في قوله فالمهر للمولى وفي قوله فالمهر لها هو الالف المسمى لا مهر المثل م لان
نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد ش لانه وجوب بالدخول انما يكون باعتبار العقد
م فصحت التسمية ووجب المسمى ش للمولى ان اعتقها بعد الدخول وللامة ان اعتقها قبله **فان قيل**
كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لان المانع من الجواز هو الملك والملك
قد زال بالعتق مقتصرا الا ترى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها فاذا ذلك وتزوجت
بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا يحل لزوجها الاول باعتبار ان العتق غير معتبر في حق هذا
الدخول الذي كان قبل العتق **اجيب** بان ما ذكرتم قياس فكان القياس هو ان يلزمه مهران مهر
بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن
الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول
لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر اخر
بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع م ولهذا ش اي ولاجل نفاذ العقد مستندا الى وقت
وجود العقد وصحة التسمية م لم يجب مهر اخر بالوطء في النكاح الموقوف لان العقد قد اتحد باستناد
النفاذ ش اي نفاذ العقد مستندا الى اصله م فلا يوجب ش اي العقد المتحد الا مهرا واحدا ش
اي بلا اب وهذا اذا ادعاه الاب ويثبت النسب منه وانما يثبت اذا كانت الامة في ملك الابن من وقت
العلوق الى وقت الدعوة م وعليه قيمتها ش اي وعلى الاب قيمة الجارية م ولا مهر عليه ش اي على الاب
اي العقر اذا ادعى الولد سواء صدقه الابن او لم يصدقه وتصير ام الولد للاب وبه قال احمد والشافعي
في الصحيح وقال المزني لا تصير ام ولد وروي ذلك عن مالك لانها ليست بحالة وقت الاحبال وفي
المبسوط وغيره العقر عبارة عن مهر المثل وفي **المبسوط** شيخ الاسلام ينظر الى هذه المرأة بكم كانت تستأجر
على الزنا مع جمالها لو جاز الاستيجار على الزنا فالقدر الذي تستأجر على الزنا يجعل عقرا وقال
السروجي بعد قوله ولا مهر عليه وقال زفر والشافعي وابن حنبل يجب المهر وفي المنهاج يجب به عليه مهر
حد على المذهب وفي القديم يجب الحد فان احبلها فالولد حر نسيبا والجارية تصير ام ولد في الاظهر اذا لم
تكن ام ولد لابنه وعليه قيمتها مع المهر لا قيمة ولده في الاصح **وفي المغني** ان علقت منه صارت
ام ولده وهو قول الثوري واسحق وذكر ابن المنذر وقال ابو ثور ان علم انها لا تحل له يجب الحد ولا يلزم
الاب قيمة الجارية ولا عقرها ولا قيمة الولد عند احمد قال وقال الشافعي رحمه الله يلزمه ذلك كله
اذا حكم بانها ام ولده وقال ابن قدامة في المغني وقال ابو حنيفة يلزمه قيمتها لانها حرمت على الابن
بوطئها كما لو نفاها وقال السروجي وغلط في النقل وهو كثير الخطأ والغلط في نقل مذهبنا ولو كان
الابن زوجها اباه جاز النكاح عندنا وهو قول اهل العراق وعند اهل الحجاز لا يجوز وهو قول ابن
حنبل **وفي المبسوط** لا يجوز للاب ان يتزوج بجارية ابنه عند الشافعي رحمه الله **ثم اعلم**
ان وطء جارية الابن لا يحل عند عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى لا بأس به اذا احتاج اليه وهو مذهب

انس بن مالك رضي الله عنه قياسا على الطعام ولكن الصحيح قول العامة وقال السروجي واجمعوا على ان
الاب يحرم عليه وطء امة ابنه **وذكر التمرتاشي** ان الاب لو كان عبدا او مكاتبا او كافرا لم
تجز دعوته لعدم الولاية والجد كالاب عند عدمه واما اب الام فلا ولاية له بحال كذا في جامع المحبوبي
م ومعنى المسألة ان يدعيه الاب ش انما فسر المسألة بهذا لانها من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر
فيه الدعوة بل قال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ابنه فولدت منه قال هي ام
ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه وانما ذكر القدوري الدعوة في باب الاستيلاد فقال واذا وطئ
الاب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه
عقرها ولا قيمة ولدها م ووجهه ش اي وجه ما قلنا م ان له ش اي للاب م ولاية تملك مال ابنه
للحاجة الى البقاء ش اي صيانة نفسه لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك م فله ش اي
فللاب م تملك جارية ابنه ليصحح فعل الاستيلاد اذا احتاج الى الملك لنفي واذا تملكها
غرم قيمتها لابنه لان حاجته ليست بكاملة لانها ليست من ضرورات البقاء م غير ان الحاجة ش
هذا عما يقال لو كان صيانة الماء لبقاء النسل لما وجب عليه القيمة كما في الطعام فاجاب بقوله غير
ان الحاجة م الى ابقاء نسله دونها ش اي دون الحاجة م الى بقاء نفسه ش ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء
الجارية والذي للاستيلاد لكونه غير ضروري م فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام ش اي يتملك
الطعام م بغير القيمة ش لانه ضروري م ثم هذا التملك ش اي للاب هذا جواب عما يقال بطريق
المعارضة بان الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة او حق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك موجود
فاجاب بقوله ثم هذا الملك م يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له ش اي حال كونه شرطا للاستيلاد
اي لصحة الاستيلاد م اذ التصحيح ش يعني الاستيلاد م حقيقة الملك ش كما في المملوكة م او حق الملك
ش كما في المكاتب م وكل ذلك ش اي حقيقة الملك وحق الملك م غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج
بها ش ومن يجوز له الوطء مرضا ولا حتى لا يرجونه وهو يصح لعدم ثبوت حقيقة الملك وحق الملك
في جارية الابن للاب يعني جاز للاب التزوج بجارية الابن فلو كان فيها حق لم يجز م فلا بد من تقديمه
ش اي تقديم الملك على الوطء كيلا يقع فعله حراما لصحة الاستيلاد وشرط الشيء يسبقه م فتبين ان الوطء
يلاقي ملكه ش اي كان الوطء وقع في ملكه م فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما ش اي
لان زفر والشافعي يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه سقط الاحصان بهذا الوطء ولو كان في الملك لما
سقط وحد قاذفه م كما في الجارية المشتركة ش فانه اذا استولدها احدهما وادعى ولده فانه يثبت
نسبه يجب عليه نصف العقر م وحكم الشيء يعقبه ش لان الاثر يعقب المؤثر وحكم الشيء اثره الثابت به
والجواب عما قالاه قد مر وفيما قالاه ينبغي ان يحد الحد لان حال وجود الوطء حال المحل عن الملك او شبهة
الملك الا ترى ان بهذا الوطء يثبت الاحصان بالاجماع حتى لو قذفه انسان يجب عليه قاذفه حد القذف
نص عليه شمس الائمة السرخسي اما في الجارية المشتركة الملك موجود قبل الوطء فلا يحتاج الى تقديم
التملك لصحة الاستيلاد ولكن ملكه ناقص فيجب نصف العقر لمصادفة الوطء ملك الغير من وجه **فان قيل**
من العجب ان الجارية لو كانت مشتركة بين الاب والابن وولدت فادعاه الاب يثبت النسب
يجب العقر اجماعا **قلنا** الفرق ظاهر لان الوطء فيما نحن فيه صادف المحل الخالي عن الملك وشبهته
فمست الحاجة الى تقديم الملك شرطا لصحة الاستيلاد في الجارية المشتركة فلم يصادف المحل الخالي عن
الملك وشبهته فلا يحتاج الى اثبات الملك في الكل فيجب نصف العقر كما في المسألة بين الواطئ وبين اجنبي كذا
في جامع المحبوبي م والمسألة معروفة ش اي في الجامع الصغير وغيره م ولو كان الابن زوجها اباه ش اي ولو
الابن زوج جاريته اباه وفي بعض النسخ بتشديد الباء اخر الحروف ومعناه اباه بالباء الموحدة م فولدت
منه ش اي من الاب م لم تصر ام ولد له ش اي للاب م ولا قيمة عليه ش اي على الاب م وعليه ش اي
وعلى الاب م المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ش فعنده لا يجوز تزوجه
جارية الابن لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكان
بمنزلة حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه لان له حق الملك
في ماله ولنا ظاهر الا ترى ان استيلاده في جارية ابنه صحيح واستيلاد المولى امة مكاتبه غير صحيح

ولنا ما ذكر المصنف بقوله م لخلوها ش اي لخلو الجارية م عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من
كل وجه ش بدليل انه حل الوطي ونفاذ الاعتاق م فمن المحال ان يملكها الاب من وجه ش لان الجمع بين
الملكين لشخصين في محل واحد في زمان واحد ممتنع ولو كان للاب فيها حق ملك لا يحل للابن وطيها
كالمكاتب لا يحل له وطي امته م وكذلك يملك الابن من التصرفات ش كالوطي والبيع والتزويج والهبة
والاعتاق والاجارة وغيرها م ما لا يبقى معها ش اي مع هذه التصرفات م ملك الاب لو كان ش اي ملك
الاب م فدل ش كل ذلك م على انتفا ملكه ش اي ملك الاب م الا انه يسقط الحد ش هذا جواب
عما يقال من جهة الخصم ينبغي ان يجب الحد بالوطي لما لم يثبت للاب حق الملك فاجاب بقوله الا
انه يسقط الحد عن الاب م للشبهة ش اي لشبهة الملك بظاهر الحديث انت ومالك لابيك م واذا
جاز النكاح صار ماوه مضمونا به ش اي بالنكاح م فلم يثبت ملك اليمين ش لعدم الحاجة اليه م فلا
تصير ام ولد له ش اي للاب وقال زفر تصير ام ولد له لانه لو اشترى ولدها يجوز صارت ام ولد له فبالنكاح
او شبهة النكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا ما ذكرنا ان ماءه صار مضمونا بالنكاح فلا احتاج الى ملك اليمين
لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء م ولا قيمة عليه فيها ش اي ولا قيمة بواجبة على الاب في جاريته م ولا في
ولدها ش اي ولا قيمة عليه ايضا في ولد الجارية م لانه ش اي لان الاب م لم يملكها ش اي لم يملك الابن والجارية
م وعليه المهر لالتزامه ش اي لالتزام الاب م بالنكاح اي بسبب النكاح التزم المهر م وولدها حر لانه
ملكه اخوه فيعتق عليه وبه قال مالك وقال الشافعي رحمه الله لا عتق في ملك غير الوالدين والمولودين على ما يجي في
الاعتاق وعن حميد الدين الضرير فيه اختلاف عند البعض يعتق قبل الانفصال وعند البعض يعتق بعد الانفصال
وثمرته تظهر في الارث حتى لو مات المولى وهو الابن يرث الولد على قول من قال يعتق قبل الانفصال وعلى
قول من قال لا يعتق قبل الانفصال لا يرث اذا مات المولى قبل الولادة لان الرق مانع من الارث قيل
الوجه هو الاول لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق فكما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث م
قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل ش اي ما
قالته م فسد النكاح ش اي يفسخ وبه قال الشافعي وللمولى على الزوجة الف م وقال زفر لا يفسد واصله
ش اي اصل هذا الخلاف م انه يقع العتق عن الامر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة ش
اي ولو نوى بعتقه الكفارة التي عليه اي كفارة كانت م يخرج عن العهدة وعنده ش اي عند زفر م
يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم
فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ش اي لم يصح طلب العتق من الامر فوقع عن المامور م ولنا انه
ش اي ان الشان م امكن تصحيحه ش اي تصحيح طلب الاعتاق منه م بتقديم الملك بطريق الاقتضا ش
وهو جعل غير المنطوق منطوقا لتصحيح المنطوق وزفر لا يقول بالاقتضا م اذ الملك شرط لصحة العتق عنه
فيصير قوله اعتق طالبا التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الامر عنه ش فيصير كانه قال العبد الذي
كان لك الان ملكته لي بالف واعتقه عني فان قيل كيف يصح هذا ولو صرح به بان قال ملك
عبدك عني ثم كن وكيلا بالاعتاق ولا يصح قلنا كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الاجنة
في ارحام الامهات تثبت ضمنا ولا يثبت قصدا م وقوله اعتقت تمليكا منه ش اي من المولى وهو المامور
منه ش اي من الامر م ثم الاعتاق عنه ش بالنصب على انه خبر صار اي ثم يصير قول المامور اعتقت
اعتاقا عن الامر م فاذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ش اي بين ملك الرقبة
وملك المتعة قال الاترازي وقال الكاكي بين ملك اليمين وملك النكاح فان قيل ينبغي ان لا يفسد
النكاح لان الملك يثبت ضرورة العتق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة في ثبوت
العتق عن الامر لا في فساد النكاح قلنا الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وضروراته ومن لوازم ثبوت
الملك العادي عن تعلق حق الغير به فساد النكاح فان قيل اليس انه اذا قال لعبده كفر يمينك
بالمال انه لا يعتق فينبغي ان يثبت عنده اقتضا لانه لا يتمكن من التكفير بالمال الا بالعتق قلنا
الحرية لا تصلح ان تثبت اقتضا لان الثابت بالاقتضا تابع وبالحرية يصير اهلا للتكفير بالمال
فكانت الحرية اصلا فلا تثبت اقتضا م ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح م يعني لو
قالت الحرة المذكورة لمولى العبد اعتقه عني ولم يذكر مالا فاعتقه لا يفسد النكاح م يعني لو ملك الحرة

المذكورة لمولى العبد اعتقه عني ولم يذكر مالا فاعتقه لا يفسد النكاح ش والولاء للمعتق وتسقط
الكفارة عنه اذا نوى ويلزمه الالف وقال زفر يقع العتق عن المامور حتى يكون الولاء له وتسقط الكفارة
فيه اذا نوى ولا يلزم الالف على الامر م وهذا ش اي الحكم المذكور م عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف هذا والاول سوا ش اي عدم ذكر البدل مع ذكر البدل سوا يعني يقع العتق عن الامر في الصورتين
عند ابي يوسف وبه قال الشافعي م لانه ش اي لان ابا يوسف رحمه الله م يقدم التمليك بغير عوض
تبعا بطريق الهبة م مصححا لتصرفه ش اي لتصرف الامر لان تصحيح كلام العاقل واجب ما امكن
وقد امكن بما قلنا م ويسقط اعتبار القبض ش لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط المعمول
الذي هو ركن فلان يملك باسقاط الشرط اولى فكان م كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره بان يطعم
عنه ش يعني اذا امر المظاهر غيره وقال اطعم عني ستين مسكينا ففعل المامور يقع الاطعام عن الامر
ويسقط عنه الكفارة وان لم يوجد القبض من الامر تصحيحا لتصرفه فكذا هنا في قوله اعتق عني ولم
يقل على الف ففعل المامور يقع عن الامر وان لم يوجد القبض م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م
ان الهبة شرطها القبض بالنص ش وهو قوله عليه السلام لا تصح الهبة الا مقبوضة م فلا يمكن اسقاطه
ش جواب عن قول ابي يوسف ان القبض شرط فيسقط تبعا كالركن فاجاب بقوله فلا يمكن اسقاطه م
ولا اثباته ش اي اثبات القبض م تبعا لانه فعل حسي ش يعني ليس من جنس القول والحسي اقوى من
القولي فلا يستتبع الشيء اقوى منه م بخلاف البيع لانه تصرف شرعي ش يعني الايجاب والقبول قولي
فجاز ان يتضمنه القول وهو قوله اعتق عبدك عني بالف فان الركن في البيع يحتمل السقوط كما في
التعاطي فان قيل لو قال لاخر اعتق عبدك عني بالف ورطل من خمر ففعل فانه يصح ويعتق عنه
وان لم يوجد القبض والبيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض قلنا قد ذكر الكرخي ان العتق يقع عن المامور ههنا
على قولهما والمذكور قول ابي يوسف ولئن سلم فالبيع الفاسد ملحق بالصحيح وياخذ الحكم منه فاصل سقوط القبض
كالصحيح لانه جنسه تصرف في الصحيح م وفي تلك المسئلة ش اي مسئلة الكفارة م الفقير ينوب عن
الامر في القبض م واما العبد فلا يقع في يده شيء ش بالاعتاق لان الاعتاق ازالة الملك والاتلاف المالية فلا
يقع في يده شيء م لينوب عنه ش اي لينوب العبد عن الامر

باب

نكاح اهل الشرك ش اي هذا باب في بيان نكاح اهل الشرك وهم الذين لا كتاب لهم
م واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك ش اي التزوج بغير شهود او في عدة الكافر م
في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه ش اي على نكاحهم المذكور فقد تعين الكافر
لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قالوا وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك
ولا يجوز للمسلم ان ينكح المشركة حتى يكون في عدة كذا قاله الاكمل ثم قال ويجوز ان يصور بان اشركت
بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم م وهذا عند ابي حنيفة ش قال الاترازي اعلم ان هذا
الى حنيفة ولم ينقل انه عند ابي حنيفة بدون ذكر هذا الا انها مسئلة القدوري ولم يبين فيها
ذكر الخلاف فقال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة كشفا لموضع الخلاف ولكن من حق المسئلة
ان يضعها في الفصل المتقدم على باب الرضاع لان ذلك الفصل هو المشتمل على نكاح الذمي ودل
بالكافر الذمي بدليل ما ذكره في بيان الدليل وانما لا يتعرض بهم لذمتهم والمشرك لا ذمة له ولانه
قال ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين بها والمشرك لا يلتزم احكامنا اصلا فعلم ان
المراد من الكافر المذكور في المسئلة هو الذمي وكان ينبغي ان يذكر في بابه الا في باب المشرك الذي لا
كتاب له اصلا قلت لعل هذا لاطابقه بين ترجمة هذا الباب بباب نكاح المشرك
وبين المسئلة التي صدر بها الباب م وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين ش اي في النكاح بغير
شهود وفي النكاح في عدة الكافر م الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة ش اي وقبل المرافعة
الى الحكام ش انما لا يتعرض لهم اعراضا عنهم لا تقريرا على صنيعهم الفاحش القبيح وترك التعرض لا
يدل على عدم الحرمة كما في عبادة الاوثان والنيران فاذا اسلموا او ترافعوا وجب التفريق لفعل الحرمة
العامة م وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول ش اي في النكاح بغير شهود م كما قال ابو حنيفة وفي
الوجه الثاني ش اي في نكاح عدة كافر م كما قال زفر ش وبه قال الشافعي واحمد م له ش اي لزفر م

اى الخطابات عامة ش مثل قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله وقوله تعالى
وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم وقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود على ما مر من قبل ش
اشارة الى ما قال فى اول الفصل الذى فيه تزوج النصرانى بقوله وهذا الشرع وقع عاما فيثبت
الحكم على العموم م فيلزمهم ش اى الخطابات اى مقتضاها يلزمهم م وانما لا نتعرض لهم منهم
ش اى لاجل انهم التزموا عقد الذمة م اعراضا ش عنهم م لا تقريرا ش على فعلهم الباطل م فاذا
ترافعوا م الى الحكام م او اسلموا م والحرمة قائمة ش اى ثابتة والجملة حالية م وجب التفريق
ش بين من كان منهم من الازواج والزوجات م ولهما ش اى لابى يوسف ومحمد م انه حرمة نكاح
المعتدة مجمع عليها ش اى معتدة الغير اجمعوا على حرمتها سواء كان الغير مسلما او كافرا م فكانوا
ملتزمين لها ش فكان باطلا فى حقهم ايضا لانهم اتباع لنا ولكنا لا نتعرض لعقد الذمة فلما ترافعوا او اسلموا
وجب الحكم بما هو حكم الاسلام م وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ش بين العلماء فان مالكا وابن ابى
ليلى وعثمان البتى يجوزونه م ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ش ولكن عدم تعرضنا
لاجل عقد الذمة م ولابى حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه
ش اى بحقوق الشرع ولهذا لا نتعرض لهم فى الخمر والخنزير بخلاف الربوا لانه مستثنى بقوله عليه
السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد م ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه ش اى لان
الزوج م لا يعتقده ش اى لا يعتقد وجوب العدة م واذا صح النكاح ش بينهما م فحالة المرافعة ش
الى الحاكم م والاسلام ش اى وحالة الاسلام وقوله فحالة المرافعة مرفوع بالابتداء وخبره هو قوله
م حالة البقاء ش خبره م والشهادة ليست شرطا فيها ش اى فى حالة البقاء ولهذا لو مات الشهود لم
يبطل النكاح م وكذا العدة لا تنافيها ش اى لا تنافى حالة البقاء م كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة ش
يجب عليها العدة صيانة لماء الوطئ ولا يبطل النكاح القائم م فان تزوج المجوسى امه او ابنته ثم
اسلما فرق بينهما ش باجماع الائمة الاربعة م لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما ش اى
عند ابى يوسف ومحمد لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شايع فى دارنا وهم من اهل دارنا فيثبت الخطاب
فى حقهم او لانه ليس فى وسع المبلغ التبليغ الى الكل بل فى وسعه جعل الخطاب شايعا فجعل شيوع الخطاب
كالوصول اليهم الا ترى انهم لا يتوارثون بهذه الانكحة فلو كان صحيحا فى حقهم لتوارثوا م فما ذكرنا فى
المعتدة ش اشارة الى ما ذكر فى المسئلة المتقدمة بقوله ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا
ملتزمين م وجب التعرض بالاسلام فيفرق بينهما وفى الغاية اذا اسلم احدهما فرق بينهما
بالاتفاق وقبل الاسلام لا يفرق بينهما ما لم يترافعا جميعا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف يفرق بينهما
القاضى سواء وجد المرافع او لم يوجد وقال محمد اذا وجد الرفع من احدهما يفرق والا فلا وفى المبسوط
لو تزوج الذمى بمحرمة لا يتعرض له وان علم القاضى ما لم يرفعا اليه الا فى قول ابى يوسف الاخر انه يفرق
بينهما اذا علم ذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس ومحارمهم وقلنا هذا
غير مشهور وانما المشهور ما كتب عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه الى الحسن البصرى ما بال
الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير
فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام
ولان الولاة والقضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم
ذلك فحل محل الاجماع م وعنده ش اى وعند ابى حنيفة م له حكم الصحة ش اى لنكاح المحارم
حكم الصحة م فى الصحيح ش احترز به عن قول مشايخ العراق ان لنكاح المحارم حكم البطلان فى حقهم
كقول ابى يوسف ومحمد ولا يتعرض لهم لعقد الذمة وجه الصحيح ان الخطاب فى حقهم كانه غير
نازل لانهم يكذبون المبلغ ويزعمون عدم رسالته ولا ولاية الالزام بالسيف او المحاجة وقد
انقطعت بعقد الذمة وقصر حكم الخطاب عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر فى حق من يعتقد
رسالة المبلغ فاذا اعتقدوها بالاسلام ظهر حكم الخطاب فى حقهم م الا ان المحرمية ش جواب
عن هذا التشكيك ووجهه ان المحرمية م تنافى بقاء النكاح ش فيفرق بينهما كما لو اعترضت
المحرمية على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة م بخلاف العدة لانها لا تنافيه ش اى لان العدة

لا تنافى

لا تنافى بقاء النكاح م ثم باسلام احدهما يفرق بينهما ش بالاتفاق م وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده ش
اى لا يفرق بينهما عند ابى حنيفة م خلافا لهما ش اى لابى يوسف ومحمد وقد مر الكلام فيه عن قريب
م والفرق ش يعنى بين التفريق باسلام احدهما وعدم التفريق بمرافعة احدهما م ان استحقاق احدهما
ش لا يوجب النكاح وحقوقه م لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده ش يعنى اعتقاده
بمرافعة صاحبه وهذا المعنى موجود فيما اذا اسلم احدهما ايضا لكن من حيث الاسلام فيفرق بينهما باسلام
احدهما وهو معنى قوله م اما اعتقاد المصر ش على دينه الباطل م لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام
يعلو ش على كل شيء م ولا يعلى ش اى لا يعلى عليه شيء فلا يعارضه اصرار الاخر على دينه م ولو ترافعا ش
يعنى لو ترافع كلاهما الى الحاكم م يفرق ش بينهما م بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ش يعنى اذا
حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضى اولى لان له العموم والولاية م ولا يجوز ان
يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل ش اى لان المرتد مستحق للقتل بنفس الردة
لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه فلا ينتظم نكاحه مصالحه من السكن والازدواج والتناسل
لان ذلك بالبقاء وهو مستحق القتل فصار كالميت ● وان قلت ● يرد عليه مستحق القتل قصاصا
فانه يجوز له التزوج قلت العفو مندوب اليه فيه بخلاف المرتد فانه لا يرجع غالبا اذ قد ترك بعد
اطلاعه على محاسن الاسلام فيكون ارتداده عن شبهة قوية عنده ● وقال ● السروجى يرد عليه
ما لو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق ثلاثا فان هذا النكاح غير مستقر ولا ينتظم به المصالح
لانه يقع به الطلاق الثلاث عقيب النكاح وثبوت النسب مشترك وقال الكاكى ولا يقال
مشركوا العرب لا ملة لهم لانه لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وقد صحت المناكحة فيما بينهم
لانا نقول لهم ملة لانا نعنى بالملة دينا يعتقد الكافر صحته ولم يكن اقر ببطلانه وقد وجد هذا الحد
فيهم م والامهال ضرورة التأمل ش هذا جواب سؤال هو ان يقال ينبغى ان لا يمهل المرتد لانه
مستحق القتل فاجاب بقوله والامهال اى امهال المرتد ثلاثة ايام لضرورة التأمل لينال ما فيما
عرض له من الشبهة فيها فزاد ذلك جعل كانه لا حياة له حكما م والنكاح يشغله عنه ش
اى عن التأمل فلا يشرع فى حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل
وخدمة الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه ش
اى لمصالح النكاح من السكن والازدواج والتناسل والتوالد فاذا فاتت المصالح بالردة لم يشرع
م وان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه ش اى على دين الاسلام باجماع الائمة الاربعة
ولا يتصور فيما اذا كان الزوج كافرا والمرأة مسلمة بل هذا فى حالة البقاء فان اسلمت المرأة ولم يعرض ش
الاسلام على زوجها فولدت قبل العرض م وكذلك ان اسلم احدهما ش اى احد الزوجين م وله ولد صغير ش
الواو فيه للحال م صار ولده مسلما باسلامه ش اى باسلام احد الزوجين م لان فى جعله تبعا له ش
اى لان فى جعل الصغير تبعا للذى اسلم منهما م نظرا له ش اى للصغير واى نظر يكون اعظم من الاسلام
وفى الينابيع يريد به اذا كان الصغير مع من اسلم فى دار واحدة وان كان الصغير فى دار الاسلام ومن
اسلم منهما فى دار الحرب وان كان فى دار الاسلام والصغير فى دار الحرب لا يصير مسلما م ولو كان احدهما
كتابيا ش اى ولو كان احد الزوجين من اهل الكتاب م والاخر مجوسيا ش او وثنيا والحاصل ان الاخر
ليس من اهل الكتاب م فالولد كتابى ش حتى يجوز للمسلم مناكحته وتحل ذبيحته م لان فيه نظرا له ش
لان فى جعل الصغير كتابيا نوع نظر له م اذ المجوسية ش فى الكتابية لان الكتابى يعتقد التوحيد
او يظهره م والشافعى يخالفنا فيه ش اى فى جعل الولد تبعا للكتابى لو جعل الذبيحة والنكاح
وجعله تبعا للمجوسى يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر كله ملة واحدة والترجيح للمحرم م
ونحن بينا الترجيح ش وهو قوله لان فيه نظرا له من حيث حل الذبيحة وجواز المناكحة فان قلت
على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن اين تقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع التعارض
وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لان كم من واقع لا يدفع ثم اعلم ان للشافعى
فيما اذا كان الاب كتابيا قولا واحدا وان كانت الام كتابية قولين احدهما انه يتبع له حتى تحل ذبيحته ومناكحته وبه قال مالك
لان الانتساب الى الاب واصحهما انه يتبع لامه حتى لا تحل ذبيحته ومناكحته وبه قال احمد وفى

الافقي يتبع الاب اذا كان مجوسيا وان كانت الام مجوسية ففيه قولان في البسيط في المتولد بين اليهود
والمجوسي قولان احدهما التحريم والثاني وهو الاصح النظر الى الاب وتغليب جانب النسب وفي الحاوي
ان اسلم الزوج تقر الكتابية على نكاحها ويعرض على غيرها الاسلام فان ابت وقعت الفرقة قبل الدخول
وبعده وقالت الشافعية تتعجل الفرقة قبل الدخول كقول الشافعي واحمد وتنتظر فراغ العدة بعده
كقولهما وان اسلمت المراة قبل الزوج وقعت الفرقة قبل الدخول وبعده تقف على انقضاء عدتها وفي
التمهيد قال مالك ان اسلم بعد انقضائها في عدتها فان نكحت قبل العلم او بلغها اسلامه فلا
سبيل له عليها وان ادركها قبل ان تنكح فهو احق بها وقال ابن قدامة يعرض عليها الاسلام ان كانت
حاضرة وان كانت غائبة تعجلت الفرقة وعن احمد روايتان في اعتبار العدة احدهما هو احق قبل
انقضاء عدتها وفي الاخرى تتعجل الفرقة واختارها الخلال وصاحبه ابو بكر وهو قول طاوس وعكرمة
وقتادة والحكم وعمر بن عبد العزيز وروي عن ابن عباس وعن علي رضي الله عنه هو احق اذا اسلم ما دامت
في دار هجرتها وعن الشعبي هو احق بها ما كانت في المصر وعن ابراهيم يقران على نكاحهما م واذا اسلمت
المراة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى ش اي الزوج عن الاسلام م
فرق بينهما وكان ذلك ش اي التفريق م طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد ش لا فسخا لانه فات الامساك
بالمعروف من جانبه فتعين التسريح بالاحسان فان طلق والا فالقاضي نايب منابه م وان اسلم الزوج
وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام ش وقيد بالمجوسية لانها لو كانت كتابية فلا عرض ولا
تفريق م فان اسلمت فهي امراته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف لا تكون
طلاقا في الوجهين ش اي لا تكون التفرقة طلاقا عنده سواء كان اباء الزوج او اباء المراة بل يكون فسخا وفايدته
انه لا ينقص من عدد الطلاق شيء م اما العرض ش اي عرض الاسلام م فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله
لا يعرض الاسلام لان فيه ش اي في العرض م تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة اي لا نتعرض لهم
الا ان ملك النكاح ش اي غير ان ملك النكاح م قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام
وبعده ش اي بعد الدخول م متأكد ش فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين م فيتأجل ش اي التفريق م
الى انقضاء ثلاث حيض ش قال الشراح قوله ثلاث حيض ليس بصواب بل الصواب ثلاثة اطهار لان
العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي يقول ينبغي ان يتأجل عندكم الى انقضاء ثلاث حيض م
كما في الطلاق ش يريد ان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة
وبقول الشافعي قال احمد وقال احمد في رواية يفسخ النكاح في الحال وقال مالك ان اسلمت الزوجة
اولا فالحكم على ما ذكره الشافعي رحمه الله فان اسلم الزوج اولا فان اسلمت في الحال بقيا على نكاحهما والا
انفسخ نكاحهما م ولنا ان المقاصد ش بالنكاح من السكن والازدواج م قد فاتت فلا بد من سبب يبنى
عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا ش للفرقة م فيعرض الاسلام ش على الزوج م لتحصل
المقاصد بالاسلام ش ان اسلم م او تثبت الفرقة بالاباء ش اي باباء الزوج عن الاسلام اي بامتناعه عنه
ومذهبنا مروي عن عمر وعن علي رضي الله عنهما فان دهقانة في نهر الملك اسلمت فامر عمر رضي الله عنه
بعرض الاسلام على زوجها فقال ان اسلم والا فرق بينهما وروي ان دهقانا اسلم في عهد علي رضي الله عنه
بعرض الاسلام على امراته فابت ففرق بينهما كذا في المبسوط والدهقان رئيس من العجم والدال لغة
فيه ونهر الملك على طريق الكوفة الى بغداد وقد طول الاكمل هنا حاصله ان سبب الفرقة الاباء عن
الاسلام لان الاسلام لا يصلح سببا لما ذكرنا ولا الكفر لان ... عليه لانه موجود قبل هذا فلم يصلح
الا الاباء لانه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة
فكانت الفرقة مضافة الى الاباء ولما فرغ المصنف عن البحث مع الشافعي شرع في البحث مع ابي
يوسف وهو قوله م وجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب ش وهو الاباء م يشترك فيه الزوجان ش
على معنى انه يتحقق من كل منهما م فلا يكون ش اي الفرقة م طلاقا بل يكون فسخا وعند الشافعي بسبب
اختلاف الدين وذلك يتحقق من كل منهما م كالفرقة بسبب الملك ش اي ملك احد الزوجين الاخر اذ الطلاق ن
لا يتصور منها فكل سبب يتحقق منها لا يكون طلاقا م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م ان بالاباء ش اي
باباء الزوج عن الاسلام م امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه ش اي على الامساك بالمعروف

م فينوب القاضي منابه في التسريح ش بالاحسان م كما في الجب ش اي كما اذا وجدت زوجها مجبوبا
وهو مقطوع الذكر والخصيتين او وجدته عنينا فان القاضي يفرق بينهما عند طلب المراة م اما
المراة فليست باهل الطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها ش لعدم تصور التسريح منها م
ثم اذا فرق بينهما فلها المهر ان دخل بها لتأكده ش اي لتأكد المهر م بالدخول ش فيكون لها كمال المهر
وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد ش لعدم الدخول م فاشبه الردة ش
يعني كما اذا ارتدت قبل الدخول والعياذ بالله م والمطاوعة ش اي واشبه المطاوعة ايضا فان مكنت
نفسها من ابن زوجها قبل الدخول فلا يجب لها عليه المهر قبل الدخول ولا نفقة العدة بعد الدخول وقال
الاترازي المطاوعة بفتح الواو لا بكسرها لانها مصدر اي مطاوعة المراة ابن زوجها قلت يجوز
فتح الواو ايضا ويكون اسم الفاعل من طاوع ويكون المعنى فاشبه المراة المطاوعة لابن زوجها في تمكين
نفسها منه بل هذا اوجه من الكسر لا يخفى على المدقق م واذا اسلمت المراة في دار الحرب وزوجها
كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة بينهما ش في الصورتين م حتى تحيض ثلاث حيض ش
وان لم يكن ممن تحيض فثلاثة اشهر ثم بعد مضي ثلاث حيض او شهور وقوع الفرقة ثم لا بد من ثلاث حيض
او شهور اخرى للعدة م ثم تبين من زوجها ش اي بعد ثلاث حيض كما ذكرنا م وهذا ش اشارة الى انه
لا بد للفرقة من سبب الاسلام او كفر المصر او اختلاف الدين لا يصلح ان يكون موجبا للفرقة لما مر في المسئلة
المتقدمة وبين ذلك بقوله م لان الاسلام ليس سببا للفرقة ش لان الاسلام عاصم م والعرض على الاسلام
متعذر لقصور الولاية ش لانقطاع يد اهل الاسلام عن دار الحرب م ولا بد من الفرقة دفعا للفساد ش
وهو كون المسلمة تحت الكافر قوله والعرض على الاسلام متعذر من باب القلب نحو عرضت الناقة على الحوض
والاصل ان يقال وعرض الاسلام على الكافر متعذر الا انه قلب الكلام لعدم الالتباس كما في قولك
ادخلت الخاتم في الاصبع والاصل ادخلت الاصبع في الخاتم ولما تعذر تقريب السبب اضيف الحكم
الى الشرط وهو معنى قوله م فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب ش لان الشرط يضاف اليه الحكم
عند تعذر الاضافة الى العلة والسبب م كما في حفر البئر ش في قارعة الطريق فان وقع فيها انسان فان
الضمان على الحافر فلا يمكن اضافته الى العلة لما عرف فاضيف الى الشرط وهو الحفر وتحقيق هذا ان علة
الوقوع ثقل الواقع فلا يصلح سببا لعدم التعدي لانه امر طبيعي لا صنع للواقع فيه وسبب الوقوع المشي
فلا يصلح سببا لاضافة الحكم اليه لانه مباح فاضيف الى صاحب الشرط وهو الحافر لازالة مسكة الارض
بالحفر فاذا كان كذلك توقفت الفرقة الى انقضاء مدة العدة اعني ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض او مضي ثلاثة
اشهر ان كانت ممن لا تحيض وبه صرح الكرخي في مختصره وذلك لان الطلاق سبب البينونة وانقضاء العدة
شرطها م ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رحمه الله يفصل ش حيث يقول ان كان قبل
الدخول تقع الفرقة في الحال وان كان بعد الدخول تتوقف على انقضاء ثلاث حيض م كما مر له ش اي
للشافعي رحمه الله م في دار الاسلام ش من قوله فان كان قبل الدخول بالتفصيل المذكور الان وبقوله
قال مالك واحمد م واذا وقعت الفرقة والمراة حربية ش اي والحال ان المراة حربية م فلا عدة عليها
ش اي على الحربية بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها ذكر في شرح الطحاوي سواء كان قبل الدخول
او بعده م وان كانت هي المسلمة م فكذلك ش لا عدة عليها بعد الدخول م عند ابي حنيفة خلافا لهما ش
اي لابي يوسف ومحمد وهذه متعلقة بما قبلها بيانه ان احد الزوجين اذا اسلم في دار الحرب تقع الفرقة
بانقضاء ثلاث حيض وبعد ذلك لا يلزم العدة على المراة سواء كانت مدخولا بها او لم يكن مدخولا بها وان
كانت حربية اعني مجوسية او وثنية فلا عدة عليها ايضا كما ذكرنا وان كانت مسلمة فلا عدة عليها
عند ابي حنيفة لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي واصل المسئلة في المهاجرة الى دار الاسلام فانها
اذا هاجرت الينا مسلمة او ذمية لم يلزمها العدة في قول ابي حنيفة الا ان يكون حاملا فحينئذ لا تتزوج
حتى تضع حملها م وستأتيك بيانه ان شاء الله ش اي في مسئلة المهاجرة قال الاترازي بعد ثلاثة عشر خطا
وقال الكاكي في باب العدة والاول هو الاصوب م واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح بينهما
النكاح ابتداء فلان يبقى اولى ش لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل من النكاح حالة البقاء
وان لم يتحمل في الابتداء الا ترى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح

نكاح المعتدة في وطء بشبهة اتفاقا م واذا خرج احد الزوجين الينا ش في بعض النسخ قال اي قال القدوري
واذا خرج احد الزوجين الينا ش اي الى دار الاسلام م من دار الحرب ش حال كونه م مسلما ش اي مسلما
غير مراغم حتى اذا خرج مراغما تقع الفرقة بالاجماع اما عندنا فلتباين الدارين واما عنده فللمراغمة والقهر
لزوجته لذا في مبسوط البزدوي م وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ش وقال شمس الائمة السرخسي
ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلما او ذميا او خرج مستامنا ثم اسلم او صار
ذميا لانه صار من اهل دارنا وفايدة وقوع البينونة حل وطء تلك الامة لمن وقعت في سهمه بعد الاستبراء
وان كان الخارج هو الرجل يجوز له ان يتزوج اربعا سواها او اختها ان كانت في دار الاسلام م ولو سبي احد الزو
وقعت البينونة بينهما ش اتفاقا م وان سبيا معا ش اي الزوجان م لم تقع وقال الشافعي رحمه الله وقعت
م فالحاصل ان السبب ش اي سبب وقوع البينونة م عندنا هو التباين ش اي تباين الدارين م دون
السبي ش وجد او لم يوجد م وهو يعكسه ش اي الشافعي رحمه الله يعكس ما قلنا حيث يقول بان
السبي هو سبب البينونة لا التباين وبه قال مالك واحمد حتى لو خرج احد الزوجين الينا مسلما لا
تقع الفرقة عندهم على اصلهم م له ش اي للشافعي م ان التباين اثره في انقطاع الولاية ش وهو
سقوط ماللانسان عن نفسه وماله م وذلك ش اشارة الى انقطاع الولاية م لا يؤثر في الفرقة ش اي
في انقطاع النكاح م كالحربي المستامن ش يعني اذا دخل دارنا بامان انقطعت ولايته ولا تقع الفرقة
بينه وبين امراته مع تباين الدار م والمسلم المستامن ش اذا دخل دارهم بامان لا يثبت الفرقة بينه وبين
امراته م اما السبي فيقتضي الصفا ش بالمد اي الخلوص اي يقتضي صفا المسبي للسابي ولا يصفو الملك في
المسبي للسابي الا بانقطاع نكاح الزوج عن المسبية م ولهذا ش ايضا لقوله فيقتضي الصفا للسابي م يسقط
الدين ش الذي للكفار م عن ذمة المسبي ش ليصفو المسبي للسابي م ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما ش اي من
حيث الحقيقة ومن حيث الحكم اما حقيقة فبان يكون احدهما في دار الحرب والاخر في دار الاسلام واما
حكما فبان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى **وفي النهاية**
وفي قوله حكما جواب عن قوله كالحربي المستامن والمسلم المستامن لان الحربي المستامن وان كان في دار
الاسلام حقيقة ولكن هو في دار الحرب حكما لانه على نية الرجوع فلذلك لم يترتب عليه حكم التباين وكذلك
المسلم المستامن حتى لو انقطعت منه الرجوع كان حكم التباين ثابتا في حقه م لا ينتظم المصالح ش
والنكاح شرع للمصالح لا لعينه م فشابه المحرمية ش يعني اذا اعترضت المحرمية على النكاح فانه لا يبقى
منها لفوات انتظام المصالح كذا ههنا التباين م والسبي يوجب ملك الرقبة ش هذا رد دليل الخصم
تقريره ان السبي يوجب ملك الرقبة م وهو ش اي ملك الرقبة م لا ينافي النكاح ابتداء ش بان تزوج امته
لغيره م فكذلك ش لا ينافيه م بقاء ش بان اشترى منكوحة الغير م وصار ش اي السبي م كالشراء اي كالشرى
في غيره من حيث ان النكاح لا يفسد بالشرى فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وكذلك الصدقة والهبة
م ثم هو ش اي السبي م يقتضي الصفا ش يعني سلمنا اي السبي يقتضي الصفا لكن م في محل عمله وهو المال
لا في محل النكاح ش وهو منافع البضع باعتبار انها ادمية وذلك ليس محل عمله لان ذلك من الخصايص
الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله وبهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي
لان الدين في الذمة وهي ليس محل عمله لا نها في الرقبة وقوله وفي المستامن جواب عن قوله كالحربي
المستامن والمسلم المستامن وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في
المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما وهو معنى قوله م وفي المستامن لم تتباين الدار حكما لقصده
الرجوع ش الى دار الحرب والرجوع منصوب على انه مفعول المصدر والمصدر يعمل عمل فعله فان قلت
استدل الشافعي رحمه الله بقضية زينب رضي الله عنها ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم انها هاجرت
من مكة الى المدينة وخلفت زوجها ابا العاص بمكة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالنكاح الاول فعلم ان التباين لا يوجب الفرقة قلت ردها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح
الجديد يعني قوله بالنكاح الاول اي بحرمة النكاح الاول وقد صح في السنن عند الترمذي وابن ماجه
واحمد انها ردت بعد ست سنين في رواية وفي اخرى بعد سنتين وعند الخصم تثبت الفرقة
بانقضاء العدة وان لم تثبت بالتباين فكيف يحتج به علينا فان قلت استدل ايضا بحديث ابي سفيان

بانه اسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجته هند بمكة وهي دار الحرب
حينئذ ثم لم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينه وبين امراته هند ولما فتح عليه السلام
مكة هرب عكرمة بن ابي جهل وحكيم بن حزام حتى اسلمت امراة كل منهما واخذت الامان لزوجها وذهبت
فجاءت به ولم يجدد عليه السلام النكاح بينهما قلت الصحيح ان ابا سفيان لم يحسن اسلامه يومئذ وانما
اجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشفاعة عمه العباس رضي الله عنه وعكرمة وحكيم بن حزام انما
هربا الى الساحل وكانت من حد مكة فلم يوجد تباين الدارين وقد قال الزهري لم يكن دار الاسلام انما
يتميز من دار الحرب بعد فتح مكة ولو وجد تباين الدارين يومئذ فان قلت قال الله تعالى والمحصنات من
النساء الا ما ملكت ايمانكم عد المنكوحات من المحرمات ثم استثنى المملوكات بملك اليمين مطلقا ولم
يفصل بين ما اذا كان زوج المسبية معها او لم يكن والمطلق يجري على اطلاقه عندكم فكيف لا تجوز
وطء المسبية ان سبي معها زوجها وروي في السنن مسندا الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى
تحيض حيضة ولا تفصيل فيه ايضا قلت اما الاية فان قوله تعالى ما ملكت ايمانكم عام خص منه البعض
فخص المتنازع بما اذا اشترى الامة مع زوجها لا يجوز للمشتري ان يطاها بالاجماع مع وجود ملك
اليمين فلما كان البعض مخصوصا حملنا الاية على ما اذا سبيت المراة وحدها وحصل تباين الزوجين
حكما والجواب عن سبايا اوطاس فانهن كن سبين وحدهن من دون ازواجهن لان الرجال كانوا
خرجوا للقتال وخلفوا النسا والذراري في الحصن فلما انهزموا استولى رسول الله صلى الله عليه
وسلم على الحصن وسبا النسا دون الازواج واوطاس اسم موضع بقرب مكة على ثلاث مراحل من مكة
م واذا خرجت المراة الينا مهاجرة ش اي حال كونها مهاجرة من دار الحرب الى دار الاسلام سواء كانت
مسلمة او ذمية م جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة ش الا ان يكون حاملا م وقالا عليها
العدة ش اي قال ابو يوسف ومحمد عليها العدة ولا يجوز لها التزوج الا بعد العدة م لان الفرقة
وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها احكام الاسلام ش لانها حرة فارقت زوجها بعد الا
فيلزمها العدة كالمطلقة في دارنا م ولابي حنيفة انها ش اي ان العدة م اثر النكاح المتقدم
وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا ش اي ولاجل ان ليس لملك الحربي خطر م لا تجب
ش اي العدة م على المسبية ش بالاتفاق م وان كانت ش اي المراة المهاجرة المذكورة م حاملا لم
تتزوج حتى تضع حملها ش للنص م وعن ابي حنيفة ش رواها الحسن عنه م انه يصح النكاح ولا
يقربها الزوج حتى تضع حملها كما في الحبلى ش لا يصح الوطء حتى تضع حملها م وجه الاول ش وهو انه لا
يتزوج حتى تضع حملها م انه ثابت النسب ش من الغير م فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع
عن النكاح احتياطا ش في باب النسب كام الولد حبلت من مولاها لا تتزوج حتى تضع م واذا ارتد
احد الزوجين عن الاسلام والعياذ بالله وقعت الفرقة ش بينهما م بغير طلاق ش سواء دخل بها او لم يدخل م
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق ش وان كانت
منها فهو كما قالا **وفي المغني** انما بهذا اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة
عامة اهل العلم وحكي عن داود الاصفهاني انه لا ينفسخ بالردة وان كانت الردة بعد الدخول
فكذلك في احدى الروايتين عن احمد بن حنبل وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وابي حنيفة ومالك
والثوري وزفر وابي ثور وابن المنذر وفي الرواية الثانية يقف على انقضاء العدة وهو قول الشافعي
واسحق ثم من المالكية من جعل الردة فسخا ومنهم من جعلها طلقة بائنة ومنهم من جعلها رجعية
ومنهم من قال لو اسلم يعود الى زوجته كما كانت بغير طلاق ولا فسخ كما يعود المرتد الى ماله على المعروف
من كل مذهب وعند ابن ابي ليلى لا تقع الفرقة بالردة قبل الدخول وبعده لكن يستتاب المرتد فان
تاب فهي امراته وان مات على الردة او قتل ورثته امراته م وهو ش اي محمد م يعتبرها بالاباء ش
اي يعتبر الردة بالاباء م والجامع ما بيناه ش وهو ما ذكره قبل هذا قريبا من الورقة بقوله لهما ان
بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح
فكذا بالردة امتنع عن الامساك فناب القاضي منابه م وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء ش

وهو اي الفرقة سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك وهذا ينتقض
بالخلع م وابو حنيفة فرق ش اي بين الاباء والردة م ووجهه ش اي وجه الفرق م ان الردة منافية للنكاح
لكونها ش اي لكون الردة منافية للعصمة ش لبطلان العصمة عن نفسه واهلاكه بها فتزول ملك
النكاح بها ولانها موت حكما م والطلاق رافع ش للنكاح وليس بمناف له م فتعذر اي تعذر جعلها طلاقا
بخلاف الاباء لانه يفوت به الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ش ان الاباء امتناع
عن الامساك بالمعروف مع قدرته على الاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح م ولهذا ش توضيح
لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء اي لاجل ذلك م تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ش اي حكم الحاكم
لانها ليست فتوقف حكمه على القضاء م ولا يتوقف ش على القضاء م بالردة ش لان المنافي لا يتوقف
حكمه على القضاء كالمحرمية م ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل
ش بالنص م وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة
من قبلها ش فلذلك تسقط المهر والنفقة كالناشزة لا نفقة لها م وان ارتدا معا ش اي وان ارتد الزوجان
معا م ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا ش اي من حيث الاستحسان م وقال زفر يبطل ش وهو
القياس وبه قال الشافعي ومالك واحمد م لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ش لان ردة
احدهما اذا كانت منافية للنكاح فردتهما بالطريق الاولى م ولنا ما روي ش وهو وجه الاستحسان م
ان بني حنيفة ش وهم حي من العرب م ارتدوا ثم اسلموا ولم تامرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد
الانكحة ش قال مخرج الاحاديث هذا غريب وقال الاترازي وجه الاستحسان ما روى اصحابنا في
المبسوط وغيره ان بني حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه الجيوش
حتى اسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة ولا احد من الصحابة واجماعهم حجة يترك بها القياس فان قال
قائل من الجائز انهم ارتدوا على التعاقب من غير ان يعرف انهم ارتدوا جميعا لان الغالب التعاقب
في الردة وهو الظاهر قلت سكوت الصحابة عن تجديد الانكحة دليل على عدم التعاقب لانه لو كان
ارتدادهم على التعاقب لامروا بتجديد الانكحة لان السكوت عن الحق لا يليق بحالهم م والارتداد
واقع منهم معا ش هذا جواب عما يقال ان ارتداد بني حنيفة ما وقع جملة حتى يستقيم التعليق به
فاجاب بقوله والارتداد منهم ش اي من بني حنيفة واقع منهم جميعا م لجهالة التاريخ ش فيجعل
كانه وجد جملة كالغرقى والحرقى والهدمى م ولو اسلم احدهما ش اي احد الزوجين المرتدين م بعد الارتداد
قبل الاخر فسد النكاح بينهما ش يعني تقع الفرقة بينهما باجماع علمائنا م لاصرار الاخر على الردة لانه
ش اي لان الاصرار على الردة م مناف ش اي للنكاح م كانشائها ش اي كانشاء الردة اي كما انشائها
حتى لا يجب لها شيء ان كان المسلم هو الزوج قبل الدخول وان كانت هي التي اسلمت قبل الدخول فلها
نصف الصداق وان وجد الدخول فلها المهر كاملا في الوجهين لان المهر يستقر بالدخول ويصير دينا
في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة وعند زفر والشافعي ومالك واحمد اسلام احدهما لا يوجب
الفرقة الواقعة بارتدادهما

ص باب القسم ش اي

هذا باب في بيان احكام القسم بفتح القاف مصدر قسم الشيء فانقسم وبكسر القاف النصيب والتسمية
اسم للمناسبة والاقتسام والقسم بمعنى التخصيص وقال الاترازي بفتح القاف مصدر وهو الرواية
عن شيوخنا قلت هذا عجيب لا يحتاج الى رواية هكذا عن شيوخه كل لان كل واحد
يعلم انه بالفتح في باب التعديل بين النساء ويعلم انه بالكسر النصيب ولما ذكر جواز عدد
النساء ذكر بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة والموجب
لتاخيره لتبين الاحتياج الى معرفته غيره على ما لا يخفى م واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه
ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احداهما بكرا والاخرى ثيبا ش قال واذا
كان بلفظ الذي لا يتكرار كان مسندا الى المؤنث الحقيقي لو وقع الفصل لقولهم حضر
القاضي اليوم امراة وهذا جائز خلافا للمبرد وقال حرتان لتشمل المسلمة والكتابية والمراهقة
والبالغة والمجنونة التي يخاف منها والحائض والنفساء والحامل والحائل والصغيرة التي يمكن
وطيها والمحرمة والمولى عنها والمظاهر منها والجذماء والقرناء فالكل سواء في باب الحكم

وحماد وقال مالك والشافعي واحمد يقيم عند البكر الجديدة سبعا وعند الثيب الجديدة ثلاثا
قلنا لا يجب عليها بذلك وهو قول ابراهيم النخعي وعامر الشعبي واسحق بن راهويه واختاره
ابن المنذر وقيل للبكر ثلاث وللثيب ليلتان هكذا روي عن سعيد بن المسيب والحسن البصري
وخلاس بن عمرو ونافع بن عمر م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من كانت
له امراتان ومال الى احداهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل ش هذا الحديث اخرجه الائمة
الاربعة من حديث همام بن يحيى عن قتادة عن النضر بن انس عن بشير بن نهيك عن ابي هريرة قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له الى اخره ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في
مستدركه وقال حديث حسن صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وفي رواية الترمذي وشقه
ساقط قال شيخنا هل المراد به سقوطه حقيقة او المراد به سقوط حجته بالنسبة الى احدى
امراتيه التي مال عليها مع الاخرى يحتمل الامرين ولا مانع من الحقيقة ويدل على ارادة الحقيقة قوله
في رواية ابي داود وهو مائل فهو ظاهر انه ليس المراد سقوط الحجة وانما المراد سقوط احد شقيه يعني
ميلانه وفيه ان الجزاء من جنس العمل فلما لم يعدل وجار عن الحق والجور الميل كان عذابه بان يجيء
يوم القيامة على رؤوس الاشهاد واحد شقيه مائل م وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك ش
هذا ايضا اخرجه الائمة الاربعة عن حماد بن سلمة عن ايوب عن ابي قلابة عن عبد الله بن يزيد عن عائشة
رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم الى اخره ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال
حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه قوله فيما املك اي فيما قدرني عليه مما يدخل تحت القدرة والاختيار
بخلاف ما لا اقدر عليه من ميل القلب فانه لا يدخل تحت القدرة ص يعني زيادة المحبة ش هذا ليس من
لفظ الحديث وانما هو تفسير من الرواة وحكى الترمذي عن بعض اهل العلم انه فسره بالحب وا
وروى البيهقي عن الشافعي في تفسير الحديث قال يعني والله اعلم قلبه وكذا قال ابو داود في سننه يعني
القلب وفسره الخطابي بميل القلوب م ولا فصل فيما روينا ش اي لا فصل بين البكر والثيب فيما
من الحديث المذكور م والقديمة والجديدة سواء ش وقد ذكرنا مذهب الشافعي عن قريب ولكن نوضح
هنا باكثر من ذلك منقول قال الشافعي ومالك واحمد وابو عبيد ان كانت الجديدة بكرا اقام عندها
بعد العقد سبعا من غير قضاء وان كانت ثيبا اقام عندها ثلاثا بغير قضاء ولو شاء اقام عندها سبعا مع
القضاء وله في القضاء وجهان احدهما انه يقضي جميعها وهو ظاهر السنة والثاني انه يقضي ما زاد على الثلاث
وفي الجواهر والمغني للامة الجديدة سبع اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا فلها ثلاث عند المالكية والحنابلة
يجعلوها كالحرة البكر والثيب وللشافعية ثلاثة اوجه احدها التسوية بين الحرة والامة الثاني
للامة النصف كسائر القسم الثالث للبكر من الاماء اربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة ذكره
في النهاية لامام الحرمين وفي الجواهر الزيادة حق الزوجة او حق الزوج او حقهما فيه اختلاف وفي
الجواهر والنهاية والمغني على ولي المجنون ان يطوف به على نسائه وفي النهاية لو ترك حق واحدة وخص
الزوج بالباقيات كان ظالما ووجب عليه القضاء وعندنا ما ذكر في المحيط والمبسوط الزوج لو اقام
عند واحدة شهرا ظالما ثم طلب القسم من الباقيات او بغير طلب فليس عليه ان يعوض لانه ليس بمال
فلم يكن دينا عليه في الذمة للزينة ظالما لم يوعظ فان اصر يؤدب تعزيرا ولو جعلت لها الحرة مالا
على ان يزيد قسمها فهي باطلة ولها ان ترجع في مالها وان زادها في ايامها لان ذلك رشوة كالرشوة في
الحكم وكذا لو حطت من مهرها او زاد في مهرها شيئا بهذا اللفظ وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور
هو جائز وهو مذهب الحسن البصري ذكره في الاشراف م لا طلاق ما روينا ش قال الاترازي هذا
تكرار بلا فائدة لان عدم الفصل فيما رواه لعلم من قوله لا طلاق ما روينا وما كان يحتاج الى ذكرهما
جميعا وقال الاكمل الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على
القديمة فنفى المصنف الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني بقوله لا طلاق ما روينا قلت لكن
النظر في تصويب احدهما م ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك ش اي بين النساء م
والاختيار في مقدار الدور الى الزوج ش يعني ان شاء ثلث الكل واحدة وان شاء سبع الكل واحد الى غير

ذلك وليس للمرأة أن تقول بت عندي ليلة وليلة أخرى عند صاحبتي لأن المقصود هو العدل
وذلك حاصل كيف كان م لأن المستحق هو التسوية بينهن ش أي بين الزوجات م دون طريقها ش أي
طريق التسوية وفي غالب النسخ دون طريقه وقال الأترازي أي دون طريق العدل يعني يثبت عند
احدى المرأتين مثل ما يبيت عند الأخرى فأما أن يبيت عند هذه ليلة ويبيت عند الأخرى كذلك وليس لها
أن تقول بت عندي ليلة وعند صاحبتي مثل ذلك لأن المستحق عليه العدل لا طريقه لأن طريقه
مفوض إلى الزوج ثم قال الأترازي وتذكير الضمير في طريقه وإن كان راجعا إلى التسوية لإرادة العدل
ومثل ذلك جائز كما في قوله والأرض أبقل إبقالها م والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة
ش قال في شرح الكافي وهي أن التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا في المجامعة
لأن ذلك شيء يبنى على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه هو نظير المحبة بالقلب م لأنها ش
أي لأن المجامعة م تبنى على النشاط ش كما ذكرنا م وإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة
الثلثان من القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر ش وهو ما رواه أبو بكر بن أبي شيبة وعبد الرزاق
في مصنفيهما والدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن أبي ليلى عن المنهال بن عمرو عن عباد بن عبد الله
الأسدي عن علي رضي الله عنه قال إذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث أن الأمة
لا ينبغي لها أن تتزوج على الحرة والمنهال بن عمرو فيه مقال وعباد ضعيف قال الشيخ قال البخاري
فيه نظر وروى البيهقي عن ابن المسيب وعن سليمان بن يسار أن الحرة إذا أقامت على ضرة فلها يومان
وللأمة يوم وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية وقال مالك في رواية أخرى إنهما سواء في
استحقاق القسم م ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة ش لأنها على النصف من الأمة في غالب الحقوق
م فلا بد من إظهار النقصان في إظهار الحقوق ش لئلا يلزم التسوية م والمكاتبة والمدبرة وأم الولد
بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم ش فيكون لهن الثلث من القسم م قال ش أي القدوري م ولا حق
لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها
وقال الشافعي رحمه الله القرعة مستحقة ش حتى لو سافر بدون القرعة بواحدة يقضي ما مضى في
السفر يعني يقيم عند من لم يسافر معها مثل تلك الأيام وبالقرعة لا يقضي وبه قال أحمد وقال داود
يقضي بكل حال م لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه ش هذا
الحديث أخرجه الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
إذا أراد السفر أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه أخرجوه مختصرا ومطولا بحديث
الإفك م إلا أنا نقول ش يعني نعمل بالحديث كما عمل به الشافعي غير أنا نقول م إن القرعة
لتطييب قلوبهن فكانت ش أي القرعة م من باب الاستحباب ش والشافعي رحمه الله يعمل
بظاهره ونحن نقول إن التسوية بينهن لم تكن واجبة على النبي صلى الله عليه وسلم في الحضر
ففي السفر أولى وإنما كان تبرعا في سفره لما ذكرنا م وهذا ش يعني كون القرعة من باب الاستحباب م
لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ألا ترى ش لما قبله م أن له ش أي للزوج م أن لا يستصحب
واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ش هذا دليل على أن لا حق لهن حالة السفر م ولا يحتسب عليه
بتلك المدة ش أي لا يحتسب على الزوج مدة السفر يعني إذا سافر بإحدى المرأتين شهرا مثلا لا يؤمر
أن يكون عند الأخرى شهرا آخر ثم يسوي بينهما في الحضر ابتداء وفي الغاية ثم لا يقضي مدة سفره بواحدة
منهن إلا للبعيدة نسائه وقال داود يقضي واشترط صاحب الوجيز لسقوط القضاء في قول الشافعي
أربعة شرائط أحدها أن يقرع والثاني أن لا يعزم على النقلة لأن في سفر النقلة لا يجوز أن
يستصحب بعضهن دون بعض وفي سفر التجارة يجوز والثالث أن يكون السفر طويلا لأن في السفر
القصير لغرض الفرح فيه طريقان أصحهما أحدهما أن يستصحب بالقرعة ويقضي والثاني كالسفر
الطويل ولا يقضي وهو الصحيح عند صاحب التهذيب والتتمة والرابع أن لا يعزم على الإقامة فوق
أربعة أيام أو أكثر م وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لأن سودة
بنت زمعة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي
الله عنها ش مفهوم هذا الحديث أنه عليه السلام طلق سودة وقال مخرج الأحاديث ولم يجد

ذلك قلت روى البيهقي في سننه بإسناده إلى عروة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة
فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت والله ما لي في الرجال من حاجة ولكني أريد أن أحشر
في أزواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة وهذا مرسل وفي مستدرك الحاكم عن هشام بن
عروة عن أبيه عن عائشة قالت قالت سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى
الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة فقبل ذلك منها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت عائشة
فيها وفي أشباهها أنزل الله تعالى وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا وفي لفظ أن يكون
مسلاخها في سودة بنت زمعة من امرأة فيها حدة فلما كبرت قالت يا رسول الله قد جعلت يومي منك
لعائشة فكان عليه السلام يقسم لعائشة يومين يومها ويوم سودة وروى البخاري أيضا كان
عليه السلام يقسم لكل امرأة منهن يومها غير أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة تبتغي بذلك رضى
النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وزمعة بفتحتين اسم رجل م ولها أن ترجع في ذلك ش أي المرأة أن
ترجع في قسمها بعد أن وهبت لصاحبتها م لأنها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط ش فلم يكن
إسقاطها ملزما فلها المطالبة بعد ذلك عند حول الحول وبه قال الشافعي ومالك وأحمد إلا أن الشافعي
قال يشترط قبول الزوج في هبة نوبتها والله أعلم م

كتاب الرضاع ش

أي هذا كتاب الرضاع وهو بفتح الراء وهو الأصل وبكسرها لغة وقال عياض الرضاع والرضاعة بفتح الراء
وكسرها فيهما وأنكر الأصمعي كسرها مع الهاء وفي الصحاح رضع الصبي أمه يرضعها رضاعا مثل سمع يسمع
سماعا وأهل نجد يقولون رضع رضعا بكسر الضاد في المضارع مثل ضرب يضرب ضربا والمرضع التي لها
رضاع أو ولد رضيع قاله عياض وقال الجوهري امرأة مرضع ذات ولد رضيع ترضعه بأن رضعت
بإرضاع الولد قلت مرضعة ولما كان المقصود من النكاح هو التوالد والتناسل والولد لا بد له من الرضاع
ناسب ذلك ذكر الرضاع عقيب النكاح فإن قلت الرضاع سبب التحريم وكان المناسب أن يذكر في المحرمات
قلت لما اختص الرضاع بمسائل مثل شهادة النساء في الرضاع ومثل خلط اللبن بالدواء وغيره لذلك أفرده
بكتاب وحده والرضاع في الشرع هو مص الرضيع من ثدي الآدمية في وقت مخصوص والمص يتناول
القليل والكثير وقوله من ثدي الآدمية احتراز عن ثدي الشاة ونحوها فإن الرضاع لا يثبت به والمراد
من وقت مخصوص هو مدة الرضاع وفي تقديرها اختلاف سيأتي إن شاء الله تعالى م قليل الرضاع م
وكثيره إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم ش وهذا روي عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود
وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم وبه قال الحسن البصري وسعيد بن المسيب وطاوس
وعطاء ومكحول والزهري وقتادة وعمرو بن دينار والحكم وحماد والأوزاعي والثوري ووكيع وعبد الله بن
المبارك والليث بن سعد ومجاهد وزاد الشيخ أبو بكر الرازي عمر بن الخطاب رضي الله عنه والشعبي والنخعي
وقال ابن المنذر وهو قول أكثر الفقهاء وقال النووي وهو قول جمهور العلماء وحكى أبو بكر الرازي
وابن قدامة في المغني عن الليث أنه قال أجمع المسلمون على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد كما يفطر
الصائم وهو قول مالك وأحمد في رواية م وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات ش
وبه قال أحمد في ظاهر الرواية وإسحاق وعن أحمد ثلاث رضعات وعنه واحدة وقال الجوزجاني وداود الظاهري وجماعة
أخذ بها كقول أبي حنيفة والثاني بثلاث رضعات واختاره مشايخنا وقال بعض الفقهاء بثلاث
رضعات وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كذا في شرح الأقطع وقال أبو عبيد إنما يحرم الثلاث
من مفهوم لا تحل المصة والمصتان ويروى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لا يحرم إلا سبع رضعات
وعن حفصة لا يحرم إلا عشر رضعات م لقوله عليه السلام ش أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا تحرم
المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان ش روى مسلم هذا الحديث مفرقا فروى قوله لا تحرم
المصة والمصتان من حديث ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة رضي الله عنهم قالت قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان وروى قوله ولا الإملاجة ولا الإملاجتان
من حديث أم الفضل بنت الحارث قالت دخل أعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي
فقال يا رسول الله إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت امرأتي الحدثى
رضعة أو رضعتين فقال النبي عليه السلام لا تحرم الإملاجة والإملاجتان ورواه ابن حبان في صحيحه

حديثا واحدا نحوه ورواية المصنف من رواية محمد بن دينار حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله ابن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان هذا من تتمة الحديث على ما ذكره صاحب الهداية ولكن ليس هو مما يثبت في الاصول في كتب الحديث وهذه الزيادة لم يثبتها الترمذي في جامعه وابو داود في سننه بل رووا لا تحرم المصة ولا المصتان انتهى قلت عدم اطلاعه في كتب الحديث وقصر باعه في هذا الفن الجاه الى هذا الكلام وكيف تقول وليس هذا مما يثبت في الاصول في كتب الحديث وقد رواه مسلم كما ذكرنا مفردا مستقلا ورواه ابن حبان كما رواه المصنف وعدم اثبات الترمذي وابي داود هذا لا يستلزم نفي ان يكون هذا من الاحاديث المثبتة قوله الحرمة في رواية مسلم بضم الحا المهملة يا نبت الاحدث يريد المراة التي تزوجها بعد الاولى والاملاجة بكسر الهمزة وبالجيم المرة من املجت المراة الصبي اي ارضعته وقال ابن الاثير ويروى لا تحرم الملجة والملجتان ثم قال والملج المص ملج الصبي امه يملجها ملجا وملجها يملجها اذا ارضعها قلت الاولى من باب نصر ينصر والثاني من باب علم يعلم وقال الكاكي المصة مكيدن وهو فعل الرضيع والاملاجة شيرداذن يقال املجته اي ارضعته قلت حاصل كلامه يشعر بالفرق بين المصة والاملاجة فقال المصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المراة التي ترضع لانه قال بالفارسية شيرداذن يعني اعطا اللبن واعطا اللبن من فعل المراة قال قلت ما وجه استدلال الشافعي بالحديث المذكور فان مذهبه خمس رضعات مشبعة والحديث كيف يدل عليه قلت قال الكاكي وجه تمسك الشافعي رحمه الله بالحديث ان المصة داخلة في المصتين لقوله لا اكلم فلانا يوما ويومين حيث لا ينتهي اليمين الا بثلاثة ايام فكانه قال لا تحرم المصتان والاملاجتان ما يعقب الحرمة عن اربع رضعات وتثبت الحرمة بالخمس وهذا ضعيف وقيل وجه تمسكه بهذا الحديث لنفي مذهبنا واثبات مذهبه بحديث عمرة عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان فيما انزل في القران عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد النبي صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده وكان مكتوبا على قرطاس تحته فدخل داجن البيت فاكله وتمسك في شرح الوجيز وغيره من كتبهم بهذا الحديث ايضا قلت حديث عائشة رضي الله عنها عند مسلم بلفظ انزل الله في القران عشر رضعات معلومات نسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم والامر على ذلك انتهى ورواه ابن ماجه عن عائشة ايضا ولفظه انها قالت كان مما انزل الله عز وجل في القران ثم سقط لا يحرم الا عشر رضعات او خمس معلومات وروى ابن ماجه ايضا عن عبد الرحمن ابن القاسم عن ابيه عن عائشة قالت لقد نزلت اية الرجم ورضاعة الكبير عشرا ولقد كان في صحيفة تحت سريري فلما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وتشاغلنا بموته دخل داجن فاكلها م ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ش اصحابنا استدلوا لمذهبهم بالاية الكريمة ووجه الاستدلال بها ان الله تعالى جعل علة التحريم فعل الرضاع قل او كثر وقال ابو بكر الرازي في احكام القران اقتضى فعل الرضاع استحقاق اسم الامومة والاخوة بوجود نفس فعل الرضاع وذلك يقتضي وجوب التحريم بقليل الفعل وكثيره لصدق اطلاق الاسم عليه وهذا لان كل حكم تعلق بعلة في الشرع يثبت الحكم بوجوده لا بعدده وقيل لابن عمر ان ابن الزبير يقول لا باس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وقال ابو بكر ابن العربي الرضاع وصف يثبت بنفس الفعل وهذا معلوم عربية وشرعا فلما قال الله عز وجل وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ارتبط التحريم بالرضاع مطلقا من غير تقييد بخمس او سبع او عشر ونحو ذلك فمن قدره بعدد لا يدل القران عليه فقد رفع حكم الاية بامر مضطرب لا يعول عليه واستدل اصحابنا ايضا بقول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا الحديث اخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس ومن حديث عائشة وقد تقدم الكلام فيه في اول كتاب النكاح قوله من غير فصل يعني بين القليل والكثير في الكتاب والحديث وروت عائشة انه عليه السلام قال ان الله حرم من الرضاع ما حرم من الولادة متفق عليه وفي البخاري ومسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من الرحم وفي لفظ ما يحرم من النسب من غير تقييد بعدد كالقران م ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية

الرضاع

هذا دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره ان يقال لما كان التحريم باعتبار انشاز العظم وانبات اللحم ش قال عليه السلام الرضاع ما انشز العظم وانبت اللحم والانشاز بالزاي الاحياء قال تعالى ننشزها والانشاز الرفع والمعنى في الحديث شده كانه احياه ويروى بالراء اي يقال نشز الشيء اذا ارتفع م لكنه امر مبطن ش فيه خفاء والقطع بسبب ظاهر م يتعلق الحكم ش اي حكم الحرمة م بفعل الارضاع ش يعني بمجرد الارضاع م وما رواه ش اي ما رواه الشافعي رحمه الله في قوله لا تحرم المصة الحديث م مردود بالكتاب ش لان العمل بالكتاب اقوى في تقدير ان يكون الكتاب قبله م او منسوخ به ش اي بالكتاب ان كان بعده وعن ابن عباس انه قال قوله لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان كان فاما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فجعله منسوخا حكاه عنه ابو بكر الرازي ومثله روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقال ابن بطال احاديث عائشة مضطربة فوجب تركها والرجوع الى كتاب الله تعالى وحديث الاملاجة والاملاجتان لا يصح لانه يرويه مرة ابن الزبير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومرة عن عائشة ومرة عن ابيه ومثل هذا الاضطراب و**في المبسوط** فاما حديث عائشة فضعيف جدا لانه اذا كان متلوا بعد النبي صلى الله عليه وسلم فلماذا لا يتلى الان لان التلاوة بعد النبي صلى الله عليه وسلم لا تجوز وما ذكر ان الداجن دخل البيت فاكل القرطاس عن تقوى لانه يؤيد مذهب الروافض فانهم يقولون ان الصحابة تركوا كثيرا من القران بعد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يكتبوه في المصاحف وهو قول باطل بالاجماع فتمسك والعجز من الشافعية لا يعملون بقراءة ابن مسعود في صوم الكفارة ويعملون برواية عائشة والقران لا يثبت بخبر الواحد والعمل بالقراة الشاذة لا يجوز م ثم ينبغي ان يكون في مدة الرضاع ما بين ش اي ينبغي ان يكون الرضاع الذي يتعلق به التحريم في مدة الرضاع لا بعدها وفي مدتها اختلاف وسنبينه ان شاء الله تعالى م ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش وعند ن لبعضهم يثبت حرمة الرضاع في جميع العمر م وقالا سنتان ش اي قال ابو يوسف ومحمد مدة الرضاع سنتان م وهو قول الشافعي رحمه الله ش اي قولهما قول الشافعي م وبه قال احمد وقال زفر ثلاثة احوال ش اي مدة الرضاع ثلاث سنين واختلفت المالكية بعد الحولين بشهر او شهرين وفي المختصر ايام يسيرة وقال عبد الملك الشهر ونحوه **وفي المبسوط** عنه يقدر زيادة الشهور **وفي الحاوي** مثل نقصان الشهور وقال ابو الوليد يحرم بعد الحولين الى ثلاثة شهور وذكر الداودي عنه يحرم بعد سنتين وعند المصري لربع سنين وقيل عشر سنين وقيل خمس عشرة سنة وقيل عشرون سنة وقيل اربعون سنة وقيل سنة وقيل جميع العمر كما ذكرنا م لان الحول حسن للتحول ش هذا دليل زفر اي الحول صالح للتحول اي لتغيير طبع الصبي م من حال الى حال ش باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطباع كما في اجل العنين والزكوة لاشتمال الحول على الفصول الاربعة م ولا بد من الزيادة على الحولين ش لان الرضيع لا يحصل فطامه في ساعة واحدة بل ينقطع بالتدريج على وجه ينسى اللبن ويتعود بالطعام فلا بد من زيادة مدة م لما بين ش يعني في وجه قول ابي حنيفة م فيقدر ش على صيغة المجهول اي فيقدر الزيادة م به ش اي بالحول فيصير ثلاثة احوال م ولهما ش اي ولابي يوسف ومحمد م قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وادنى مدة الحمل ستة اشهر فبقي للفصال حولان ش لانه تعالى قال وفصاله في عامين ولا رضاع بعد الفصال م وقال عليه السلام لا رضاع بعد حولين ش هذا الحديث رواه الدارقطني باسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا في حولين ورواه ابن عدي ولفظه لا يحرم من الرضاع الا ما كان في الحولين وقال صاحب التنقيح والصحيح وقفه على ابن عباس ولم ار احدا رواه بعد حولين الا المصنف فكانه نقله من المبسوط هكذا م وله ش اي ولابي حنيفة م هذه الاية ش يعني قوله تعالى وحمله وفصاله م ووجهه ش اي وجه الاستدلال بها م ان الله تعالى ذكر شيئين ش يعني الحمل والفصال م وضرب لهما مدة ش وهو قوله ثلاثون شهرا وكما كان كذلك م فكانت ش اي المدة م لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين ش بان قال جعلت الدين الذي على فلان والدين الذي على فلان سنة يفهم منه تقدير المدة في حق كل واحد من الدينين الا انه م قام المنقص في احدهما ش يعني الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها لا يبقى الولد في بطن امه اكثر من سنتين بفلكة مغزل م فيبقى في الباقي ش وهو الفصال م على ظاهره ش وهو ثلاثون شهرا

لعدم المقتضي قلت هذا خبر الواحد فلا يجوز تغيير الكتاب به قلت اجيب بان الكتاب مأول فان فخر الاسلام
وعامة اهل التفسير ذكروا ان الاجل المضروب للمدتين يتوزع عليهما بقدر الامكان ولم يكن لانه الكتاب على ما
استدل به المصنف وطعنه وهو ما روى ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فجي بها الى عثمان
رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما انها ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال
ان الله يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله
ستة اشهر وفصاله حولان فتركها واذا لم يكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير م ولانه ش دليل
اخر اي ولان السان م لابد من تغيير الغذا ش في الرضيع م لينقطع الانبات باللبن ش وتحصل
بغيره انقالجبانه م وذلك ش اي تغير الغذا يكون م بزيادة مدة يتعود الصبي فيها ش اي في تلك المدة
م غيره ش اي غير اللبن لان الفطم عن اللبن دفعة من غير ان يتعود فيهلك وهذا هو الذي وعن المصنف
لزفر بقوله لما سبق لكن زفر قدره بسنة كما في العنين وابو حنيفة قدرها بادنى مدة الحمل وهو معنى قوله
م فقدرت ش اي مدة الزيادة م بادنى مدة الحمل ش وهو ستة اشهر م لانها مغير ش فان الولد في بطن
الام ستة اشهر يبقى ويتغذى بغذا الام وبعد الانفصال غذاؤه اللبن ويصير اصلا في الغذا والطعام م
والحديث ش وهو قوله لا رضاع بعد الحولين م محمول على مدة الاستحقاق ش اي الرضاع المستحق حتى
لا يستحق نفقة الارضاع على الاب بعد ذلك وقالوا ان تمام الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب
مقدر بحولين حتى لو طلق امراته وطلبت الارضاع بعد الحولين وابى الزوج لا يجبر على ذلك ولو وقع
ذلك في الحولين يجبر على الاعطا م وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب ش اي على استحقاق
الصبي الرضاع يحمل قوله تعالى حولين كاملين بدليل قوله فان ارادا فصالا وذلك لان الرضاع
لو كان حراما بعد الحولين لم يتعلق بالرضا لانه لا اثر للرضاع في زوال الحرمة الثابتة شرعا م
واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع التحريم لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه
وسلم م لا رضاع بعد الفصال ش هذا الحديث رواه الطبراني في معجم الصغير باسناده الى علي رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد حلم ورواه عبد الرزاق
مرفوعا ثم رواه موقوفا وقال العقيلي في كتابه هو الصواب ورواه الطيالسي في مسنده من حديث
جابر بنحوه وفي اسناده حرام بن عثمان واعيله تعدى به لعدان رواه ونقل عن الشافعي وابن معين
رحمهما الله انهما قالا الرواية عن حرام حرام م ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك ش اي النشو في
المدة ش لان الحرمة في الرضاع باعتبار معنى الحرمية وذا انما يتحقق في حال نبت اللحم وانشار العظم
وانما يكون ذلك في حال الصغر لان الصغير لا يتعدى بغيره م اذ الكبير لا يتربى به ش اي باللبن
عادة لوجود تعديه بغيره م ولا يعتبر الفطام قبل المدة ش يعني اذا فطم لا يعتبر م الا في رواية
عن ابي حنيفة ش رواه الحسن عنه م اذا استغنى عنه ش اي عن اللبن م ووجهه ش اي وجه
ما روى عن ابي حنيفة م انقطاع النشو بتغير الغذا ش اي انقطاع النشو الحاصل باللبن يعني ان نشو
الصبي باللبن ينقطع بعد استغنائه بالطعام لتغير غذائه لان غذاه كان لبنا ثم صار طعاما فلا يثبت
الحرمة برضاع اللبن بعد ذلك ولهذا قال عليه السلام في حديث ابي هريرة الرضاع ما فتق الامعا
وكان ذلك قبل الطعام وفي الواقعات الفتوى على ظاهر الرواية انه لا يعتبر الفطام قبل المدة م وهل
يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية ش اي لان اباحة اللبن في المدة
لضرورة بقا الولد والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يباح بعد المدة لزوال الضرورة م
لانه جزء الادمي ش اي لكون اللبن جزء الادمي والانتفاع به حرام لان الادمي او جزءه لا يجوز
ان يكون مبتذلا مهانا وسواء ان يكون الارضاع من الام او من الاجنبية وقال التمرتاشي رحمه الله
واختلف المشايخ في الانتفاع باللبن للدوا فقيل لم يجز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد وفي
الذخيرة والروضة فطمت في السنتين واستغنت بالطعام ثم رضعت في المدة من امراة اخرى
لا يكون رضاعا وان لم يستغن كان رضاعا ذكر الخصاف في رضاعه وفي املا بشر بن الوليد هو
رضاع وفي عمدة الفتاوى ان خيف عليه الهلاك بالفطام قبل سنتين ونصف تطالب بالاجرة
وفي المحيط الرضاع بعد الفطام لا يحرم عند ابي يوسف وعند محمد لا اعتبار بالفطام في

في الحولين بل ذلك رضاع محرم وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر لا رضاع بعد مضي المدة قاله
الاسبيجابي م قال ش اي قال القدوري م ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه ش
وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد مر في اوائل كتاب النكاح واستثنى من
هذا العموم صورتين احدهما هو قوله م الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان
يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه ش اي لان ام اخته من النسب تكون امه
اذا كانت الاخت لاب وام او لام او تكون ام اخته موطوءة ابيه اذا كانت الاخت لاب م بخلاف الرضاع
ش لان المعنى المذكور لم يوجد فيه م ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب ش
هذه الصورة الثانية المستثناة م لانه لما وطي امها ش اي لان الاب لما وطي ام اخت ابنه م حرمت ش
اي اخت الابن م عليه ش اي على الاب بالمصاهرة م ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع ش واعلم ان المصنف
لو قال في المسئلة الاولى ام اخيه او اخته لكان اولى لان الحكم في الوجهين واحد وكذا لو قال في هذه
المسئلة اخت ولده ليشمل الذكر والانثى لكان اولى وقال الاترازي وقد سنح في خاطري بيتان لضبط
المسئلتين وهما هذا ان تزوج ام اخيك من رضاع ومن نسب محرمه لداع واختان رضاعي حلال
وما نسب تجوزها تساع واعلم ان كل ما لا يحرم من النسب لا يحرم من الرضاع وقد يحرم من النسب
ما لا يحرم من الرضاع كما ذكرنا في الصورتين وههنا صور اخرى يجوز من الرضاع دون النسب الاولى
يجوز له ان يتزوج بام حفيده من الرضاع دون النسب الثانية يجوز له ان يتزوج ام عمه من الرضاع
دون النسب الثالثة يجوز له ان يتزوج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب الرابعة يجوز له ان
يتزوج باخت اخيها من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب الخامسة يجوز له ان يتزوج ام خاله من
الرضاع دون النسب السادسة يجوز له ان يتزوج ام عمه من الرضاع دون النسب والسابعة
يجوز ان يتزوج باخ ابنها من الرضاع دون النسب وجمع بعض فقهاء بخارى المسائل التي تعارض حكم النسب
اخت الولد
في خمسة مسطورة في الكتب * ام اخ وام اخت سيدي * وام ام الابن بافقه سيدي * وهكذا اوقفت
فاقتبس العلم لعلها تهتدي * وام عم ثم ام عمة * واخو مقال لابنيت عمتي * وام خال ثم ام خالة *
والحق لا يخفى من الجهالة * كما حصر في الرضاع واتى * وما عداه فالدليل مانع * وقال شيخنا استثنى
من قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اربع مسائل استثناها الرافعي في الشرح وزادها بعضهم
ثلاث مسائل اخر * وقد نظم بعض الفضلا المسائل الاربع التي استثناها الرافعي في بيتين وذيلت
عليها المسائل الثلاث الاخرى في بيتين اخرين والبيتان وهما اربع في الرضاع من حلال واذا ما انتسبن كن
حرام * جدة ابن واخته ثم ام * لاخيه وحافد والسلام * والتي زاد شيخنا قلت عرس ام عم وخال
واخ ابن فتلك سبع تمام * وهي ليست بواردات على النص ولا الشافعي وهو الامام م وامراة ابيه او امراة
ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا ش وهو قوله عليه السلام يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب وعند الشافعي رحمه الله يجوز تزوج حليلة الابن من الرضاع قوله
وامراة ابنه صورته امراة تزوج بها زوج المرضعة ثم فارقها فانه لا يحل لولده ان يتزوجها م وذكر
الاصلاب في النص ش هذا جواب عما يقال انه تعالى حرم حليلة الابن من الصلب وحليلة من الرضاع
ينبغي ان لا يحرم لانه ليس من صلبه فاجاب بقوله وذكر الاصلاب في النص ش وهو قوله تعالى وحلائل
ابنائكم من اصلابكم م لاسقاط اعتبار التبني ش فان حليلة الابن المتبنى كان حراما في الجاهلية فان
قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة من الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن
المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة
المشهورة م على ما بيناه ش في فصل المحرمات م ولبن الفحل يتعلق به التحريم ش الاضافة في لبن الفحل في باب
اضافة الشي الى سببه لان سبب اللبن هو الفحل وقوله يتعلق به التحريم قول عامة اصحاب الشافعي ومالك
واحمد وفي المبسوط قال بعض العلماء وهو داود بن علي لا يتعلق به التحريم وهو احد قولي الشافعي رحمه الله
ولكن ذكر في شرح وجيزهم ويتعلق بلبن الفحل التحريم عند عامة العلماء وعن بعض الصحابة خلافه واختاره
عبد الرحمن ابن بنت الشافعي ورواه عن الشافعي رحمه الله لان النص ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء ولان

الحرمة لا تثبت في حق الرجل بحقيقة فعل الارضاع منه حتى لو نزل له لبن فارضع به صبيا لا تثبت
الحرمة فلان لا تثبت بارضاع ذو جته اولى وفي شرح الاقطع روى عن سعيد بن المسيب وابراهيم
النخعي ان لبن الفحل لا يحرم م وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه
ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للرضيعة ش وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم
لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه م ولنا ما روينا ش وهو قوله عليه السلام يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب وفي رواية عايشة رضي الله عنها يحرم من الرضاعة ما يحرم بالولادة
فقد الحقه بالنسب واشار الى وجه الاستدلال بالحديث المذكور بقوله م والحرمة بالنسب تثبت
من الجانبين ش اي من جانبي الرجل والمراة م فكذا بالرضاع ش اي فكذا بسبب الرضاع الحاصل تثبت
الحرمة من الجانبين فان قيل الحرمة هناك تثبت باللبن واللبن منها لا منه ولهذا يتحقق نزول اللبن
من البكر قلنا اللبن منه ايضا لان سببه الولادة وهو الاحبال وهو منه فتثبت الحرمة بينهما
كما في النسب ونزول اللبن بلا اصابة الفحل نادر فلا عبرة به م وقال عليه السلام لعايشة رضي الله
لتلج عليك افلح فانه عمك من الرضاع ش الحديث رواه الايمة الستة في كتبهم عن عايشة قالت
دخل علي افلح بن ابي القعيس فاستترت منه فقال تستترين مني وانا عمك قالت قلت من اين قال
ارضعتك امراة اخي قالت انما ارضعتني المراة ولم يرضعني الرجل فدخل علي رسول الله صلى الله عليه
وسلم فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك ووجه الاستدلال به ان العم من الرضاع لا يكون الا باعتبار
لبن الفحل كذا في المبسوط قوله ليلج امر للغايب من الولوج بالجيم وهو الدخول واصله ليولج لانه
من ولج يلج ولو جا في اصله ليولج فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة فصار يلج وكذا
حذفت من ساير تصرفات هذه المادة وعليك بكسر الكاف لانه خطاب لعايشة ام المومنين وقوله
افلح بالرفع فاعل ليلج وافلح بفتح الهمزة وسكون الفاء وبالحاء المهملة علم الرجل الذي هو من ابي القعيس
كما هو المذكور في الحديث المذكور وهكذا في رواية لمسلم جاء افلح بن ابي القعيس يستاذن عليها وهو
عمها من الرضاعة وفي رواية لمسلم والنساي قالت استاذن علي عمي من الرضاعة ابو الجعيد فرددته
قال هشام انما هو ابو القعيس والصواب انه افلح وكنيته ابو الجعيد وهو اخو ابي القعيس قال
القرطبي في المفهم هو الصحيح وما سوى ذلك وهم ولا يعرف لابي القعيس ولا لاخيه افلح ذكر الا في هذا
الحديث ويقال انهما من الاشعريين ووقع في رواية للترمذي هكذا عن عايشة قالت جاء عمي من
الرضاعة يستاذن علي الحديث هكذا وقع مبهما من غير تعريف له باسم او كنية او غيرهما وقال
شيخنا زين الدين رحمه الله في تفسير رواية الترمذي جاء عمي من الرضاعة اختلف في كيفية ثبوت
العمومة لافلح هذا فزعم بعضهم ممن راى ان لبن الفحل لا يحرم بالنسبة الى الفحل والرضيع ان افلح
هذا رضيع مع ابي بكر الصديق رضي الله عنه فكان عما لعايشة من الرضاعة وهذا خطا ترده
الاحاديث الصحيحة والصواب ان عايشة ارتضعت من امراة ابي القعيس وافلح اخو ابي القعيس فصار
عمها من الرضاعة كما ثبت مصرحا به في الصحيحين من رواية عراك عن عروة عن عايشة قالت
استاذن علي افلح اخو ابي القعيس الحديث واطنب شيخنا في الكلام في هذا الحديث وذكر فيه فوايد منها انه
قد يستدل بقول عايشة ولم يرضعني الرجل على انه لو كان للرجل لبن فارضع انه يحرم وهو قول الكرابيسي
من اصحاب الشافعي رحمه الله والصحيح انه لا يتعلق به حرمة ولكن قد نص الشافعي في البويطي على انه اذا
نزل للرجل لبن فارضعه صبية لم تحل له نكاحها م ولانه ش اي ولان الزوج م سبب لنزول اللبن
فيضاف اليه ش اي الى الزوج ولا يقال انه اضمار قبل الذكر لان الشهرة تقوم مقام الذكر كما في قوله
تعالى حتى توارت بالحجاب اي الشمس م في موضع الحرمة احتياطا ش لان الموضع موضع الحرمة فيجعل
كان البعضية حصلت بين الرضيع وبين الزوج م ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع
لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من
امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها ش واوضح الاتراري كلام المصنف بقوله صورته مثلا ان يرضع زيد
ام عمرو فيجوز لعمرو ان يتزوج اخت زيد نسبا وان كان زيد اخاه من الرضاع كما في النسب وذلك
مثل الاخوين لاب ولاحدهما اخت من امه من غير ابيهما جاز للاخ الاخر ان يتزوج اختها لانها ام هذه

اجنبية

اجنبية في حق الاخ لاب وعلى هذا اخت الاخ من الرضاع واخت الاخ من النسب وكان ينبغي
ان يقول باخت اخيه او اخته من الرضاع ويقول باخت اخيه او اخته من النسب لكن اكتفى بذكر
الاخ المحصور ذلك م وكل صبيين ش اراد بهما الصبي والصبية بطريق التغليب كما في العمرين
لابي بكر وعمر رضي الله عنهما فيغلب الذكر على المونث والاخف على الاثقل م اجتمعا على ثدي واحد ش لا ديه
كيف ما كان م لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى ش لانهما اخ واخت لاب وام من الرضاعة فلا يجوز كما في
النسب وهذه المسئلة من مسايل القدوري ولفظ القدوري في ثدي واحد على لون واحد صفة لثدي
والمراد ثدي المراة كما قررنا وفي بعض النسخ وقع على ثدي واحدة باضافة الثدي الى واحدة وقال بنيت الواحدة
على تقدير على ثدي امراة واحدة وهكذا شرحه الاتراري لان في نسخته على ثدي واحدة وكذا في الهداية على
ثدي واحدة على الاضافة ثم قال اي على ثدي امراة واحدة حتى لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لم يحرم
احدهما على الاخر فكان هو بمنزلة طعام الحلاوة من اناء واحد م هذا هو الاصل ش اي اجتماع الصبيين على
ثدي امراة واحدة هو الاصل في باب الحرمة م لان امهما ش اي لان ام الصبيين م واحدة فهما ش اي
الصبيان م اخ واخت ش والاخت حرام على الاخ من النسب والرضاع جميعا م ولا يتزوج المرضعة احدا
ش المرضعة بفتح الضاد اي لا يتزوج الصبية المرضعة م من ولد التي ارضعت ش اي من ولد المراة التي
ارضعت الصبية وقال الكاكي المرضعة بفتح الضاد وهكذا عن الثقات ولصيغة الفاعل غير صحيح
يعرف بالتامل وقال السغناقي المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على
المفعولية هذا هو الاصح من النسخ وفي نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت
بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح فان كلا منهما بخط شيخي رحمه الله
م لانه اخوها ش اي لان الاحد الذي من ولد التي ارضعته م اخوها ش وان لم يجتمعا على ثدي واحد من
تقدم ومن تاخر م ولا ولد ولدها ش اي ولا يتزوج المرضعة ولد ولد التي ارضعتها ش لانه ولد
اخيها ش كما في النسب م ولا يتزوج الصبي المرضع ش بفتح الضاد م اخت زوج المرضعة لانها عمته
من الرضاع ش كما لا يجوز في النسب م وان اختلط اللبن بالما واللبن هو الغالب ش اي والحال ان اللبن
هو الغالب على الما م تعلق به التحريم ش لان الحكم للغالب م وان غلب الما لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي
ش يعني على الاصح متعلق به التحريم اذا كان مقدار خمس رضعات من اللبن وبه قال احمد وكذا الخلط
بالدوا او بلبن بهيمة او بكل مايع او جامد واعتبر مالك ان يكون اللبن مستهلكا في جميع ذلك لعدم تعلق
التحريم به م هو يقول انه ش اي الشافعي رحمه الله يقول ان اللبن م موجود فيه حقيقة ش غاية ما في الباب
ان اللبن هالك يعني لفوات منفعته بغلبة الما فدارت الحرمة بين الثبوت وعدمه فتغلب الحرمة
احتياطا م ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حيث لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين بان حلف لا
يشرب اللبن فشرب لبنا مغلوبا بالما لا يحنث لكن للخصم ان يجيب عنه ويقول بان الايمان مبنية
على العرف فلا يحنث لانه في العرف لا يسمى المغلوب لبنا اما الحرمة فمبنية على وجود اللبن ولنا الا
ان نقول ان الحرمة لا تتعلق بصورة الارضاع ووجود اللبن كما في الكبير بالاجماع بل تتعلق به
باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وبالمغلوب لا يحصل الانشار والانبات لانه لا يحصل التغذي
به فان قيل يشكل هذا بما لو وقعت قطرة دم او خمر في جب من ما تنجسه وان كان الما
غالبا حقيقة قلنا لم يكن الما ثم غالبا شرعا بان لم يكن عشرا في عشر ا لم يكن غالبا حكما فتعارضنا فرجحنا
جهة النجاسة احتياطا كذا نقل عن العلامة حميد الدين الضرير قال الكاكي ولكن سمعت شيخي
العلامة مولانا عبد العزيز رحمه الله ان الرجحان للراي انما يكون راجحا سابقا على الرجحان الحاصل اذا لم يكن
في الحادثة نص وقد وجد النص ههنا وهو قوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الما الدايم الحديث
وقوله عليه السلام اذا بلغ الما قلتين الحديث وقوله عليه السلام الما طهور الحديث فلا يعتبر الرجحان
الراي لانه يثبت بالاجتهاد ولا اعتبار للاجتهاد في مقابلة النص م وان اختلط بالطعام لم يتعلق به
التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة ش كلها ان واصلة بما قبله وذكر في شرح الطحاوي ان اللبن
اذا كان غالبا يحث بتقاطر من الطعام اللبن فعند ابي حنيفة لا يكون رضاعا خلافا لصاحبيه م

وبالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال ش اى المصنف م قولهما ش اى قول ابى يوسف ومحمد م
فيما اذا لم تمسه النار ش اى فيما اذا لم يغير اللبن النار م حتى لو طبخ بها ش اى لو طبخ اللبن بالنار م لا يتعلق
به التحريم فى قولهم جميعا ش لانه يتغير بالطبخ مع عدم عن طبعه وصفته وذكر خواهر زاده اى على قول
ابى حنيفة انما لا يثبت اذا اكل لقمة لقمة اما اذا احسا حسوا يثبت به وقيل اذا وصل اللبن الى حلقه
منفردا فلا خلاف فيه واذا تناول الرجل فلا خلاف فيه وفى كتاب الرضاع للخصاف اذا ثردت له
خبزا فى لبنها حتى يشرب الخبز ذلك اللبن او لتت به سويقا فاطعمته اياه ان كان طعم اللبن يوجد فهذا
رضاع وذكر صاحب الاجناس انه قولهما وفى الواقعى لو بردت فى اللبن طعاما او عجنت به دقيقا
وخبزته تعلقت به الحرمة وفى البحر الخبز وجه عن القاضى حسين م لهما ش اى لابى يوسف ومحمد م
ان العبرة للغالب كما فى الماء ش اى كما اذا اختلط بالماء واللبن هو الغالب م اذا لم يغيره شى عن حاله ش يعنى
اذا لم يغير اللبن شى عن حاله بالطبخ كما اذا اختلط لبن المراة بالماء واللبن هو الغالب م وله ش اى لابى
حنيفة م ان الطعام اصل واللبن تابع له فى حق المقصود ش وهو الاكتفاء بالمدخول الى المعدة ولهذا لو كل
ولا يشرب وغير المايع يستتبع المايع م فصار ش اى اللبن م كالمغلوب ش قال الاكمل فيه نظر لان المغلوب
غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا فلا يكون كالمغلوب ولا نسلم انه ليس بموجود والجواب ان هذا منا
لغلظه سد ... بجعل الكان زائد م ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده ش اى عند ابى ح
م هو الصحيح لان التغذى بالطعام اذ هو الاصل ش فيه كالصحيح احترازا عما قيل ان الرضاع انما لا يثبت
بالطعام اذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة اما اذا تقاطر منه اللبن يثبت به التحريم عند ابى حنيفة
لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبى كافية لاثبات الحرمة والصحيح عدم ثبوت الحرمة بكل
حال وعلله المصنف بقوله لان التغذى بالطعام اذ هو الاصل لان الاصل فى الباب التغذى فكون
اللبن بالعالة فى حق المقصود م وان اختلط ش اى اللبن م بالدواء واللبن غالب ش اى والحال ان اللبن هو
الغالب م تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته ش اى لتقوية اللبن م على
الوصول ش لما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء للتقوية على الوصول وجب ان يستوى
الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه يحرم قلت النظر هنا الى المقصود فاذا كان غالبا كان القصد
الى التغذى به والدواء للتقوية على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوى واللبن لتيسيره
الدواء وتيسير الى المعدة قوله واذا اختلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا م واذا اختلط اللبن
بلبن شاة وهو الغالب ش اى اذا اختلط لبن المراة بلبن الشاة ولبن المراة غالب م تعلق به التحريم ش
لان لبن الشاة لا اثر له فى اثبات الحرمة فصار كالماء فاعتبر الغلبة م وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به
التحريم اعتبارا للغالب كما فى الماء ش اى كما اذا الاختلاط بالماء حيث تعتبر الغلبة م واذا اختلط لبن
امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابى يوسف لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر فى بناء
الحكم عليه ش وهو احدى الروايتين عن ابى حنيفة م وقال محمد وزفر يتعلق بهما ش اى يتعلق الحرمة
بالمراتين م لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشى لا يكون مستهلكا فى جنسه ش وانما يكون مستهلكا
فى غير جنسه م لاتحاد المقصود ش اى لاتحاد مقصودهما فلا يتغير القليل م ويتعلق به التحريم
وعن ابى حنيفة فى هذا روايتان ش رواية كما قال ابو يوسف وبه قال الشافعى اخلط لبن
امراتين وغلب احدهما قال علقنا الحرمة بالمغلوب ثبت الحرمة منهما والا اختصت بالتى غلب لبنها
م واصل المسئلة فى الايمان ش اى فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة
اخرى فشربه فهو على الخلاف المذكور فعند محمد يحنث لان الجنس لا يغلب الجنس وعندهما لا يحنث م
واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ش وهو قوله تعالى وامهاتكم اللاتى
ارضعنكم مطلق لا فصل فيه بين البكر والثيب وهذا لا خلاف فيه للائمة الاربعة قال وعن الشافعى
وجه انه لا يتعلق به التحريم وبه قال احمد فى رواية لانه نادر فاشبه لبن الرجل ولكن نص الشافعى
انه يتعلق به التحريم وفى المغنى نزل للبكر لبن من غير وطى فارضعت به طفلا يثبت به الحرمة
وبه قال مالك والثورى والشافعى واصح الروايتين عن ابن حنبل وقال ابو بكر بن المنذر وهذا قول
كل من حفظ عنه م ولانه ش اى ولان لبن البكر م سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية ح

ويتعلق به الحرمة للاحتياط م اذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبى ش على صيغة المجهول من
الوجور وهو الدواء الذى يصب فى وسط الفم يقال اوجره الدواء واوجرته واحد المفعولين فى اوجر
الصبى قايم مقام الفاعل والاخر هو الصبى اى وجر لبن المراة الصبى ويجوز ان يرفع الصبى الفعل
على انه المفعول الاخر وهو اللبن اى اوجر الصبى اللبن م تعلق به التحريم خلافا للشافعى هو ش اى
الشافعى م يقول الاصل فى ثبوت الحرمة ش اى حرمة الرضاع م انما هو المراة ثم يتعدى الى غيرها
بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ش اى للحرمة م ولهذا ش اى ولاجل عدم المحل بالموت م لا يوجب
وطيها ش اى وطى الميتة حرمة المصاهرة ش وقيد بقوله بعد موتها لانه لو حلبت قبل الموت واوجر
بعد الموت لا يبقى خلاف الشافعى رحمه الله قال عنده على الاظهر يتعلق به التحريم كمذهبنا وبقولنا قال
مالك واحمد م ولنا ان السبب ش اى سبب الحرمة م هو شبهة الجزئية ش بسبب الرضاع م وذلك
ش اى السبب هو شبهة الجزئية م فى اللبن ش اى حاصل فى رضاع اللبن م لمعنى الانشار والانبات م
وهو ش اى المعنى المذكور م قائم فى اللبن م وهذه الجزئية ش جواب عما يقال الحكم انما بالموت لم
تبق محلا بيانه ان الحرمة بسبب الرضاع م تظهر فى الميتة دفنا ش اى من حيث جواز الدفن م
وتيمما ش اى من حيث جواز التيمم وهو مصدر من يمم يقال يممت المريض فتيمم اذا مسحت وجهه
ويديه ويقال ايضا يممت الميت وصورته كانت الصغيرة المرضعة ذات زوج فوجدها وصير
محرما للميتة لان الميتة ام امراته فيجوز له دفنها وتيممها م اما الحرمة فى الوطى ش جواب عن
قوله ولهذا لا يوجب حرمة المصاهرة بيانه لان حرمة المصاهرة بالوطى م انما تثبت م لكونه ش
اى لكون الوطى م ملاقيا لمحل الحرث ش لتثبت به الجزئية م وقد زال ش اى محل الحرث م بالموت
فافترقا ش اى الرضاع والوطى يعنى لا يقاس ذلك على هذا بعد الموت لوجود الفارق م واذا احتقن
الصبى باللبن ش من الحقنة وهى دواء يجعل فى خريطة من ادم يقال لها المحقنة ويعطى
المريض من اسفله وهى معروفة بين الناس وفى المغرب احتقن بالضم غير جائز وانما الصواب حقن
او عولج بالحقنة وفى بعض نسخ القدورى حقن وهو الصواب وذكر فى النهاية ايضا صوابه حقن لان
احتقن واحتقن الصبى غير صحيح لعدم قدرته على ذلك فى مدة الارضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير
جائز فتعين حقن دون الاحتقان ولكن ذكر فى تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا
فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر فى استعمال الفقهاء انتهى كلامه قلت الاحتقان
استعمال الحقنة وما وجه فهم التعدى منه فى مادة الحقنة حتى جوز استعماله مبنيا للمفعول
وهذا موضع النظر والتامل م لم يتعلق به التحريم ش اى لم يتعلق بالاحتقان التحريم هذا هو ظاهر
الرواية عن اصحابنا ولهذا لم يذكر الخلاف فى الجامع الصغير وقد ذكر الكرخى المسئلة ولم يحك
الخلاف وقال لا يتعلق التحريم بالاقطار فى الاحليل والاذن والجائفة وبه قال الشافعى فى الجديد
ومالك واحمد م وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ش وبه قال الشافعى رحمه الله
فى القديم وهو اختيار المزنى وكذا قال الشافعى فى قوله القديم فى الاقطار فى الاحليل وفى
الاذن والجائفة اذا وصل الى الجوف والضمير فى انه وفى به فى الموضعين يرجع الى الاحتقان الذى
يدل عليه قوله احتقن م ووجه الفرق على الظاهر ش اى فى ظاهر الرواية عن اصحابنا م ان المفسد
فى الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك ش اى اصلاح البدن م فى الدواء والمحرم ش بكسر الراء المشددة
م فى الرضاع يعنى النشو ولا يوجد ذلك فى الاحتقان لان المغذى ش بضم الميم وفتح الغين المعجمة وكسر
الذال المعجمة المشددة اسم فاعل من الغذاء م وصوله من الاعلى ش اى من اعلى البدن يعنى الاعضا
العليا وبالحقنة يصل اللبن الى الاعضاء السفلى لا الى العليا فلا يحصل معنى الغذا فلا يثبت التحريم
بخلاف الصوم فان المفسد فيه وصول ما فيه اصلاح البدن الى الجوف وقد حصل هذا المعنى فى
الحقنة فيفسد الصوم م واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم ش بلا خلاف للائمة
الاربعة فيه وعن الكرابيسى من اصحاب الشافعى انه يثبت به التحريم وقد ذكرناه مرة م لانه ش
اى لان لبن الرجل م ليس بلبن على التحقيق ش لعدم السماع لمن يدعم على التحقيق فصار كما لو
نزل من ثدى البكر ماء اصفر فلا يتعلق به شى وفى المغنى ولبن الخنثى كلبن الرجل م فلا يتعلق به.

النشو والنمو وهذا ش اشارة الى قوله لانه ليس بلبن على التحقيق لان اللبن انما يتصور ممن
يتصور منه الولادة ش والرجل لا يتصور منه الولادة فلا يتعلق به التحريم م واذا شرب صبيان
من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها ش اى باعتبار
الجزئية م واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ش فينفسخ
النكاح وبه قال الشافعي واحمد وحكي عن مالك انه اذا لم يدخل بالكبيرة يبطل نكاحها ويثبت
نكاح الصغيرة لان الفرقة جاءت منها فيبطل نكاحها فلم يثبت الجمع وعن الاوزاعي انه اذا لم يدخل
بالكبيرة يثبت نكاحها وبطل نكاح الصغيرة م لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا ش اى من
حيث الرضاع م وذلك ش اى الجمع بين الام والبنت م حرام كالجمع بينهما ش اى بين الام والبنت
نسبا ش اى من حيث النسب م ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها ش اى الكبيرة سواء تعمدت الفساد
اولا وجاز ان يتزوج الصغيرة مرة اخرى لانه لا تفارقه ولم يدخل بامها ولا يتزوج الكبيرة لانها ام امرأته
لان الفرقة كانت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها
ش فان قيل يشكل بصغيرة مسلمة ارتد ابواها ولحقا بها بدار الحرب بانت ولا يقضى لها بشيء من المهر
ولم يوجد الفعل منها قلنا لما حكمنا بارتدادها تبعا لهما صارت في الحكم كانها ارتدت والردة
محظور لا اباحة لها بحال فلا تبقى مستحقة النظر فلا تحل نصف المهر اما الارتضاع لا خطر له فيسقط
النظر فلا يسقط المهر فان قيل يشكل بقتل الرجل امرأة رجل قبل الدخول فانه يقضى على الزوج
بالمهر ولا يرجع على القاتل بشيء مع ان القتل محظور قلنا وجب بالقتل قصاص او دية وللزوج
نصيب مما هو الواجب بالقتل فلا يتضاعف حقه بالتضمين اما الزوج فيما نحن فيه لا نصيب له في
شيء فيضمن من اتلف نصف المهر كذا في الفوائد الظهيرية م والارتضاع ش جواب عما يقال العلة
للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم يضف الفرقة اليها واجاب بقوله والارتضاع اى ارتضاع الصغيرة
م وان كان فعلا منها ش اى من الصغيرة لكن فعلها غير معتبر ش شرعا م في اسقاط حقها كما اذا قتلت
مورثها ش لم تحرم عن الميراث بالاتفاق م ويرجع به ش اى بنصف المهر م الزوج على الكبيرة ان كانت
تعمدت الفساد ش بان قصدت بالارضاع افساد النكاح م وان لم تتعمد ش بان قصدت دفع
الهلاك عنها جوعا م فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته ش اى امرأة زوجها وفي المبسوط
تفسير تعمد الفساد ان تقصد مع العلم بان الرضاع يحرمها على الزوج في الشرع فلو لم تعلم ذلك اخطأت
بان لم تعلم بالنكاح او لم تعلم بان الارضاع يفسد النكاح او ارادت الخير بان خافت على الرضيع الهلاك
من الجوع لم يرجع به عليها والقول فيه قولها ان لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شيء في باطنها لا يقف
عليها غيرها فيقبل قولها باليمين فان قيل يشكل هذا بصغيرتين تحت رجل ولو حل احرام الاب
فارضعت منهما كل واحد منهما الصغيرتين حتى بانتا على الزوج ولم تغرما شيئا وان تعمدا بالفساد قلنا
فعل الكبيرة فيما نحن فيه مستقل بالافساد واما فعل كل واحد من الكبيرتين هناك غير مستقل بالا
فلا يضاف الفرقة الى كل واحدة لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين والاختية قائمة بهما فلا
تقدر الى المراتين ولا تعتبر تعديها وههنا باعتبار الجمع بين الام والبنت والامية قائمة بالمرضعة
فيعتبر تعديها لانها تخاطبه م وعن محمد انه ش اى ان الزوج م يرجع في الوجهين ش اى فيما اذا
تعمدت الفساد او لم تتعمد وبه قال زفر والشافعي واحمد م والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت
ش اى الكبيرة ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر م سقط بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حد المشتهى
م وذلك ش اى تاكيد ما كان على شرف السقوط م يجري مجرى الاتلاف ش في ايجاب الضمان لكنها ش
اى لكن الكبيرة م مسببة فيه ش اى في الاتلاف م غير مباشرة ش قال الاترازي ما كان يحتاج
صاحب الهداية الى ان يقول بكلمة الاستدراك بين اسم ان وخبرها لانه لا يصح ان يقال ان زيدا
لكنه منطلق وهذا لان قوله مسببة وقع خبر ان في قوله لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط
م اما لان الارضاع هذا وقع بيانا لكون الكبيرة مسببة اى صاحبة سبب لا علة يعني ان الكبيرة
لما كانت مسببة لاحد المعنيين م اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا ش لان وضعه
لتربية الصغير م وانما ثبت ذلك ش اى انما ثبت فساد النكاح بالارضاع م باتفاق الحال ش

بان يقع [illegible] الصغيرة والكبيرة اتفاقا [illegible] رجل واحد [illegible] لا قصدا ش في ذلك وقوله م او لان افساد
النكاح ش عطف على قوله اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وهو القسم الثاني لا ما التفصيل م
ليس بسبب لالزام المهر ش لانه غير مضمون الا بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بمال عين ولا
منفعة على التحقيق ولهذا لا ينعقد على بيعه وهبته واجارته م بل هو سبب لسقوطه ش اى لسقوط
المهر م الا ان نصف المهر ش جواب سوال مقدر بان يقال كيف قلت ان افساد النكاح ليس بسبب
لالزام المهر ويجب على الزوج نصف مهر الصغيرة فاجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق
المتعة على ما عرف م في باب المهر ان المتعة تجب بالنص ابتداء لقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه
عاد اليها سالما م لكن من شرطه ش اى من شرط وجوب المتعة م ابطال النكاح ش وكانت صاحبة
شرط م واذا كانت ش اى الكبيرة م مسببة يشترط التعدي ش كحفر البئر فانه لو حفرها في ملكه
لا يضمن ما وقع فيها ولو حفرها في الطريق او في ملك اخر يضمن ما وقع فيها م ثم انما تكون متعدية
اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الافساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت ولكنها قصدت
دفع الجوع او الهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ش لانه حينئذ
يكون فرضا عليها ولولا ما جوزنا بالارضاع لدفع الهلاك م ولو علمت بالنكاح ولم تقصد الفساد لا تكون
متعدية ايضا ش والقول قولها مع يمينها م وهذا ش اى القول بان علمها بالنكاح وقصدها الفساد
بالارضاع م منا اعتبار الجهل ش هذا جواب عن سوال مقدر بان يقال كيف يكون جهل الكبيرة
بفساد النكاح بالارضاع عذرا والجهل ليس بعذر في دار الاسلام فاجاب بقوله وهذا منا اعتبار
الجهل م لدفع قصد الفساد ش الذي به يصير الفعل تعديا م لا لدفع الحكم ش الشرعي وهو وجوب
الضمان تقديره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد
الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى
قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت قصد الفساد
يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ان يكون ضمنا صدقا فلا يعتبر به م ولا
تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات ش وليس وحدهن وقال الشافعي تقبل شهادة اربع منهن
وهو قول عطاء في العاية وقال الشافعي يثبت بشهادة اربع من النساء او رجل وامرأتين وتقبل شهادة
مرضعة ان لم تطلب اجرة ولا ذكرت فعلها وكذا ان ذكرت ارضعته في الاصح ذكره النووي في المنهاج
وفي الرافعي يثبت الرضاع بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وكذا بشهادة اربع نسوة ولا يثبت
بما دون اربع نسوة وقال احمد شهادة المرضعة وفي المغني شهادة الواحدة مقبولة في الرضاع عند
احمد وهو قول طاوس والزهري والاوزاعي وابن ابي ذئب وسعيد بن عبد العزيز وعنه شهادة امرأتين
وعنه شهادة امرأة واحدة ويستحلف مع شهادتها وتعارف ان كانت كاذبة لم يحل عليها حول حتى تبيض
يداها بالبرص وفي الوسيط قال الشافعي رحمه الله تفرق بشهادة امرأة واحدة وفي المالكي تثبت بقول
ثنتين هذا ويمنع من النكاح ابتداء وتفرق بينهما لو كانا متناكحين م وانما يثبت ش اى الرضاع م بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين ش وهو مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذكره في المغني وفي المحيط وهو
قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم م وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة
بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة
المجوسي ش فانه ينبغي للمسلم ان لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبر بحرمة العين وبطلان الملك
فيثبت الحرمة مع بقاء الملك بدليل ما ثبت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن
البائع قلت هذا الذي ذكر انه مذهب مالك ليس بمذهب مالك وانما هو مذهب احمد ومذهب
مالك ما ذكرنا الان م ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل ش هكذا شأن الحرمة المؤبدة فانها
لا تقبل الفصل م عن زوال الملك في باب النكاح ش يعني اذا ثبت حرمة الرضاع يزول ملك النكاح
لا محالة لان حرمة المحل مع ملك النكاح لا يجتمعان فيلزم في اثبات حرمة الرضاع ابطال ملك النكاح
م وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين ش او رجل وامرأتين م بخلاف اللحم لان حرمة التناول
تنفك عن زوال الملك ش لان الحرمة في ملك اليمين يجتمعان كما في الخمر م فاعتبر ذلك امرا دينيا ش

فتقبل فيه خبر الواحد

كتاب الطلاق

ش اي هذا كتاب في بيان احكام الطلاق وفي المغرب الطلاق اسم بمعنى التطليق كالسلام بمعنى
التسليم والكلام بمعنى التكليم وهو مصدر طلقت بفتح اللام وضمها بالفتح والضم وقال الاخفش لا يقال
بالضم وامراة طالق وحاجتها الفدا [illegible] الطلق وجمع الولادة من طلقت بضم الطا [illegible] مطلوقة اذا اخذها
الطلق وهو طالق اللسان وطليعة والطلق الاسير اذا اطلق وطلق امراته تطليقا وطلقت هي
طلاقا ورجل طلاق وطلقة اي كثير الطلاق للنسا والطلاق لغة رفع القيد وشرعا رفع قيد النكاح
[illegible] وشرعا [illegible] الطلاق وصفاته من حكم شرعي برفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه
الحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمراة في النكاح او في العدة التي تحصل بها
[illegible] الطلاق [illegible] والاصل فيه الكتاب والسنة واجماع الامة [illegible] وايقاع الطلاق
مباح وان كان مبغضا في الاصل عند عامة العلماء ومنهم من يقول لا يباح ايقاعه الا لضرورة [illegible]
[illegible] لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق وقال عليه السلام ايما
امراة اختلعت من زوجها من غير [illegible] [illegible] الترمذي من حديث
ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما امراة سالت زوجها طلاقا من غير باس فحرام عليها
رائحة الجنة وقال حديث حسن وروى ايضا عن ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المختلعات
[illegible] والمناسبة بين كتاب الطلاق وكتاب النكاح ظاهر لان النكاح مقدم على الطلاق
[illegible] الحاجة [illegible] الرضاع [illegible] م باب
طلاق السنة ش اي هذا باب في بيان طلاق السنة وفي المبسوط الطلاق نوعان سني
وبدعي فالسني نوعان سني من حيث العدد وسني من حيث الوقت والبدعي نوعان بدعي
يعني راجع الى العدد وبدعي يعني يعود الى الوقت فالسني من حيث العدد نوعان حسن
واحسن والمصنف [illegible] م الطلاق على ثلاثة اوجه احسن وحسن وبدعي
فالاحسن ان يطلق الرجل امراته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان
الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة
ش اخرج محمد بن ابي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن سفيان عن مغيرة عن ابراهيم النخعي قال
كانوا يستحبون ان يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض م وان هذا ش اي الاقتصار
على تطليقة واحدة م افضل عندهم ش اي عند الصحابة رضي الله عنهم من ان يطلق الرجل ثلاثا
عند كل طهر واحدة ش اي تطليقة واحدة م ولانه ش اي ولان ايقاع الواحدة م ابعد من الندامة
حيث يبقى [illegible] التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها يجدد النكاح من غير تحلل
زوج اخر [illegible] التدارك [illegible] لان الله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا م واقل ضررا
بالمراة ش حيث [illegible] لان [illegible] فلا تتكامل ضرر الايحاش
م ولا خلاف لاحد في الكراهة ش اي لا خلاف في عدم الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة ايقاع الواحدة
[illegible] خلاف [illegible] الاحسن قلت هكذا شرح الشراح كلام هذا اللفظ
وظاهره يقتضي [illegible] م والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا
في ثلاثة اطهار [illegible] البدعة [illegible] وفي المغرب البدعة اسم من ابتدع الامر اذا ابتداه واحدثه
ثم [illegible] وقيل البدعة احداث امر لم يكن في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم م ولا يباح الا واحدة ش اي تطليقة واحدة م لان الاصل في الطلاق هو الحظر ش
اي المنع لقوله صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا رواه ابو داود م والاباحة ش اي اباحة الطلاق
م لحاجة الخلاص ش اي الخلاص م وقد اندفعت ش اي الحاجة م بالواحدة ش اي بالطلقة الواحدة
فلا يباح غيرها م ولنا قوله عليه السلام م في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم
ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة ش هذا الحديث رواه الدارقطني
في سننه من حديث علي بن منصور حدثنا شعيب بن رزيق ان عطا الخراساني حدثهم عن الحسن حدثنا
عبد الله بن عمر انه طلق امراته تطليقة وهي حائض ثم اراد ان يتبعها تطليقتين اخريين عند القرئين

فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا امرك الله قد اخطات السنة والسنة
ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فامرني فراجعتها فقال اذا طهرت فطلق عند ذلك او امسك فقلت
يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلاثا اكان يحل لي ان اراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية
وذكره عبد الحق في احكامه واعله بعطا الخراساني وقال انه اتى في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها
وهو ضعيف في الحديث لا يقبل ما تفرد به ورواه الطبراني في معجمه وقال صاحب التنقيح عطا الخراساني
قال ابن حبان كان صالحا غير انه كان رديء الحفظ كثير الوهم فبطل الاحتجاج به واحسن من هذا ما
رواه النسائي باسناده عن عبد الله قال طلاق السنة ان يطلقها تطليقة وهي طاهر من غير جماع فاذا
حاضت وطهرت طلقها اخرى فاذا حاضت وطهرت طلقها ثم تعتد بعد ذلك بحيضة باخرانه طلاق
السنة وهي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم م ولان الحكم يدار على دليل الحاجة ش لا على حقيقة
الحاجة لان تباين الاخلاق وتنافر الطباع امر باطن لا يمكن الوقوف عليها فاقيم السبب الظاهر وهو
العجز عن الامساك بالمعروف مقام دليل الحاجة م وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد
الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ش لانه زمان رغبته فيها طبعا وشرعا فلا يختار فراقها الا لحاجة
م فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ش اي الى دليل الحاجة حاصل المعنى كلما تكرر دليل الحاجة
جعل كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار م ثم قيل الاولى
ان يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ش اشار بهذا الى اختلاف المشايخ في الطلاق
السني فقال بعضهم الاولى ان يؤخر الايقاع الى اخر الطهر لانه اذا لم يؤخر تطول العدة المراة يكون
عدتها ثلاثة اطهار وثلاث حيض كوامل فتطول عدتها لا محالة وفي الخلاصة وهو رواية ابي يوسف
عن ابي حنيفة م والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما جامعها ش لان الطهر زمان تجدد
الرغبة م ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع ش اي بايقاع الطلاق م عقيب الوقاع ش اي
الجماع فيكون الطلاق بدعيا وانما قال المصنف والاظهر لان محمدا قال في الاصل فاذا اراد ان يطلقها
ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض م وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا ش
اي او يطلقها ثلاث طلقات في طهر واحد م فاذا فعل ذلك ش اي التطليق ثلاث تطليقات بكلمة
واحدة او في طهر واحد م وقع الطلاق ش وبانت منه وحرمت حرمة غليظة م وكان عاصيا ش لانه ارتكب
حراما وقالت الظاهرية والشيعة لا يقع الطلاق في حالة الحيض والثلاث بكلمة واحدة وعند الامامية
لا يقع شيء اصلا وبه قال المريسي وعند الزيدية منهم يقع واحدة ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه
وعن ابن عباس كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدا وكذا في زمن ابي بكر
رضي الله عنه وثلاثا من امارة عمر رضي الله عنه رواه البخاري ومسلم وفي المغني وكان عطا وطاوس
وسعيد بن جبير وعمرو بن دينار وابو الشعثا يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة وقال القاضي ابو
كان الحجاج بن ارطاة يقول طلاق الثلاث ليس بشيء وقال محمد بن اسحق واحدة كقول الشيعة م
وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح ش وبه قال ابو ثور وداود الظاهري وابن حبيب من المالكية
واحمد في رواية عنه ارسال الثلاث م لانه ش اي لان الطلاق م تصرف مشروع حتى يستفاد
به الحكم بضم الدال اي يستفاد بالطلاق الحكم وهو وقوعه والمشروعية لا تجامع المحظور
ش م والمشروع لا يكون محظورا م بخلاف الطلاق في حالة الحيض ش هذا جواب عما يقال
كيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام فاجاب بقوله الطلاق في حالة الحيض م لان
المحرم ش بكسر الرا المشددة اي المحرم للطلاق ويجوز فتحها بان يقال ان المحظور م تطويل العدة
عليها لا الطلاق ش اي لا نفس الطلاق وتطويل العدة كما اذا طلقها في حالة الحيض لان الحيض الذي
وقع فيه الطلاق ليس بمحسوب من العدة بالاجماع او يلتبس امر العدة عليها كما اذا طلقها في طهر
جامعها فيه لانها لا تدري انها حامل فتعتد بالاقرا او حامل فتعتد بوضع الحمل والحاصل في هذه
المسالة ان عندنا يعتبر في طلاق السنة التفريق والوقت وعند مالك يعتبر الوحدة والوقت
وعند الشافعي يعتبر الوقت ولا يلتفت الى العدد والشافعي رحمه الله يستدل بقوله تعالى لا
جناح عليكم ان طلقتم النسا وهذا لانه مطلق فيتناول الجمع والتفريق وبما روي عن عويمر العجلاني

انه لما لاعن امراته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايقاع الثلاث جملة وهذا الحديث متفق عليه ومما روي عن عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه انه طلق امراته تماضر ثلاثا في مرض موته ومما روي من حديث عائشة رضي
الله عنها ان امراة قالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني وبت طلاقي ولم ينكره متفق عليه
ومما روي من حديث فاطمة بنت قيس ان زوجها ارسل اليها بثلاث تطليقات والجواب
عن الاية انه قد خص منها الطلاق حالة الحيض والطلاق في طهر جامعها فيه بحضر المنازع وهو
الجمع والجواب عن حديث عويمر انه لا يجوز الاحتجاج به للخصم لان مذهبه ان الفرقة تقع بمجرد
اللعان فيكون طلقه الاجنبية والجواب عن حديث عبد الرحمن بن عوف وما شابهه محمول
على طلاق السنة بان قال انت طالق ثلاثا للسنة لان الاليق بحالهم ان يعملوا على وفاق الكتاب
والسنة ولان تقليد الصحابي ليس بحجة عندكم فكيف تحتج بفعل الصحابي علينا والجواب عن
حديث رفاعة انه ليس فيه انه طلقها ثلاثا بكلمة واحدة ويجوز ان يكون مفرقا على الاطهار
والجواب عن حديث فاطمة بنت قيس ان زوجها ابا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي
طالب رضي الله عنه الى اليمن فارسل الى امراته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من
طلاقها رواه مسلم م ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت
به المصالح الدينية ش من تحصين الفروج عن الزنا المحرم في جميع الاديان م والدنياوية ش
من السكن والازدواج واكتساب الولد وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع
م والاباحة للحاجة الى الخلاص ش يعني اباحة الطلاق انما كانت للحاجة الى الخلاص عن عهدة
المراة م ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث ش لحصول الخلاص بواحدة م وهي في المفرق على الاطهار
ثابتة ش هذا جواب عما يقال فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على
الاطهار فاجاب بقوله وهي اي الحاجة في الطلاق المفرق على الاطهار ثابتة م نظرا الى دليلها ش
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها
امرا مبطنا كما تقدم م والحاجة في نفسها باقية ش هذا جواب عما يقال دليل الحاجة انما يقام
مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في
الطهر الثاني والثالث مع ايقاع النكاح الاول فاجاب بقوله والحاجة في نفسها اي في ذاتها باقية م
فامكن تصوير الدليل عليها ش لان الانسان قد يحتاج الى حسم باب النكاح لئلا يداه فيها او لحاجة
اخرى م والمشروع في ذاته ش هذا جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر فاجاب بقوله
والمشروعية في ذاته م من حيث انه ازالة الرق ش اي ازالة قيد النكاح م لا ينافي الحظر لمعنى في
غيره ش تقريره ان يقال جواز ان يكون الطلاق باعتبار قطع النكاح المسنون محظورا وباعتبار
الاثر الموضوع له وهو ازالة القيد والمملوكية غير محظور بل كان مشروعا فيكون محظورا
فيجامع المشروعية كالصلوة في الارض المغصوبة والبيع وقت النكاح فانهما مشروعان لذاتهما
محظوران لغيرهما ولا منافاة لاختلاف الجهة فلم يلزم من اثبات المشروعية انتفاء الحظر م وهو
ما ذكرناه ش من فوت المصالح الدينية والدنياوية م وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد
بدعة لما قلنا ش انه لا حاجة الى الجمع بين الثلاث م واختلفت الرواية في الواحدة البائنة
ش اي اختلفت الرواية عن اصحابنا فيما اذا طلق الرجل امراته في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة
بائنة م قال في الاصل ش اي في المبسوط في كتاب الطلاق م انه اخطأ السنة ش فيكره م
لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي ش اي الصفة الزائدة م البينونة ش لان
حد الطلاق للحاجة ولا حاجة الى صفة زائدة م وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص
ناجزا ش اي في الحال وقال الاترازي كان ينبغي ان يقول وفي زيادات الزيادات لان محمدا
رحمه الله ذكر هذه المسئلة فيها لا في الزيادات ويحتمل انه وقع سهوا من الكاتب او يحتمل انه انما
قال ذلك لان زيادات الزيادات من تتمة الزيادات كانها مسئلة الزيادات م والسنة
في الطلاق من وجهين سنة في العدد وسنة في الوقت فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول

بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها ش يعني في اول الباب يعني ان السنة في الطلاق من حيث العدد
ان يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها وانما سمي الواحد عددا مجازا لانه اصل العدد وليس هو
بعدد حقيقة لان العدد ما يوازي نصف مجموع حاشيتيه عن بعد سواء وليس للواحد الا حاشية
واحدة م والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد والخلوة
كالمدخول عندنا في حكم العدة ومراعاة وقت السنة في الطلاق لا حل العدة فيقام الخلوة فيه ايضا
مقام الدخول كذا في المبسوط م وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعي دليل الحاجة وهو الا
قدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة تفتر الرغبة
ش فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقام مقامه فذلك الكافي قوله في طهر لم يجامعها فيه ههنا قيد لا بد
من معرفته وهو ان الطهر الذي لم يجامعها فيه ولم يسبق طلاق في حيض ذلك وجماع فانه لو طلقها
في حيض ذلك الطهر لم يكن الطلاق في ذلك الطهر سنيا وان لم يجامعها فيه وكذلك لو وطئها حالة
الحيض لم يكن الطلاق فيه سنيا كذا في الذخيرة والزيادات م وغير المدخول بها يطلقها في حالة
الطهر والحيض خلافا لزفر ش فانه يكره طلاقها في الحيض م هو يقيسها ش اي زفر م يقيسها ش اي يقيس غير
المدخول بها م على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة ش لان رغبته فيها لا تنقص
بحيضها ورغبته فيها بعد الحيض كما كانت قبله لان مقصوده لم يحصل منها فلان اقدامه على
الطلاق لحاجة اليه لا لنفرته عنها فلم يكره م ورغبته م لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصودها
منها وفي المدخول بها يتجدد ش اي الرغبة م بالطهر واذا كانت المراة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان
يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في
حقهما ش اي في حق الصغيرة والكبيرة التي لا تحيض م قائم مقام الحيض ش وله اذا كانت لا تحيض
من حمل عندنا لان الحامل لا تحيض وعند الشافعي وان كانت الحامل تحيض وطلاقها في حالة الحيض
ليس ببدعة وقال ابو اسحق من اصحابه بدعة ولا سنة في هذا خلاف الشافعي لان ايقاع الثلاث
بكلمة واحدة غير بدعة عنده ولكن الاولى التفريق على الاشهر **وفي المبسوط** ليس في طلاق
الصغيرة والايسة سنة ولا بدعة وبه قال احمد وكذا الحامل عندهم م قال الله عز وجل واللائي
يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن ش اوردهذه الاية الكريمة دليلا على
ان الاشهر تقوم مقام الحيض في حق ما بين الطائفتين فقوله واللائي لم يحضن اي الصغار التي لم
يبلغن او اللائي يبلغن بغير حيض لان الله تعالى جعل عدتهن ثلاثة اشهر كذا في التيسير وعن العلامة حميد الدين
الضرير رحمه الله انما قال لم يحضن وما قال لا يحضن لانه لو قال لا يحضن يمكن ان لا ترى الحيض في هذا
الزمان ويمكن انها قد كانت رأت قبل هذا الزمان فقال لا يحضن يعني لا ترى الحيض اصلا وقوله
واللائي لم يحضن مبتدأ خبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر م والاقامة في حق
الحيض خاصة ش اي اقامة الشهر مقام الحيض خاصة واحترز به عن قول بعض مشايخنا حيث قالوا
الشهر في حق التي لا تحيض يقوم مقام الحيض والطهر جميعا واليه ذهب صاحب المنافع وغيره وقال
شمس الائمة ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك
بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض م حتى يتقدر الاستبراء في حقها بالشهر ش اي في
حق الامة التي لا تحيض في صغر او كبر م وهو ش اي الاستبراء بالحيض لا بالطهر ش وقال الكافي وثمرة
اختلاف اصحابنا تظهر في حق الزام الحجة على البعض لاجماعهم ان الاستبراء يكتفى بالحيض على ان الشهر يقوم
مقام الحيض اذ التبع خلف الاصل بحالة لا بدائه فان قيل لما كان الشهر مقام الحيض ينبغي ان يكون
الطلاق الثاني في الشهر الثاني في حالة الحيض قلنا قد ذكرنا ان الخلف يتبع الاصل بحالة لا بدائه وذات
الشهر طاهر والشهر اقيم مقام الحيض في حكم خاص وهو انقضاء العدة لا في حق جميع الاحكام الا ترى ان
الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الايسة والصغيرة لا يحرم فلهذا الطلاق الثاني في الشهر الثاني
م ان كان الطلاق في اول الشهر ش يعني ان كان ايقاع الطلاق في اول الشهر م تعتبر الشهور بالاهلة
اي تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة م وان كان ش اي الايقاع م
في وسطه ش اي في وسط الشهر م فبالايام ش اي فيعتبر بالايام م في حق التفريق ش اي في تفريق

الطلاق في الاشهر بالاجماع فيحسب كل شهر بثلاثين يوما في حق ايقاع الطلاق م وفي حق العدة كذلك
عند ابي حنيفة ش لا يحكم بانقضا العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق ش وعندهما يكمل
الاول بالاخير ش اي يكمل الشهر الاول بالشهر الاخير بالايام م والمتوسطان بالاهلة ش اي ويكمل
المتوسطان وتمامها بين الاول والاخير م بالاهلة ش لان الاصل في الشهر الاهلة م وهي مسئلة الاجارات
ش اي المسئلة المذكورة مثل مسئلة الاجارات على الخلاف المذكور اذا استاجر دارا شهورا معلومة
او سنة في خلال الشهر فعند ابي حنيفة تكون السنة بالايام وستين يوما وعندهما يكمل الاول بالا
وما بينهما تعتبر بالاهلة وعلى هذا الاجل في البيع م ويجوز ان يطلقها ش اي ويجوز ان يطلق الايسة
او الصغيرة م ولا يفصل بين وطيها وطلاقها وقال شمس الائمة كان شيخنا يقول هذا اذا كانت الايسة
لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل الفصل بين جماعها وطلاقها
بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان الافضلية لا تنافي الجواز م وقال زفر يفصل بينهما بشهر
لقيامه مقام الحيض ش فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطيها بحيضة فكذا هنا بشهر م ولان
بالجماع تفتر الرغبة ش فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر م وانما تتجدد ش
اي الرغبة م بزمان ش فلا بد منه وهو الشهر م ولنا انه ش اي ان الشان م لا يتوهم الحبل فيها
ش اي في التي يطلقها من الايسة او الصغيرة م والكراهية ش اي كراهية الطلاق بعد الجماع م
في ذوات الحيض باعتباره ش اي باعتبار الحبل م لانه عند ذلك ش اي عند توهم الحبل م يشتبه
وجه العدة ش اي وجه عدتها فلا تدري انها حامل فتعتد بالاقراء او حايل فتعتد بوضع الحمل م والرغبة
وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر ش هذا جواب عن قول زفر وانما تتجدد الرغبة وان كانت تفتر
وجه فاجاب بقوله والرغبة وان كانت تقل ش من القلة من الوجه الذي قال زفر ويجوز ان يكون
على صيغة المجهول اي من الوجه الذي ذكره م ولكن تكثر من وجه اخر ش اي ولكن تكثر الرغبة
من وجه اخر لا يقال اذا تعارض دليل كثرة الرغبة مع دليل فتور الرغبة يتساقطان فلا نقول
لا يلزم من زوال كثرة الرغبة زوال اصل الرغبة فيكون الاقدام على الطلاق في زمان الرغبة
والذي يظهر لي ان المصنف اجاب عن هذا السؤال بقوله م لانه يرغب في وطي غير معلق ش
الحاصل انه يترجح جهة الرغبة بكون الوطي غير معلق بضم الميم وسكون العين المهملة وكسر اللام
والقاف من اعلق المراة اذا احبلها ويقال علقت المراة اذا احبلت علوقا م فرارا ش اي لاجل
الفرار م عن مون الولد ش بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة م فكان الزمان زمان رغبة فصار
كزمان الحبل ش في الاخرى قيل اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض او الحبل فالافضل ان يفصل
بينهما بشهر م وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يودي الى اشتباه وجه العدة وزمان
الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه ش اي لكون الوطي م غير معلق ش اي غير محبل م او فيها ش
عطف على قوله في الوطي والضمير يرجع الى الحامل يعني ان زمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لانه
في حالة الحبل غير معلق او هو زمان الرغبة في الحامل ش لمكان ولده منها اي لاجل حصول ولده
من الحبل م فلا تقل الرغبة بالجماع ش لان الولد داع الى رغبة الرجل في امه ولما كان الزمان زمان
الرغبة لا يكره طلاقها عقيب الجماع م ويطلقها ش اي الحامل م للسنة ثلاثا يفصل بين كل
تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في
الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة ش لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن
قال ابن عباس اي لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء ورد على الاقراء وفي حق الايسة والصغيرة
على الاشهر لان كل شهر فصل من فصول العدة في حقهن كالقرء في ذوات الاقراء م والشهر في حق الحامل
ليس من فصولها ش اي من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهي طهر وحيض واحد حقيقة وحكما
الا ترى ان انقضا العدة لا يتعلق به م فصار كالممتد طهرها ش فلا يكون محلا للتفريق الثلاث
لان شهورها وان امتدت فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه قوله كالممتد بدون التاء
وطهرها مرفوع على انه فاعل لاسم الفاعل واذا اضيفت الممتد الى الطهر فلا بد من التا فيقول كالممتدة
الطهر وعلى كلا التقديرين صفة لمحذوف اي كالمراة الممتد طهرها على الوجه الاول وعلى الثاني

كالممتدة الطهر

كالممتدة الطهر وقال محمد بالعباس عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري ان الحامل لا تطلق
اكثر من واحدة للسنة وقول الصحابي اذا كان فيما لا يعقل بالقياس كذا في المبسوط ويقول محمد قال
الشافعي ومالك واحمد م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان الاباحة ش اي اباحة الطلاق م
بعلة الحاجة ش اي باعتبار الحاجة م والشهر دليلها ش اي دليل الحاجة في حق الحامل كما في حق
الايسة والصغيرة ش اي كما ان الشهر دليل الحاجة في حقهما [illegible]
واحكام العدة فكانت كالشهور في حقهما فكذا في الحامل م وهذا ش اي كون الشهر دليلا في حق الحامل
كما في حق الايسة والصغيرة م لانه ش اي لان الشهر م زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة ش اي ما
قال هذا لان الشخص ربما لا يرغب في المراة في اكثر من شهر [illegible]
الشخص السليم من الافة فلا بد ان تتجدد الرغبة في المراة في شهر فصلح الشهر دليلا على الحاجة م فصلح ش
اي الشهر ان يكون م علما ودليلا ش على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها [illegible]
الطلاق فيكون مباحا م بخلاف الممتد طهرها ش هذا جواب عن قياس قول محمد بيانه هو قوله م لان العلم
في حقها الطهر ش اي لان العلم على الحاجة في حقها هو الطهر بعد الحيض يعني كل طهر بعقيب الحيض
م وهو ش اي تجدد الطهر م مرجو فيها في كل زمان ش لانه يمكن ان تحيض فتطهر لانها ليست بايسة
ولا صغيرة م ولا يرجى ش اي تجدد الطهر م مع الحبل ش لان الحامل لا تحيض [illegible]
م واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض وقع الطلاق ش وبه اجماع الفقهاء وعند الشيعة وابن
علية وهشام بن الحكم والظاهرية لا يقع م لان النهي عنه ش اي عن الطلاق في حالة الحيض م
لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه ش وهو تطويل العدة او اشتباه امر العدة اي سد باب التدارك م فلا
ينعدم مشروعيته ش لان النهي اذا لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كما عرف في الاصول وقيل
المراد بالنهي ههنا المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي لاطهار
عدتهن وقيل المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا م ويستحب له ش اي للرجل
الذي طلق امراته في حالة الحيض م ان يراجعها ش هذا لفظ القدوري وقال محمد في الاصل وينبغي
له ان يراجعها م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م مر ابنك فليراجعها ش
هذا الحديث اخرجه الائمة الستة عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امراته وهي حائض
فسال عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم يمسكها حتى
تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها طاهرا قبل ان يمسها فتلك العدة التي امر الله تعالى
وفي لفظ البخاري ومسلم انه طلق امراته تطليقة واحدة وهي حائض قوله مر امر من امر يامر واصله
اؤمر بهمزتين فحذفت الهمزة التي هي فا الفعل للاستثقال واستغني عن همزة الوصل فحذفت ايضا
فصار مر على وزن عل والكاف في قوله ابنك خطاب لعمر بن الخطاب وابنه عبد الله م وقد طلقها ش
الواو للحال اي والحال ان ابن عمر قد كان طلق امراته م في حالة الحيض ش وكان طلقها واحدة كما في
الحديث الذي ذكرناه م وهذا ش اشارة الى قوله عليه السلام فليراجعها م يفيد الوقوع ش اي
وقوع الطلاق اذ لا يتصور الرجعة بدون الوقوع م والحث ش اي ويفيد الحث م على المراجعة
ش اي على ان يراجعها م ثم الاستحباب ش اي استحباب الرجعة م قول بعض المشايخ ش وبه قال
الشافعي واحمد م والاصح انه ش اي ان المراجعة او الرجعة ذكر الضمير على تاويل الرجوع م واجب
عملا بحقيقة الامر لان مطلق الامر للايجاب حقيقة قال الاترازي قال صاحب الهداية والاصح
انه واجب ولنا فيه نظر لان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل لفظ الوجوب بل قال ينبغي له ان يراجعها
قال في الاصل واذا طلق الرجل امراته وهي حائض فقد اخطا السنة والطلاق واقع عليها فينبغي له
ان يراجعها وشمس الائمة نقل في المبسوط لفظ محمد كذلك ولم يذكر الوجوب ثم قال الاترازي
لم يحتمل ان يكون الرجعة واجبة لان الامر بالمراجعة مطلق ويقبل الاستدلال على الوجوب
انتهى قلت اراد الاترازي اظهار التصرف فقط اذ لا حاجة للتنظير فيه ولا للاعتداد [illegible]
ذلك م ورفعا للمعصية ش اي ولاجل رفع المعصية لان ايقاع الطلاق في الحيض معصية
والسبيل في رفع المعاصي رفعها م بالقدر الممكن ش اي بقدر ما امكن كالبيع الفاسد م يرفع اثره ش

اي يرفع اثر المعصية وذكر الضمير على تاويل العصيان والمعصية الطلاق في حالة الحيض م
وهو ش اي اثره هو العدة اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة م ودفعا لضرر تطويل
العدة ش اي ولاجل دفع ضرر تطويل العدة عليها برفعها بالمراجعة م قال ش اي القدوري م فاذا
طهرت ش يعني بعد المراجعة م وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال ش اي المصنف
هكذا ذكر في الاصل ش اي هكذا ذكر محمد في المبسوط الا انه قال فيه فاذا طهرت من حيضة
اخرى طلقها واحدة قبل الجماع وهكذا يدل على ان الطهر الذي يباح فيه الطلاق هو الطهر الذي م
بعد حيضة اخرى لا الطهر بعد حيضة اوقع فيها الطلاق ثم قال المصنف م وذكر الطحاوي
انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة
وما ذكره في الاصل قولهما ش اي قول ابي يوسف ومحمد ش وفي الكافي هو ظاهر الرواية عن ابي
حنيفة وبه قال الشافعي رحمه الله في المشهور عنه ومالك واحمد وما ذكره الطحاوي رواية عن
ابي حنيفة وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه م ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل
بين كل طلاقين بحيضة والرجل ههنا بعض الحيضة فيكمل بالثانية ش اي بعض الحيضة الثانية
م ولا تتجزى ش اي الحيضة الثانية م فيتكامل وجه القول الاخر ش اراد به ما ذكره الطحاوي م
ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي
يليه ش اي الذي يلي الحيض واعلم ان المصنف بين وجه القولين المذكورين بالمعاني الفقهية
ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحد من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري
باسناده الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
مر ابنك فليراجعها الحديث وقد ذكرناه عن قريب وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي
في جامعه باسناده الى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها الحديث وقد ذكرناه
ايضا وهذا يدل على رواية الطحاوي فلاجل التعارض بينهما لم يذكرهما المصنف واكتفى بما ذكره في الكتاب
م ومن قال لامراته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق م
عند كل طهر تطليقة ش هذا اذا لم يجامعها فيه ولو جامعها فيه لا تقع حتى تحيض وتطهر اذا لم
ينو شيئا او نوى عند كل تطليقة وعند الشافعي رحمه الله ورواية عن احمد يقع الثلاث في الحال
اذا لم يجامعها وهو طاهر لو جامعها في ذلك الطهر لا تطلق الثلاث حتى تحيض وتطهر لان عنده لا سنة ولا
بدعة في العدد حتى لو نوى تفريق الثلاث على الاطهار لا يقبل قوله في المشهور عنه وعن بعض اصحابه
يقبل وقال مالك لا اعرف المباح من الطلاق الا واحدة فيكون الثلاث بدعيا عنده وقيد بقوله
وقد دخل بها لان غير المدخول بها تطلق ثلاثا في الحال بالاجماع م لان اللام فيه ش اي في قوله للسنة
م للوقت ش اي مستعمل للوقت فكانه قال لوقت السنة م ووقت السنة ش في الطلاق م
طهر لا جماع فيه ش اي طهر خال عن الجماع م وان نوى ان يقع الثلاث الساعة او عند راس كل
شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت ش اي تلك الساعة م في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال
زفر لا يصح نية الجمع لانه ش اي لان الجمع بين الثلاث م بدعة وهي ش اي البدعة ضد السنة
ش والشيء لا يحتمل ضده فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فيلغو م ولنا انه ش اي ان الجمع م محتمل لفظه
م صح المرء الثاني وهو السنة من حيث الوقوع لانه سني وقوعا ش اي من حيث الوقوع م
من حيث ان وقوعه ش اي وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة ش وهي قوله عليه السلام من طلق
امراته الفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه م لا ايقاعا ش لان ايقاع الثلاث جملة م
مكروه فلم يتناوله مطلق كلامه ش لان المطلق ينصرف الى الكامل وهو السني وقوعا وايقاعا
فان قيل الوقوع بدون الايقاع محال لانه انفعال فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان
سنيا وقوعا وايقاعا والبدعة والسنة ... باب الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف
ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف فكان الوقوع
اشبه بالسنة الشرعية فكذلك قال سني وقوعا م وهو ش اي مطلق الجمع م عند نيته ش
لانه سني من وجه فكان من محتمل لفظ السنة وفيه تشديد على نفسه في ذلك فيصح نيته كما لو

قال كل

قال كل مملوك لي حر لا يتناول المكاتب لقصور في الملك يدا ولو نواه يصح ويحنث وكذا لو حلف
لا ياكل لحما لا يتناول لحم السمك لقصوره في اللحمية ولو نواه صح ويحنث باكله م وان كانت ايسة او من
ذوات الاشهر ش وقعت الساعة ش بالنصب على انها ظرف م واحدة ش اي طلقة واحدة م وبعد
شهر ش اي يقع بعد شهر م اخرى ش اي طلقة اخرى م وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة ش
كما تقدم ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض م كالطهر في ذوات الاقراء على ما بينا ش اشارة الى ما ذكر من
التعليل فيما مر وقد يقوله لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض م وان نوى ان يقع الثلاث الساعة
وقعن عندنا ش خلافا لزفر م لما قلنا ش اشارة الى قوله لانه سني وقوعا م بخلاف ما اذا قال انت
طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا يصح نية الجملة فيه ش قيد هكذا ذكره فخر الاسلام والصدر
الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة الترمذي م لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان
اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه ش اي ومن ضرورة تعميم
الوقت الذي هو ظرف الوقوع م تعميم الواقع فيه اي من الوقت لانه جعل الوقت ظرفا للواقع
وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف م فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت ش فيبطل تعميم
الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى م فلا تصح نية الثلاث ش بخلاف ما اذا
ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحا فتصح نيته وقال الاترازي بعد قوله ومن ضرورته تعميم
الواقع فيه ولنا فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه الا يرى انه لو قال لامراته
انت طالق كل يوم ولم يكن له نية لا تقع الا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر مع ان الوقت
عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى ودفع نظره بان المراد من تعميم
الوقت هنا تعميم وقت السنة لا مطلق الوقت فيلزم من تعميمه تعميم الواقع م فصل
ش اي هذا فصل لما ذكر طلاق السنة بالوجهين الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في
بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع م ويقع طلاق كل زوج اذا كان بالغا عاقلا ش وهذا بالاجماع م ولا
يقع طلاق الصبي ش وفي المغني للحنابلة اذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه وهو اعم روايات
عن احمد واختارها ابو بكر والخرقي وابن حامد وزعموا ان ذلك مروي عن سعيد بن المسيب وعطا
والحسن والشعبي واسحق وروى ابو الحارث عنه اذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين العشر الى
ثنتي عشرة وفي الجامع اذا كان الصبي مجنونا وفرق بينهما يجب ان يكون طلاقا على المذهب
وان لم يقع طلاق الصبي ومنهم من جعله فسخا م والمجنون ش من جن الرجل واجنه الله فهو
مجنون ولا يقال مجنن وقيل الفاصل بين المجنون والمعتوه والعاقل اي العاقل من يستقيم كلامه
وافعاله والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وقيل المجنون من يفعل ما يفعله لا
عن قصد والعاقل قد يفعل ما يفعله المجانين احيانا لا عن قصد على ظن الصلاح والمعتوه يفعل
ما يفعله المجانين عن قصد مع ظهور الفساد وفي الصحاح المعتوه الناقص العقل وفي الذخيرة
المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل
المجنون م والنائم ش وفي الذخيرة وطلاق النائم غير واقع ولا موقوف وان اجازه بعدما انتبه
ولو قال النائم اوقعت ما تلفظت به في النوم لا يقع وفي المحيط ان اجازه بعد انتباهه بان قال
اجزت ذلك الطلاق يقع م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم وصدع
وزال عقله بالصداع يقول انه لا يقع طلاقه م لان عقله يصير كحكم الاعمام وطلاق
الاخرس واقع بالاشارة ش ان كانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وعتاقه وشرائه وبيعه
استحسانا سواء قدر على الكتابة او لا وبه قال الشافعي ومالك لانه يحتاج الى ما يحتاج اليه الناطق
فلو لم يجعل اشارته كعبارة الناطق لادى الى الحرج وهو مدفوع شرعا وقال شمس الائمة
السرخسي في المبسوط وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة في الاشياء التي ذكرناها
فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يقع شيء من ذلك باشارته لانه لا يستبين في اشارة الاخرس
حروف منظومة فبقي مجرد قصد الايقاع وبهذا لا يقع وان لم يكن له اشارة معلومة تعرف
ذلك منه او شك فيه فهو باطل لعدم الوقوف على مراده وفي الكافي هذا اذا ولد اخرس

اوطاعليه وداوم وان لم يدم لم يقع طلاقه وقال قتادة يطلق ولي الاخرس ومثله عن الحسن البصري
م لانها ش اي لان اشارة الاخرس م صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة ش اي لاجل
دفع حاجته م وستاتيك وجوهه ش اي وجوه طلاق الاخرس في اخر الكتاب ش اي في اخر كتاب الهداية
لا في اخر كتاب الطلاق م وطلاق الامة ثنتان ش اي الطلاق باعتبار التطليق م حرا كان زوجها
او عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها او عبدا ش وهو قول علي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود
رواه ابن حزم في المحلى وقال ويثبت ذلك عن ابن عباس م وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال
الرجال ش والعدة بالنسا وبه قال مالك في الموطا وعند اصحابنا عدد الطلاق معتبر بالنسا وكذلك
العدة وبه قال سفيان واحمد واسحاق وثمرة الخلاف تظهر في حرة تحت عبد او في امة تحت حر
ولا خلاف في حرة تحت حر او في امة تحت عبد وقال السروجي قال داود وهمام وقتادة ومجاهد
والحسن البصري وابن سيرين وعكرمة ونافع وعبيدة السلماني ومسروق وحماد بن ابي سليمان والحكم
ابن عتيبة والثوري والنخعي والشعبي تطلق العبد الحرة ثلاثا وتعتد ثلاث حيض ويطلق الحر الامة ثنتين
وتعتد حيضتين وعند الائمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد يطلق الحر الامة ثلاثا وتعتد حيضتين
ويطلق العبد الحرة ثنتين وتعتد ثلاثة قروء ذكر ذلك الرافعي وصاحب الانوار وابن حزم عنهم م
لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
ش هذا الحديث غريب مرفوعا ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه موقوفا على عثمان وزيد بن ثابت
وابن عباس رضي الله عنهم ووجه الاستدلال به انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه
يختص كل واحد منهما بجنس في حق ثم اعتبار العدة بالنسا من حيث العدد فيجب ان يكون اعتبار
الطلاق بالرجال من حيث العدد تحقيقا للمقابلة واشار المصنف الى تعليله بقوله م ولان صفة
المالكية ش اي كونه مالكا م كرامة والادمية مستدعية لها ش اي الكرامة بتكريم الله تعالى ولقد
كرمنا بني ادم م ومعنى الادمية في الحر اكمل ش فان العبد يشبه في جهة الادمية والمالية ولهذا
يباع في الاسواق كما يباع الدواب والثياب وتجب القيمة في قتله كما في البهيمة م فكانت مالكيته
ابلغ واكثر وقال الاكمل فان قلت الدليل اخص من المدعي لان المدعي ان الطلاق بالزوج حرا كان
او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم
القائل بالفصل م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م طلاق الامة ثنتان
وعدتها حيضتان ش وهذا الحديث روي عن عائشة اخرجه الترمذي وابن ماجه وقال ابو داود بعد
ان اخرجه هذا الحديث مجهول وقال الترمذي حديث غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث مظاهر
ابن اسلم ومظاهر بن اسلم لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث ونقل الذهبي في ميزانه تضعيف مظاهر
عن ابي عاصم النبيل ويحيى بن معين وابي حاتم الرازي والبخاري ونقل توثيقه عن ابن حبان قلت
التوثيق اقوى لان الاصل في الراوي هو العدالة واخرج ابن ماجه هذا الحديث عن ابن عمر مرفوعا نحوه
سواء ورواه البزار في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه وقال الدارقطني تفرد به عمر
ابن شبيب وهو ضعيف لا يحتج بروايته والصحيح ما رواه نافع وسالم عن ابن عمر من قوله واخرج
الحاكم هذا من حديث ابن عباس وقال الحديث صحيح ولم يخرجاه وقال ذلك بعد ان اخرج حديث عائشة
وقال مظاهر بن اسلم شيخ من اهل البصرة لم يذكره احد من متقدمي مشايخنا بجرح ووجه الاستدلال
بهذا الحديث انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثمة معهود فكان للجنس وهو يقتضي
ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاما ثلث ولم يبق
اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت العبد عملا بالحديثين اجيب بانه يقتضي
ان يكون المها في عدتها عاما بانها يكون تخصيصها بان يكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير
سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان
يكون من باب الاستخدام ويكون المراد بالامة امة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب
ان ذلك خطابة لا تجري في مقام الاستدلال م ولان حل المحلية ش اي حل ان يكون المراة محلا للنكاح
م نعمة في حقها ش اي في حق المراة لانها تتوصل به الى الدرور والمتعة والكسوة والكسنى والارد

وتحصين الفرج وغيرها م وللرق اثر في تنصيف النعم ش فيكون للحر ازيد منه للعبد ولا يملك العبد من
التزوج الا اثنتين فكذا في حق النسا فانه لا يتزوج مع الحرة ولا بعدها م الا ان العقدة ش هذا
كانه جواب عما يقال لما كان حل المحلية نعمة في حق الحرة وجب تنصيفه في الامة وعند فوات الحل
في حق الحرة ثلاث عقد اي ثلاث تطليقات كان ينبغي ان يكون في الامة بتطليقة ونصف فاجاب
بقوله م الا ان العقدة ش اي التطليقة م لا تتجزى ش اي لا يمكن تجزيتها م فيتكامل عقدتين
ش اي تطليقتين م وتاويل ما روى ش اي الشافعي م ان الايقاع بالرجال ش يعني معنى قوله الطلاق
بالرجال اي ايقاع الطلاق بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره اجيب بان كان الى ذكره
حاجة لان المراة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال م واذا تزوج العبد امراة ثم طلقها وقع طلاقه ولا يقع
طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى ش لان ملك النكاح
من خواص الادمية والعبد مبقى فيها على اصل الحرية فكان يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه
لكن لو قلنا به لتضرر المولى فتركناه

م باب ايقاع الطلاق

ش اي هذا باب في بيان ايقاع الطلاق ولما ذكر اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه من حيث
الايقاع على ما يجي بيانه منفصلا ان شاء الله تعالى م الطلاق ش اي التطليق م ضربان صريح ش اي
احدهما صريح وهو ما ظهر المراد به ظهورا بينا بحيث يسبق الى فهم السامع مراده م وكناية ش اي
والثاني كناية وهي ما لا يظهر المراد منه الا بنية ثم الطلاق لا يقع بمجرد العزم والنية عند الائمة الاربعة
واصحابهم وقال الزهري يقع بالعزم والنية من غير نطق م فالصريح قوله ش اي قول الرجل لامراته
م انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الرجعي ش اي الطلاق الرجعي م لان هذه الالفاظ
م مستعملة في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ش وهو قوله تعالى
وبعولتهن احق بردهن سماه بعلا فدل ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية فان قلت لفظ الرد يدل على
زوال ملكه قلت اطلق اسم الرد بعد انعقاد سبب زوال الملك فيكون رد السبب غير اثبات زوال
الملك ويكون فسخا للسبب ويطلق الرد على الفسخ كما يقال رده بالعيب وانه فسخ م ولا يفتقر الى النية
لانه صريح لغلبة الاستعمال عليه ش اي على الطلاق ولا دلالة فيه على البينونة وهذا باجماع الفقهاء
وقال داود يفتقر الصريح الى النية لاحتمال غير الطلاق قلنا هذا الاحتمال مرجوح فلا يعتبر لغلبة
الاستعمال في الطلاق والنية لتعيين المبهم ولا ابهام فيها م وكذا ش اي وكذا يكون معقبا للرجعة
م اذا نوى الابانة ش بلفظ الصريح م لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضا العدة فيرد عليه ش
كالوارث اذا قتل مورثه يحرم الميراث لانه قصد تعجيل ما اخره الشرع م ولو نوى الطلاق عن وثاق
ش بفتح الواو وكسرها المختار والافصح الفتح يعني لو نوى الطلاق عن قيد م لم يدين في القضا ش
لم يصدق قضاء وفي المغرب فوطهم اذن ش اي يصدقه م لانه خلاف الظاهر ش اي لان نيته الطلاق عن
وثاق خلاف ظاهر الحال ولا يصدق قضاء م ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه م اي لان كلامه يحتمله
ش والله مطلع على نيته م ولو نوى ش اي بقوله طالق م الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله
م لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل ش اي المراة غير مقيدة بالعمل بل بالنكاح فلا يصح
نية الطلاق عن العمل قضاء وديانة وهكذا في اكثر النسخ وهي غير مقيدة بالتانيث وفي بعض النسخ وهو
غير مقيد بالعمل بالتذكير قال الاكمل ووجهه ان المراة بتاويل الشخص او الذات وليس بشي لان
الضمير يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وقال الاترازي وهو غير مقيد على التذكير
وفتح اليا المشددة وكسرها بمعنى الفتح اي الشخص وهي المراة غير مقيد بالعمل بل بالنكاح فلا يصح نية
الطلاق عن العمل اصلا م وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ش هذه رواية رواها
الحسن عن ابي حنيفة م لانه ش اي لان الطلاق م يستعمل للتخليص ش فكان معناه انت مخلصة
عن العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا فهو لا يصدق ديانة وقضاء
رواية واحدة م ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه
عرفا فلم يكن صريحا ش واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية ولو كان

بالطا او باطاق لا يقع وان نوى وقال الكاكي ولو قال انت طالق بحذف القاف ونوى يقع والا لا ولو قال
يا طال بكسر اللام يقع نوى او لم ينو ولو قال انت طالق من هذا العمل لم تطلق لانه لم يرد به قيد
النكاح ولو قال انت طالق ثلاثا من هذا القيد طلقت ثلاثا ولا يصدق في القضا في ترك الطلاق لانه
لا يتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات وانما يرفع ثلاث مرات قيد النكاح وفي الذخيرة قال انت
طالق من قيد او غل او عمل ذكر هذه المسئلة في موضعين فاجاب في احدهما انه لا يقع في القضا واجاب
في الاخر انه يقع في القضا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لو قال انت طالق من هذا القيد او من هذا
العمل لم تطلق وان قال ثلاثا طلقت ثلاثا كما تقدم م ولا يقع به الا واحدة ش هذا من كلام القدوري
متصل بقوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا
الواحدة م وان نوى اكثر من ذلك ش وهذا قول الحسن البصري وعمرو بن دينار والاوزاعي والثوري
وابو سليمان وابي ثور م وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى ش من المثنى او الثلاث وبه قال مالك والليث
وزفر واحمد في رواية وهو مذهب الظاهرية وهو قول ابي حنيفة الاول ولم يرتضه ورجع عنه
ذكره في المبسوط وفي البدائع وهو غير ظاهر الرواية م لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ش يعني
ذكر لفظ الطالق م ذكر للطلاق لغة ش لكون لفظ الطالق نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه
م كذكر العالم ذكر للعلم ش لان ذكر النعت يقتضي وصفا ثابتا بالموصوف لغة فان ذكر العالم ذكر العلم
قائم بالموصوف لا بالواصف م ولهذا ش اي ولكونه محتمل لفظه م يصح قران العدد به ش اي
بقوله انت طالق م ويكون ش اي العدد م نصبا على التمييز ش اي التمييز والتمييز احد محتملات اللفظ
ولولا ان العدد من محتملات اللفظ لما صح التمييز م ولنا انه ش اي قوله انت طالق م نعت
فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد ش اي النعت الفرد لا يحتمل العدد م
لانه ضده ش اي لان الفرد لا يحتمل العدد لان الضد لا يحتمل الضد م وذكر الطالق ش جواب عن قوله
فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان ذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمراة لانه نعت من الثلاثي
وهو يدل على طلاق يكون صفة للمراة م لا لطلاق ش يعني ليس بصفة لطلاق م هو تطليق ش يعني لطلاق
الذي هو بمعنى التطليق كسلام بمعنى التسليم في محل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه
ضروري تتصف به المراة ليس بفعل الزوج لانه تقتضي الثاني صحيحا فكان ثابتا ضرورة تصحيح
الكلام مقتضى لا عموم له م والعدد الذي يقترن به ش جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به
تقريره ان العدد الذي يقترن به اي بقوله انت طالق م نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا
ش يعني معناه انت طالق طلاقا ثلاثا فلا يدل على وقوع الثلاث الا المصدر المحذوف الموصوف بالثلاث
لا قوله انت طالق ع مثل لو نوع المصدر المحذوف المنعوت بقوله لقوله م اي لقول القائل اعطيته
جزيلا اي عطاء جزيلا ش فالذي دل على كثرة العطا هو المصدر المحذوف المنعوت لا قوله اعطيته لانه
لا يدل الا على مجرد الاعطا فافهم م ولو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا وان لم
يكن له نية او نوى واحدة ش اي او نوى طلقة بواحد من هذه الالفاظ الثلاثة طلقة واحدة م او اثنتين
ش اي او نوى طلقتين م فهي ش اي التطليقة بهذه الالفاظ م طلقة واحدة رجعية ش هو وقوع
الطلاق بهذه الالفاظ ظاهر لانها صريحة في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه م وان نوى ثلاثا ش
اي ثلاث طلقات م طلقت ش الثلاث م ووقوع الطلاق باللفظة الثانية ش وهو قوله انت طالق
الطلاق م والثالثة ش اي ووقوع الطلاق باللفظة الثالثة وهو قوله انت طالق طلاقا م ظاهر ش بالرفع
خبر لقوله ووقوع الطلاق م لانه ش اي لان الرجل م لو ذكر النعت ش اي الصفة م وحده يقع به
الطلاق فاذا ذكره ش اي فاذا ذكر النعت م وذكر المصدر معه ش اي مع النعت م وانه ش اي والحال
انه ذكر المصدر مع النعت م يزيده وكادة ش اي يزيد المصدر وكادة ش اي تاكيدا كقولك قمت
قياما وقعدت قعودا وقوله م اولى ش جواب اذا م واما وقوعه ش اي وقوع الطلاق م باللفظة
الاولى ش وهو قوله انت الطلاق م فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم ش للمبالغة م يقال رجل
عدل اي عادل ش لان الرجل لا يمكن ان يكون عين العدل ولكن يوصف بالمصدر للمبالغة م فصار
ش اي بقوله انت الطلاق م بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا

ش لانه

ش لانه بمعنى الخلاف في قوله انت الطلاق صريح او كناية فعندنا ومالك والشافعي في قول صريح وقال
الشافعي رحمه الله انه كناية وبه اخذ القفال فان قلت انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية
الثلاث كما لا يصح في انت طالق قلت اجيب بان نية الثلاث انما لا يصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم
واما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فليلمح فيه جانب المصدرية فصحت فيه الثلاث وقال
الطحاوي في مختصره فلو قال انت طالق لم يكن اكثر من واحدة وان نوى اكثر منها وفرق بينه وبين انت
الطلاق للتعريف وليس ذلك بمشهور من اصحابنا م ولا يحتاج فيه الى النية ش لانه صريح م ويكون
رجعيا لما بينا ش يعني فيما مضى في اول الباب م انه صريح لغلبة الاستعمال فيه م وتصح نية الثلاث
لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس ش يتناول القليل والكثير م فيعتبر بسائر اسماء
الاجناس فيتناول الادنى ش هو الواحد م مع احتمال الكل ولا يصح فيه نية الثنتين خلافا لزفر ش
فانه يقول يصح فيه الثنتين وبه قال الشافعي ومالك رحمهما الله م هو ش اي زفر م يقول ان الثنتين
بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث ش بالاجماع م صحت نية بعضها ضرورة ش لان المصدر يحتمل
الواحد والاثنين ولهذا يصح ان يوصف به فيصح النية لانه يحتمل لفظه ويقول زفر قال الشافعي
ومالك م ونحن نقول ش يعني في جواب زفر م نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا ش اي لكون الثلاث
جنسا للطلاق لا من حيث العدد به م حتى لو كانت المراة امة يصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية
ش في حقها لان ذلك جنس طلاقها م اما المثنى في حق الحرة عدد ش اي عدد محض لا واحد حقيقة
ولا واحد اعتبارا الا اذا كانت المراة امة كما ذكرنا م واللفظ ش اي لفظ الاثنين لا يحتمل العدد لعدم
صدق حد العدد عليه م وهذا ش اي كون اللفظ لا يحتمل العدد م لان معنى التوحد مراعى في الفاظ
الوحدان ش بضم الواو جمع واحد قال الجوهري الواحد اصل العدد والجمع وحدان واحدان مثل شاب
وشبان ومراعاة التوحد اما باعتبار الذات كزيد واما باعتبار النوع كرجل واما باعتبار الجنس كا
لانواع في لفظ الطلاق فلا بد من مراعاة التوحد فيه م وذلك ش اي مراعاة التوحد يكون باحد الامرين
اما م بالفردية ش بطريق الحقيقة او بطريق الاعتبار اشار اليه بقوله م او الجنسية وهو بطريق
الاعتبار كما قلنا ان صحة النية بالثلاث في قوله انت طالق باعتبار ان الثلاث جنس طلاقها وهو
واحد اعتبارا وعند تعداد الاجناس صحت النية بالثلاث باعتبار ان الثلاث واحد لا باعتبار
انها عدد م والمثنى بمعزل منهما ش اي الاثنان بمعزل من الفردية والجنسية لانه لم يوجد فيه معنى
التوحد لا بحسب الذات ولا بحسب الجنسية ومعنى بمعزل بعيد عنه وقال ابن دريد يقال انا
عن هذا الامر بمعزل اي متنح م ولو قال انت طالق الطلاق يقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي
الطلاق اخرى ش اي طلقة اخرى م يصدق لان كل واحد منهما ش اي من قوله طالق ومن قوله الطلاق
م صالح للايقاع ش باضمار انت م فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان ش اي طلقتان
رجعيتان م اذا كانت مدخولا بها ش وان كانت غير مدخول بها تلغى الثاني وهو قياس قول الشافعي
وقال الاترازي هكذا نقلوه في شروح الجامع الصغير عن الفقيه ابي جعفر وذلك مروي عن ابي
يوسف ومنعه فخر الاسلام البزدوي لان طالق نعت وطلاقا مصدره فلا يقع الا واحدة وكذلك في
انت طالق الطلاق م واذا اضاف الطلاق الى جملتها ش اي الى جملة المراة مثل قوله انت طالق لان
الضمير المراة م او الى ما يعبر به عن الجملة ش اي او اضاف الطلاق الى ما يعبر به مثل قوله رقبتك طالق م
وقع الطلاق لانه اضيف الى محله ش اي لان الطلاق اضيف الى محله وهي المراة لان التا ضمير المخاطبة
وهي عبارة عن المراة م وذلك ش اشارة الى قوله لانه اضيف الى محله م مثل ان يقول انت طالق
لان التا ضمير المراة ش وهو عبارة عنها كما ذكرنا م او يقول ش بالنصب عطفا على قوله ان يقول م
رقبتك او عنقك او روحك او بدنك او فرجك او جسدك او وجهك لانه يعبر بها ش اي
بهذه الالفاظ عن جميع البدن م اما الجسد والبدن فظاهر ش لانهما عبارة عن جملة المراة م وكذا
غيرهما ش اي غير الجسد والبدن من الالفاظ المذكورة ظاهر ثم شرع يبين ذلك ويوضحه بقوله م
قال الله تعالى فتحرير رقبة ش اي تحرير مملوك ولم يرد الرقبة بعينها م وقال فظلت اعناقهم لها
خاضعين ش واراد بالاعناق الدواب ولهذا لم يقل خاضعة ولو اريد بها حقيقة العنق

الحيوان

ينبيها

لعن الله الفروج على السروج ش واراد بالفروج النسا وهذا م وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ش واراد بالفروج النساء وهذا
الحديث غريب جدا وقال مخرج الاحاديث ولهذا قال شيخنا علاء الدين حيث استشهد بحديث اخرجه
ابن عدي في الكامل قال عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذوات الفروج
ان يركبن السروج فان المصنف استدل بالحديث المذكور على ان الفرج من الاعضا التي يعبر بها عن جملة
المراة كالوجه والعنق حيث يقع الطلاق باسناده اليه وحديث ابن عدي اجنبي عن ذلك واخرج ابن
عدي ايضا عن علي بن علي القرشي عن ابن جريج عن عطا عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفه بعلي بن علي وقال انه مجهول م ويقال فلان راس
راس القوم ش اي كبيرهم وليس المراد به العضو المشخص ولذا يقال فلان اعتق كذا وكذا راسا ويقال
امري حسن ما دام راسك سالما الا ان هذا فيما اذا تكلم باضافة الراس اما اذا قال راسك طالق او الراس
منك طالق او وضع يده على راسها وقال هذا العضو منك طالق فقال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي لا يقع شي ووجهه انه لا يراد به الذات م ويا وجه العرب ش اي انت وجه العرب لان
الاستعمال شايع بين العرب يقول بعضهم لبعض يا وجه العرب ويريدون به الذات وقال الله تعالى
كل شي هالك الا وجهه اي ذاته م وهلكت روحه يعني نفسه ش اراد به الذات **وفي الينابيع**
ان اضافه الى عضو لا يبقى الانسان بفقده يقع وان كان يبقى بفقده لا يقع ومثله في العضو لا يبقى
الانسان بفقده فيه يرد عليه القلب **قال المرغيناني** لا رواية في القلب **وفي المحيط**
وان كان عضوا لا يعبر به عن جميع البدن لا يقع وان نوى ولو قال بضعك طالق ذكر شمس الائمة السرخسي
انها لا تطلق وذكر **شمس الائمة الحلواني** انها تطلق وفي الزيادات لو قال دبرك طالق لا يقع
وفي خزانة الاكمل لو قال استك طالق يقع عن ابي يوسف كما قال فرجك وفي الوضع لو قال
استك طالق يقع ولم يحك خلافا ولا قول احد ولو قال فرجك طالق او بطنك او ظهرك او اصبعك
او شعرك لا يقع م ومن هذا القبيل الدم ش اي مما يعبر به جملة البدن الدم بان قال دمك طالق
فانه يقع م في رواية ش وهي رواية كتاب الكفالة فانه لو كفل بدم انسان يصح واشار في كتاب
العتاق ان اضافة الطلاق الى الدم لا يصح فانه اذا قال دمك حر لا يعتق وانما قال من هذا القبيل
لان القدوري لم يذكر هذا م يقال دمه هدر ش يراد به ان نفسه هدر م ومنه ش اي ومن
هذا القبيل م النفس وهو ظاهر ش لان النفس عبارة عن الذات م وكذا ش اي ولذا يقع الطلاق
م ان طلق جزا شايعا منها مثل ان يقول نصفك ش طالق م او ثلثك ش طالق م لان الجزء الشايع
محل لساير التصرفات كالبيع وغيره ش نحو الوصية م فكذلك يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى
م في حق الطلاق فيثبت في الكل ش اي فيثبت الطلاق في كل المراة م ضرورة ش اي لاجل
الضرورة وهو عدم امكان التجزي م ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر
والشافعي يقع ش وبه قال مالك واحمد وفي الشرح حتى لو اضاف الطلاق الى يدها او رجلها يقع
عند بعض اصحابنا خلاف اليد الواحدة وقال الخاصي الاشبه بمذهب اصحابنا انه لو اراد باليد
جميع البدن يقع وقال شمس الدين سبط ابن الجوزي في الانصاف لو نوى باليد جميع البدن
يقع م وكذا الخلاف ش اي بيننا وبين زفر والشافعي م في كل جز معين لا يعبر به عن جميع
البدن ش كالاصبع واليد والرجل وفي بقية اعضا لم يذكرها وهي الاذن والحاجب والانف
والخد والصدر والثدي والسرة والكتف والطحال والحاجب والجنب والركبة والقدم والساق
والمرارة وغيرها مما يشبهها ويوجد حكمها مما تقدم وعند زفر رحمه الله والايمة الثلاثة يقع
الطلاق في جميع ذلك الا عند احمد لا يقع في السن والظفر والشعر كقولنا وفي المبسوط لا يقع
بالاضافة الى الجنين وفضلاتها كالبول والمني واللبن والمخاط والدمع والعرق وفيه وجه
انه يقع الا في الجنين والدم فيه كالفضلات ومنهم من قطع بالوقوع به وفي الاعضا الباطنة
كالكبد والرية والقلب ونحوها يقع وفي حيا نها وزوجها يقع ولذا في سمنها وفي شحمها تردد
ولا خلاف في الكسح وفي الصفات كالحسن والقبح واللون لا يقع ولم يذكر الطول والعرض
والقصر م لهما ش اي لزفر والشافعي م انه ش اي الجز المعين م جز مستمتع بعقد النكاح

م ش يعني اضافة الطلاق الى جزء يستمتع بعقد النكاح م وما هذا حاله ش اي الذي يكون الاستمتاع
بعقد النكاح حاله يكون محلا لحكم النكاح ش وكلما كان الشي محلا للنكاح م فيكون محلا للطلاق
فيثبت الحكم ش اي حكم الطلاق م فيه ش اي في كل الاستمتاع م قضية للاضافة ش اي بمقتضيه
لاضافة الطلاق اليه م ثم يسري الى الكل ش اي الى كل المراة م كما في الجز الشايع ش يسري الى
الكل م بخلاف ما اضيف اليه النكاح ش هذا جواب عما يقال لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح
لانعقد النكاح اذا اضيف اليه ثم يسري الى الكل فاجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه
النكاح لان التعدي ش اي السراية م ممتنع اذ الحرمة في ساير الاجزا تغلب الحل في هذا الجزء ش
فيمتنع عن السريان م وفي الطلاق الامر على القلب ش يعني مبني الطلاق على الحرمة يعني الحرمة
في هذا الجز تغلب الحل في ساير الاجزام ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو يعني لا يقع م
كما اذا اضافه ش اي الطلاق م الى ريقها ش بان قال ريقك طالق م او ظفرها ش بان قال
ظفرك طالق وهذا ش توضيح لما قبله م لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ش اي الطلاق
م ينبي عن رفع القيد ولا قيد في اليد ش لانه عبارة عن المنع مع القدرة عليه واليد لا توصف بكونها
قادرة عليه بل لا يوصف بالقيد م ولهذا ش اي ولاجل عدم معنى القيد فيها م لا يصح اضافة النكاح
اليها فلو قال نكحت يدك وقبلت المراة لا ينعقد النكاح م بخلاف الجزء الشايع لانه محل النكاح
عندنا حتى يصح اضافته اليه ش اي اضافة النكاح الى الجزء الشايع م فكذا يكون محلا للطلاق ش
وقدم عن قريب فان قيل قد جا في الاية والحديث ان اليد تطلق على كل البدن قال الله تعالى تبت يدا
ابي لهب اي نفسه وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد فلم لا يجوز ان يقع الطلاق باعتبار
انه يعبر عن الكل قلنا ذلك في الايتين والمبسوط اراد به صاحب اليد على حذف المضاف وفي الاية
اضاف الهلاك الى اليد لانه اراد رمي النبي صلى الله عليه وسلم بالحجر فكان ذلك دليلا على ان المراد
به جميع البدن ولو كان في عرف القوم عبارة عن البدن يقع الطلاق باضافته الى اليد والطلاق
مبني على العرف حتى لو لم يكن في بلد ذلك العرف لا يقع وهذا الوطي النبطي بالفارسية يقع والعرب
اذا تكلم به وهو لا يدري ما هو لم تطلق وهذا باب لا يمنا قشة فيه م واختلفوا في الظهر والبطن
ش يعني اذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق وفي المبسوط قال بعض مشايخنا يقع الطلاق في قوله
ظهرك طالق او بطنك طالق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما ويعبر
بالظهر عن الكل كما يقال فلان يقوي ظهرك وقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى م والاظهر انه
لا يصح ش اي لا يقع الطلاق م لانه لا يعبر بهما ش اي الظهر والبطن م عن جميع البدن ش ولهذا لو قال
ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا م ولو طلقها نصف تطليقة ش بان قال انت طالق نصف
تطليقة م او ثلثها ش اي او قال انت طالق ثلث تطليقة م كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق
لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل ش هذا قول عامة العلما وقال نفاة القياس وربيعة
الراي لا يقع شي بذكر النصف والثلث او جزء من الف جزء من الطلاق م وكذا الجواب في كل جزء
سماه ش يعني يقع واحدة وذلك كالعفو عن بعض القصاص يكون عفوا عن الكل م لما بينا ش وهو انه
لا يتجزى وذكر بعضه كذكر كله ولو قال انت طالق نصفي تطليقة يقع واحدة لانه اوقع اجزا تطليقة
واحدة وبه قال الشافعي ومالك واحمد ولو قال لموطوءة انت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة
وربع تطليقة يقع ثلاث لانه اوقع من كل تطليقة جزا فانه نكر التطليقة في كل كلمة والنكرة
اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاولى وفي غير الموطوءة يقع واحدة لانها بانت بالاولى ولو قال
انت طالق وطالق وطالق ولو قال نصف تطليقة وثلثها وربعها يقع واحدة لانه اضاف الاجزا
الى تطليقة واحدة بحرف الكناية وهو ظاهر الرواية وهو الاصح وقال بعض المشايخ يقع ثنتان
وبه قال الشافعي في اصح قوليه ولو قال لاربع نسوة بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة و
قال الشافعي رحمه الله وكذلك ان قال بينكن تطليقتان او ثلث او ربع الا اذا نوى ان كل تطليقة
بينهن جميعا تقع على كل واحدة منهن ثلاث تطليقات الا في التطليقتين فانه يقع على كل واحدة
منهن تطليقتان وان قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل واحدة منهن تطليقتين

ولذلك ما زاد الى ثمان تطليقات فان زاد على الثمان وكل واحدة منهن طالق ثلاثا م ولو قال انت
طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة
انصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة ش هذه من خواص الجامع الصغير وموضعها م ولو قال
انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان ش هذا هو المنقول في الجامع الصغير عن محمد
والذي ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير قال العتابي هو الصحيح م لانها
تطليقة ونصف فيتكامل ش اي النصف فيصير تطليقتان م وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل
نصف تتكامل في نفسها فيصير ثلاثا ش اي ثلاث تطليقات م ولو قال انت طالق من واحدة
الى ثنتين او ما بين واحدة ش اي او قال انت طالق ما بين واحدة م الى ثنتين فهي واحدة ش اي طلقة
واحدة م ولو قال من واحدة ش اي ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين م او ما بين واحدة ش اي او
قال انت طالق ما بين واحدة م الى ثنتين فهي واحدة ش طلقة واحدة م ولو قال من واحدة ش اي ولو
قال انت طالق من واحدة م الى ثلاث فهي ثنتان ش اي طلقتان م وهذا ش اي هذا المذكور من
الحكم م عند ابي حنيفة وقالا في الاولى ش اي في المسئلة الاولى م يقع ثنتان ش اي طلقتان م وفي
الثانية ش اي وفي المسئلة الثانية م ثلاث ش اي يقع ثلاث تطليقات م وقال زفر في الاولى لا يقع
شيء وفي الثانية يقع واحدة م هذا الكلام مشتمل على الغايتين فعندهما يدخل الغايتان وعند
زفر لا يدخلان وعند ابي حنيفة يدخل الابتداء دون الانتهاء والقسم الرابع هو ان يدخل الانتهاء
دون الابتداء لم يقل به احد واختلفوا في قوله لو قال من واحدة الى واحدة والصحيح انه
يقع واحدة ويلغو اخر كلامه ويبقى قوله انت طالق وقال السروجي فيه نظر لان الى واحدة
نكرة وهي غير الواحدة الاولى فلا يكون الواحد حدا لمحدود وفي جوامع الفقه من واحدة
الى واحدة واحدة ولم يحك خلافا من واحدة الى اخرى او الى الثانية واحدة عنده وعندهما
ثنتان ومن بعضهم الى ثنتين مثال عنده وعندهما ثلاث وفي المبسوط ما بين واحدة الى
اخرى على قياس قول زفر لا يقع شيء وعند ابي حنيفة يقع واحدة وعندهما ثنتان ومن واحدة الى
واحدة فهو على الخلاف وقيل يقع واحدة بالاتفاق ويلغو الغاية وفيه ما بين واحدة الى الثلاث
او من واحدة الى الثلاث فهو واحدة في القياس وبه قال زفر وعندهما ثلاث وعند ابي حنيفة
ثنتان م وهو القياس ش اي قول زفر هو القياس م لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية
ش اي تحت الشيء الذي ضرب له الغاية وهو المغيا لان الغاية انما تذكر للفصل بينها وبين المحدود
فينبغي ان لا يدخل تحته ليتحصل الفصل بينهما كما في الممسوحات كذا في جامع البرهاني م كما
لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط ش لا يدخل الحائطان في البيع م وجه
قولهما اي قول ابي يوسف ومحمد وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف ش
اي في عرف الناس م يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ش
كان له اخذ المائة وكذا لو قال كل من الملح الى الحلو يريد به تعميم الاذن وكذا اذا قال له اشتر لي
هذا العبد من مائة الى الف يكون له اذنا بالشراء بالف اذ مطلق الكلام محمول على المتعارف م
وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان المراد به ش اي بمثل هذا الكلام بحسب العادة وهو ايضا
يتحقق بالعادة م الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ش وهو ما بينهما م فانهم يقولون سني من ستين الى
سبعين او ما بين ستين الى سبعين يريدون به ما ذكرناه ش يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر
قال الاترازي فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب بانه يتمشى فيه ايضا
لان الاكثر فيه الى الثلاث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان قلت
هذا الجواب يتمشى لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الاقل
والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه وقال الاكمل اقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل
اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا اسقط الاعتراض انتهى وقد حاج
ابو حنيفة زفر حيث قال له كم سنك فقال سني ما بين ستين الى سبعين فقال له انت اذا ابن تسع
سنين فتحير زفر وقال فخر الاسلام حاج الاصمعي زفر على باب الرشيد فقال له ما قولك في رجل

قيل

قيل له ما سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين وقال استحسن في مثل هذا ما ذكره
ابو يوسف ومحمد وقال الاترازي وجوابه ان المراد في العرف والعادة من قول الرجل سني ما بين ستين
الى سبعين ما بين العددين المذكورين ولا شك ان العدد الذي بينهما اكثر من ستين وما كان اكثر من ستين
كيف يكون تسعة ولا يصح سوال الاصمعي وكذا نقول زفر في قوله ما بين واحدة الى ثلاث ان المراد ما بين
العددين ما ساه عدده خاطري زفر في قوله [illegible] العلم م وارادة الكل ش جواب عن قولهما يراد به الكل
كما في قوله خذ من مالي من مائة الى درهم تقريره ان ارادة الكل م فيما طريقه طريق الاباحة فيما
ذكر ش ان ابو يوسف ومحمد في قوله خذ من مالي م والاصل في الطلاق الحظر ش فلا يراد الكل
بنان
حتى لا ينسد باب التدارك م ثم الغاية الاولى ش جواب عن قول زفر ووجهه ان لا يدخل الغا
تقريره ان الغاية الاولى ش وهي الواحدة م لا بد ان يكون موجودة ليترتب عليها الثانية ش اي الغاية
الثانية لانه لا ثانية الا بعد الاولى م ووجودها بوقوعها ش حاصله ان القياس ما قاله زفر
ان الغاية لا يدخل تحت المغيا الا انه لا بد من ادخال الاولى لانه لو وقع الثانية ولا ثانية قبل الاولى
فدعت الضرورة الى وجودها ووجودها بوقوعها اما ايقاع الثانية يصح بلا ايقاع الثالثة فا
ثبت بالقياس م بخلاف البيع ش هذا جواب عن قول زفر اي الحدين لا يدخلان في المحدود كما
في قوله بعت من هذا الحائط الى هذا الحائط فاجاب بقوله بخلاف البيع م لان الغاية فيه موجودة
قبل البيع ش فلم يقع الضرورة الى ادخال الغاية في المغيا فبقيت الغاية خارجة عن المغيا على
اصل القياس م ولو نوى واحدة ش يعني في قوله ما بين واحدة الى ثلاث او في قوله من واحدة الى
ثلاث م يدين ديانة ش يعني يصدق ديانة م لا قضاء ش يعني لا يصدق قضاء م لانه محتمل كلامه
لكنه خلاف الظاهر ش حاصله ان مثل هذا الكلام مستعمل لارادة الاقل من الاكثر الى اخره م
ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة ش اي طلقة
واحدة م وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب ش بضم الحاء وتشديد السين جمع حاسب يعني هو
معروف عندهم ان واحدا في ثنتين اثنان م وهو ش اي قول زفر م قول الحسن ابن زياد ش
ومالك والشافعي في وجه م ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ش اي فيما
ليس له طول وعرض وعمق اما في الممسوحات يعني فيما له طول وعرض فيكون لبيان تكثير المحدود
فانه لو زاد بالضرب في نفسه لم يبق احد في الدنيا فقيرا لانه يضرب ما ملكه من درهم في مائة
فيصير مائة ويضرب المائة في الف فيصير مائة الف وقال الاكمل الغرض ازالة الكسر يقع عند القسمة
فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وقال الاترازي وجه قول اصحابنا ان الضرب اثره في تكثير
اجزاء المضروب لا في زيادة العدد والطلاق الذي له اجزاء كثيرة مثل الطلاق الذي له اجزاء قليلة ولهذا لو قال
لها انت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة وعلى هذا الخلاف اذا اقر وقال لفلان علي
عشرة دراهم في عشرة دراهم ونوى حساب الضرب فعندنا يلزمه عشرة وعند زفر يلزمه مائة الا ان
ينوي الواو او مع فحينئذ يلزمه جميع ذلك وتحلفه القاضي بالله ما اردت الاقرار بذلك كله اذا كان الخصم
يدعيه م وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها ش كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها
وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة م فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث ش اي ثلاث
تطليقات م لانه محتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ش لان بينهما اتصالا م ولو
كانت غير مدخول بها تقع واحدة ش اي طلقة واحدة م كما في قوله واحدة وثنتين ش اي كما يقع
واحدة في قوله لغير المدخول بها انت طالق واحدة واثنتين م وان نوى واحدة مع اثنتين ش
يعني في قوله انت طالق واحدة في ثنتين م يقع الثلاث ش اي ثلاث طلقات م لان كلمة في
تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ويقال دخل الامير البلدة في جنده اي مع
جنده وقال صاحب الكشاف لا يكون في بمعنى مع ههنا اذ لو كان كذلك لما قيل وادخلي جنتي وقال
على حقيقته اي ادخلي في جملة عبادي م ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا ش
لانه ليس بمحسوس م فيلغو ذكر الثاني ش لان احد العددين لا يصلح ظرفا للاخر وبين الظرف و
المظروف من المغايرة ما يستغنى له ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق معنى فهي لا يصلح ان يكون

ظرفا للغير فيلغو اذ ذكر الثاني م ولو قال انت طالق طلقتين في اثنتين ش اي لو قال انت طالق طلقتين في طلقتين م
ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان ش وبه قال الشافعي في الاظهر م وعند زفر ثلاث س يعني يقع
ثلاث طلقات وبه قال الحسن ومالك والشافعي في وجه واحمد م لان قضيته ان يكون اربعا س
بعرف الحساب م لكن لا مزيد في الطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه س
يعني ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وعلى هذا الخلاف مسايل الاقرار بان قال
على عشرة في عشرة او درهم في درهم او كر حنطة في كر شعير لم يجب عليه الا المذكور اولا عندنا الا ان ينوي
الواو او حرف مع فيلزمه جميع ذلك ويحلفه القاضي بانه ما اردت الجميع اذا ادعى الخصم الجميع كذا
في المبسوط م ولو قال انت طالق من هنا الى الشام س وقال الاترازي الشام بسكون الهمزة اسم بلد قلت
ليس كذلك بل اسم موضع يجمع بلادا كثيرة واعظمها دمشق م فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي
ثانية لان وصف الطلاق بالطول س هذا التعليل فيه نظر فانه لو قال انت طالق تطليقة طويلة
ونص على الطول تقع رجعية عنده فيحتمل ان يكون عنه روايتان في المسألة ويحتمل ان يستفاد
من قوله من هنا الى الشام المبالغة في الطول والزيادة فيه م قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع
وقع في الاماكن كلها ش فلما خصصته ببعض الاماكن يكون وصفا له بالقصر والطلاق لا يحتمل
الطول والقصر حقيقة وانما يحتمل ذلك حكما والقصر من حيث الحكم هو الرجعي م ولو قال انت طالق
بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص
بمكان دون مكان ش لان المطلقة في مكان مطلقة في كل مكان م وان عنى به ش اي وان قصد
بقوله انت طالق بمكة م اذا اتيت مكة يصدق ديانة س يعني فيما بينه وبين الله عز وجل م لا قضاء
ش اي لا يصدق في الحكم م لانه نوى الاضمار وهو ش اي الاضمار خلاف الظاهر ش فلا يصدقه القاضي
لما فيه نوع تخفيف على نفسه م ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى يدخل مكة لانه
علقه بالدخول س اي بقوله اذا دخلت مكة لانه صرح بالتعليق فيتعلق بالدخول م ولو قال في
دخولك الدار يتعلق بالفعل س اي يتعلق الطلاق بفعل الدخول م لمقارنته بين الظرف والشرط
ش لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط م فحمل عليه س اي على الشرط
م عند تعذر الظرفية ش لان الفعل لا يصلح ظرفا لانه عرض لا يقوم بنفسه فلا يصلح الدخول
ظرفا للطلاق وفي المبسوط وكذا الحكم في ذهابك الى مكان كذا وفي لبسك ثوب كذا لم تطلق
حتى يفعل فصل س اي هذا فصل م في اضافة الطلاق الى الزمان ش اي في بيان
حكم اضافة الطلاق الى الزمان وذكر هنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتعليقه وتشبيهه
واضافة الطلاق تاخر حكمه عن وقت التكلم الى زمان بعد لا بعينه بكلمة الشرط م ولو قال انت
طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول
جزء منه ش اي من الغد وهو طلوع الفجر لان الغد يتحقق من ذلك الوقت م ولو نوى به ش اي
بقوله غدا م اخر النهار يصدق ديانة س لاحتمال الاية ولكن م لا قضاء ش اي لا يصدق قضاء
في الحكم م لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله ش اي يحتمل الخصوص فيصدق ديانة كما
لو قال لا اكل طعاما ونوى طعاما دون طعام م لكنه يخالف الظاهر س لانه وصفها بالطلاق في
جميع الغد وذلك بوقوعه في اوله وفيه تخفيف عليه فلا يصدقه القاضي ولقائل ان يقول العام
ما يتناول افرادا نصيه الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والاخر
فهو من اجزائه لا من افراده وحينئذ لا يكون نية اخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا خصوص والجواب
ان المراد الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة م ولو قال انت طالق
اليوم غدا او غدا اليوم يوخذ باول الوقتين الذي تفوه به س اي تكلم به م فيقع في الاول
ش اي في الوجه الاول وهو قوله انت طالق اليوم غدا م في اليوم وفي الثاني س وهو قوله انت
طالق غدا اليوم م في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة س وكان قوله غدا
لغوا ويقولنا قال الشافعي رحمه الله وحكى عنه في قوله انت طالق غدا اليوم وجهان اصحهما انه
يقع في الحال شيء ويقع واحدة غدا كقولنا والثاني اي الحكم فيه كما لو قال انت طالق اليوم غدا

م ولو قال غدا الآن اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فيلغو اللفظ الثاني في الفصلين
ش اي في قوله انت طالق اليوم غدا وقوله غدا اليوم فان قيل لم لا يجعل غدا ظرفا لطلاق
اخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه ولا يصار اليه في غير موضع
الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى ان يقال وصفها
بالطلاق اليوم وغدا او بالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها فلما كان
كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا
اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم اجيب
بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا ينبغي لا يثبتها
فيكون الثاني لغوا م ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء عند ابي
حنيفة وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا
على ما بيناه ش وهو انه تخصيص العموم وهو خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ويصدق ديانة م
وهذا س اي وقوع الطلاق في اول جزء منه عند عدم النية م لان حذف في واثباته سواء لانه
ظرف في الحالين س اي في الحذف والاثبات م ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه ش
لانه لما قال في الغد جعل الغد ظرفا م لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب س
اي استيعاب المظروف كقولك زيد في الدار يقتضي وجوده في جزء من اجزاء الظرف وقد
يفعل جميع المظروف فكان كلامه محتملا للوجهين م وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا
عين اخر النهار كان التعيين القصدي س من المعين م اولى بالاعتبار من الضروري ش اي من
التعيين الضروري م بخلاف قوله غدا س يعني اذا قال غدا بدون ذكر في م لانه يقتضي الا
حيث وصفها س اي حيث وصف المرأة م بهذه الصفة س يعني اذا قال وصفه الطلاق ذاك
كونه م مضافا الى جميع الغد س فلا يصدق ديانة في نية اخر النهار ولا قضاء م ونظيره س اي نظير
حكم هذا المذكور بدون ذكر في م اذا قال والله لا احدثك من عمرك ونظير الاول س
وهو المذكور بكلمة في م لا اصوم في عمري س فان الاول يتناول جميع عمره حتى لا يبر في يمينه الا
بصوم جميع العمر وفي الثاني وهو قوله لا اصوم في عمري يتناول ساعة من عمره حتى لو صام ساعة بر في
يمينه م وعلى هذا ش اي وعلى الحكم المذكور م الدهر وفي الدهر ش يعني لو قال لا اصوم الدهر
او قال لا اصوم في الدهر ففي الاول لا يبر حتى يصوم الدهر كله وفي الثاني لو صام ساعة
منه بر في يمينه م ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها ش اي والحال انه قد تزوجها م
اليوم س بالنصب اي في اليوم الذي قال فيه انت طالق م لم يقع شيء لانه اسنده س اي اسند
كلامه م الى حالة معهودة ش اي معلومة م منافية لمالكية الطلاق فيلغو ش كلامه فلا
يقع شيء م كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ش او قبل ان تخلقي ولا خلاف فيه للفقهاء وذلك
لانه وصفها بالطلاق في وقت لم يكن في ملكه س م ولانه يمكن تصحيحه س اي تصحيح هذا الكلام
م اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج س اي او يكون اخبارا عن
كونها هذه المرأة مطلقة بتطليق غيره من الازواج وهذا لا يستقيم ان كانت المرأة بكرا او ثيبا لغير
نكاح او متوفى عنها زوجها ولا يستقيم الكلام الا على التعليل الاول وهذا التعليل يضاهي نفس
الامر تكرارا لان عدم النكاح يصدق على هذا فافهم م ولو تزوجها اول من امس وقع الطلاق الساعة
لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا س اي عن عدم النكاح لانه كان
تزوجها اول من امس فلا يجعل اخبارا اي كما في المسألة السابقة فلما لم يمكن تصحيحه اخبارا م فكان
انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ش لان الانشاء ايجاب امر لم يكن والايجاب
في الماضي ايجاب في الحال فيكون طالقا في الحال م ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع
شيء لانه اسنده الى حالة منافية ش لانه اضاف الطلاق الى زمان مناف للطلاق لانه لا وجود
للطلاق قبل النكاح فلا يقع م فصار س اي حكم هذا م كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم
س لانه اسنده الى حالة غير معهودة فلا يعتبر قوله في الاضافة م او يصح س يعني يجعل قوله انت طالق

سبتعاب

خيار

م اخيار ش في عدم النكاح قبل التزوج في قوله انت طالق قبل ان اتزوجك لابي حنيفة الصيغة بلا
وقد امكن العمل بها فلا يحمل اشاره على ما ذكرنا ش اشاره الى قوله لانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم
النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج م ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى
لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد
وجد حيث سكت ش وهذا باتفاق الفقهاء م وهذا ش توضيح لما قبله م لان كلمة متى ومتى ما صريح
في الوقت لانهما من ظروف الزمان ش اما متى فانها المبهم في الوضع ولكن لما دان الفعل بها دون
الاسم جعلت للشرط لوجود التردد والابهام فيما دخل عليه متى بين ان يوجد وبين ان لا يوجد
وصحت المجازاة بها مع قيام معنى الوقت فاذا قال لامرأته انت طالق متى لم اطلقك يقع الطلاق
عقيب اليمين لوجود وقت لم يطلقها فيه بعد كلامه ولم يقتصر على المجلس لانه باعتبار الابهام فيه
لعم جميع الازمنة واما متى ما فانه اقتضى في الاصل فزيدت فيه كلمة وما كلمة ما فانها تستعمل
للوقت لا محالة فزيدت حجة الوقت م وكذا كلمة ما ش اي تستعمل للوقت كما ذكرنا م قال الله تعالى
ما دمت حيا اي وقت الحياة ش قال الله عز وجل حكاية عن عيسى عليه السلام واوصاني بالصلوة
والزكوة ما دمت حيا اي مدة دوامي حيا **قلت** يكون شرطية ايضا قال الله تعالى ما يفتح الله للناس
من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له فينبغي ان لا يقع الا اذا كانت للوقت دون الشرط ومتى
يكون شرطية في غير وقت وللوقت بلا شرط بخلاف متى ومتى ما فانها اذا كانت للمجازاة فلا ينفك عن
الوقت فاذا قلت متى القتال كانت للاستفهام عن زمان القتال وليس فيه شرط واذا قلت متى تقم
اقم معك كانت ظرفا تضمنت معنى الشرط وكذا متى ما م ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق
حتى يموت لان العدم ش اي عدم التطليق م لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط ش
اي اليأس عن الحياة هو الشرط فاذا انتهى الى الوقت فقد وجد اليأس فوجد الشرط والمحل قابل
والملك باق فوقع قبيل موته بقليل والقليل لا يعلم مقداره معروف باتفاق الفقهاء ثم ان كان دخل بها
فلها الميراث بحكم الفرار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان لم يدخل بها فلا ميراث لها م كما في قوله ان
لم ات البصرة ش يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم ات البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس
عن الاتيان فاذا انتهى الى الوقت فقد وقع اليأس فوجد الشرط فوقع م وموتها كموته م كل طلاق
جائز الا طلاق الصبي والمجنون ش هذا حديث غريب وذكره المصنف ايضا في الحج لكن بلفظ المعتوه
عوض المجنون واخرج الترمذي عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن ابي هريرة رضي
الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وقال
هذا حديث لا نعرفه مرفوعا الا من حديث عطاء وهو ضعيف ذاهب الحديث وروى ابن ابي شيبة
في مصنفه حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن عطاء عن ابن عباس قال لا يجوز طلاق الصبي
وفي شرح الطحاوي ولو ان الصبي والمجنون طلق امرأته لم يقع طلاقه وكذا المغمى عليه والمبرسم والمدهوش ش
والنائم والمعتوه والذي شرب الدواء مثل البنج ونحوه فتغير عقله اذا طلق واحد من هؤلاء زوجته
لم يقع طلاقه م ولان الاهلية بالعقل المميز وهما ش اي الصبي والمجنون م عديما العقل والنائم
عديم الاختيار ش وشرط التصرف الشرعي انما هو بالاختيار م وطلاق المكره واقع ش وهو قول عمر بن
الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وبه قال الشعبي وابن جبير والنخعي والزهري
وسعيد بن المسيب وشريح القاضي وابو قلابة عبد الله بن زيد الجرمي الراعي الكبير وقتادة والثوري م
خلافا للشافعي رحمه الله ش فانه يقول لا يقع طلاق المكره وبه قال مالك واحمد وروي عن ابن عباس
وابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهم ومن التابعين الحسن وعطاء والضحاك م هو ش اي الشافعي
م يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه ش اي وبالاختيار يعتبر التصرف الشرعي ش ولا اعتبار
في التصرف الا بالاختيار م بخلاف الهازل فانه مختار في التكلم بالطلاق واستدل الشافعي رحمه الله
ايضا بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه م ولنا انه ش اي ان
المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته ش اي في حال عقله وتمييزه وكونه
مخاطبا وبالاكراه لا يخرج عن ذلك م فلا يعرى عن قضيته ش اي حكمه لئلا يلزم خلف الحكم

عن علته

قصد ايقاع الطلاق يعني انما
قلنا انه قصد ذلك لانه عرف الشرين
ومما الهلاك صح

عن علته م دفعا لحاجته ش اي لحاجة المكره وحاجته ان يتخلص عما توعد به من القتل او الجرح
ونحوهما اعتبارا بالطايع ش في وقوع طلاقه دفعا لحاجته م وهذا ش اشارة الى قوله والطلاق
م واختار اهون الامرين ش اي اهون الشرين وهو الطلاق م وهذا ش اي اختيار اهون الشرين م ايه
القصد ش اي علامة القصد والاختيار وهذا جواب عن قوله الاكراه لا يجامع الاختيار م الا انه
ش اي غير ان المكره م غير راض بحكمه ش الضمير يرجع الى ايقاع الطلاق وحكمه وقوع الطلاق
وهذا جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقد الذي باشره مكرها بين
من البيع والشرا والاجارة وغيرها وليس كذلك وتقريره انه غير راض بحكمه م وذلك ش اي عدم
الرضا بحكم الطلاق م غير مخل به ش اي بحكمه م كالهازل ش فانه يقع طلاقه مع عدم الرضا بوقوعه
واصحابنا استدلوا ايضا بما روي عن علي وابن عباس وابن مسعود انهم قالوا كل طلاق جائز الا طلاق
المعتوه والصبي وبحديث ابي هريرة ايضا الذي رواه الترمذي وقد ذكرناه والجواب عن الحديث الذي
استدل به الشافعي انه لا حجة له فيه لان المجاوز والمعفو عنه الاثم لا المعفو عن الطلاق والعتاق لا
يصح لانه غير مذكور فلا يدخل تحت الحديث م وطلاق السكران واقع م وكذا يصح خلعه واعتاقه وبه
قال الشافعي في المنصوص والاصح وهو قول الثوري ومالك واحمد في رواية وفي البسيط المنصوص
للشافعي جديدا وقديما وقوع طلاق السكران ونص في الظهار على قولين منهم من نقل من الظهار
قولا الى الطلاق ومعظم العلماء صاروا الى وقوع طلاق السكران وفي المغني وهو قول سعيد بن المسيب
ومجاهد وعطا والحسن البصري وابراهيم النخعي والاوزاعي وميمون بن مهران والحكم وشريح وسليمان
بن يسار ومحمد بن سيرين وابن شبرمة وسليمان بن حرب وهو قول عمر وعلي وابن عباس ومعاوية رضي الله
عنهم وبه قال قتادة وحميد وجابر بن زيد وابن ابي ليلى وعمر بن عبد العزيز والحسن بن حي وقال ابن حزم
اجاز مالك جميع تصرفاته الا الردة لقول اصحابنا قال وروى ابن وهب عنه انه يجوز طلاقه دون نكاحه
وقال صاحبه مطرف بن عبد الله لا يلزمه شيء من تصرفاته الا اربعة الطلاق والعتق والقتل والقذف
وعن عثمان رضي الله عنه انه لا يقع طلاقه وبه قال طاوس والقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد الانصاري
وربيعة وعبيد الله بن الحسن والليث بن سعد واسحق وابو ثور والمزني وابو سليمان وابن شريح وابو طاهر
الزيادي وابو سهل الصعلوكي وابنه سهل من الشافعية وزفر بن هذيل وابو جعفر الطحاوي وابو الحسن
الكرخي وقال عثمان البتي لا يلزمه منه عقد ولا بيع ولا نكاح ولا حد الا حد الخمر فقط وقال الليث
لا يلزمه شيء بقوله واما عمل بدنه من قتل او سرقة او زنا فانه يقام عليه وفي الذخيرة طلاق السكران ان
واقع اذا سكر من الخمر والنبيذ ولو اكره على الشرب فسكر او شرب للضرورة فذهب عقله يقع
طلاقه وعلل بان عقله ذهب بلذة **وفي البدائع** لو شرب لا يقع طلاقه وفي جوامع الفقه عن ابي
حنيفة يقع وبه اخذ شداد ولو ذهب عقله بدوا او اكل البنج لا يقع وذكر عبد العزيز الترمذي
انه سال ابا حنيفة وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع الى راسه فطلق قالا ان كان
يعلم حين شرب ما هو يقع والا لا يقع ولو شرب الخمر ولم يوافقه فصدع منه فزال عقله لم يقع طلاقه
ولو سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب او العسل لا يقع طلاقه عندهما وعند محمد يقع وفي الينابيع
لو سكر بالبنج او الدواء لا يقع طلاقه بالاجماع كالنائم بخلاف ما لو ضرب راسه حتى زال عقله فانه لا ينفذ
تصرفاته ولا يجعل عقله باقيا وان كان زواله بمعصية لندوره وهذا لا يشرع فيه حد ذكره في المحيط
بخلاف زواله بالخمر ونحوه حيث اعتبر عقله باقيا ووجبت عليه الفرايض زجرا م واختار الكرخي
والطحاوي انه ش اي ان طلاق السكران م لا يقع وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لان صحة القصد
بالعقل وهو زايل فصار كزواله بالبنج والدواء ش اي كزوال العقل باستعمال البنج وشرب الدواء فان
فيهما لا يقع الطلاق بالاتفاق وكذا اذا اكل الافيون او شرب لبن الرملة فسكر به والبنج نعرب بنك
قال في المغرب وهو نبت له حب يسكر وقيل يسبت ورقه وقشره وبزره وفي القانون هو سم
يخلط العقل ويبطل الذكر ويحدث جنونا وخناقا م ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل ش
اي عقله م باقيا حكما زجرا له ش اي عقوبة عليه **قيل** في كلامه تسامح لانه جعل العقل
زايلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب واجيب بان

المغلوب كالمعدوم فلذلك اطلق عليه الزوال ويقال ولئن سلمنا انه زال ولكنه حاصل بسبب هو معصية
فلم يؤثر في اسقاط ما يبتني على التكليف بل يجعل باقيا زجرا وتنكيلا الا ترى انه الحق بالصاحي في حق
وجوب القصاص وحد القذف حتى لو قتل او قذف في هذه الحالة يجب القصاص ويحد حد القذف ولان
يلحق بالصاحي فيما لا يسقط بالشبهة اولى واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية
ثم ان السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق
حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم واجيب عن
الاول بان الشراب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة فصلح لا [?]
وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا حكم بردته لانعدام ركنها
لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يثبت على شيء فيجعل رجوعا
عما اقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع م بمنزلة موته ش اي موت الزوج يعني يقع الطلاق قبل موتها ايضا
م هو الصحيح ش احتراز عن رواية النوادر فان فيها لا يقع الطلاق بموتها وفائدة وقوع الطلاق عليها
بعد موتها ان لا يرث الزوج منها لانها بانت قبيل الموت فلا يبقى بينهما زوجية عند الموت وشرط التوريث
هذا وقد عدم م ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة
س وبه قال احمد في رواية م وقالا تطلق حين سكت ش وبه قال الشافعي ومالك م لان كلمة اذا للوقت قال الله
تعالى اذا الشمس كورت ش استدلالهم بهذه الاية ضعيف لان اذا فيها للشرط وهذا اتى فيها بالجواب
وهو قوله تعالى علمت نفس ما قدمت واخرت والشمس مرفوعة بالفاعلية رافعها فعل مضمر يفسره
كورت هكذا ذكره الزمخشري ورفعه بالفاعلية مذهبه وغيره يرفعه بالفعل المقدر المفسر على انه
مفعول ما لم يسم فاعله م قال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب ش
ولم يبين المصنف قائل هذا البيت من هو وعزاه الكاكي الى عنترة العبسي وليس بصحيح وعزاه سيبويه
الى رجل من مذحج وقال ابو رياش قائله همام بن مرة اخو جساس بن مرة قاتل كليب وزعم ابن الاعرابي
انه لرجل من بني عبد مناة جاهلي الاسلام بخمس مائة عام وقد ذكرت هذا الاختلاف والبقية من قصيدة
من الحماسة مع بيان لغاتها واعرابها في الكتاب الذي صنفته وسميته المقاصد النحوية في شرح شواهد
شروح الالفية وقال الكاكي اول الشعر هل في القضية اي اذا استغنيتم وامنتم فانا البعيد
الاجنب قلت ليس كذلك بل اوله يا ضم اخبرني ولست بكاذب واخوك نافعك الذي لا يكذب
امن السوية ان اذا استغنيتم وامنتم فانا البعيد الاجنب واذا الشدائد بالشدائد مرة اشجتكم
فانا الحبيب الاقرب ولجندب سهل البلاد وعذبها ولي الملاح وحزنهن المجدب واذا تكون كريهة
ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب عجبا لامي ان يكون ذاك ولا
عجبا لتلك قضية واقامتي فيكم على تلك القضية اعجب قوله يا ضم اراد يا ضمرة مرخم قوله اشجتكم
من اشجاه اذا اغصه قوله الملاح بضم الميم وتشديد اللام نبات الحمض والحزن بالسكون ما حزن في
الارض فيها غلاظة قوله واذا يحاس الحيس وهو تمر يخلط بسمن واقط ثم يدلك حتى يختلط قوله
وجدكم الواو فيه للقسم اي وحق حظكم وبختكم وسعدكم والصغار بفتح الذال م فصار ش اي اذا م
بمنزلة متى وسما ش يعني عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى
بقوله م ولهذا ش اي ولاجل كونه بمعنى متى م لو قال لامراته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر
من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت ش لانه لو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام
من المجلس كما في ان م ولابي حنيفة انه ش اي ان اذا م يستعمل للشرط ايضا ش وفي المبسوط واصل
الحديث بين اهل اللغة والنحو فالكوفيون يقولون اذا انه يستعمل للشرط وقد يستعمل للوقت على
السواء واذا كان بمعنى الشرط يسقط عنه معنى الوقت اصلا كحرف ان وهو مذهب ابي حنيفة
وعند البصريين حقيقة للوقت وللشرط يستعمل مجازا ولا يسقط منه معنى الوقت م قال
قائلهم ش اي قائل الجماعة الذين قالوا انه يستعمل للشرط م واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا
تصبك خصاصة فتجمل ومعنى قوله واذا تصبك ما خرم فلو كان للوقت كما الجزم [?]
وفي جوابه وهو فتجمل والبيت لعبد قيس ابن خفاف وهو من الكامل من قصيدة مشهورة في المفضليات



وما قاله ابني ان اباك كارب يومه واذا دعيت الى المكارم فاعجل الله فاتقه واوف بنذره
واذا حلفت مماريا فتحلل واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل قوله ابني
اي يا ابني قوله خصاصة اي حاجة قوله فتجمل بالجيم وهو امر من التجمل وهو اكل الجميل وهو الشحم المذاب
والمراد الابقاء والقناعة بادنى شيء م فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت
تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال ش لانه اذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما فعند ان
اريد بها الشرط لم تطلق في الحال وان اريد بها الوقت طلقت ولا تطلق بالشك فان قيل
النظر الى الشرطية يقتضي بقاء النكاح والحل والنظر الى الوقتية يوجب الطلاق والحرمة
فاجتمعت الحرمة والحل فينبغي ان يترجح الحرمة كما عرف قلنا هذا متروك في جميع صور
التردد فانه لو شك في الانتقاض بعد الطهارة كان بقاؤها يوجب اباحة الصلوة والنظر الى
الانتقاض يحرم ادائها ومع هذا لا يترجح الحرمة فان كان مبنى الصلاة على الاحتياط لان
الشك لا يثبت شيئا فلا يكون من قبيل تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل كذا قيل م بخلاف
مسئلة المشية ش جواب عن قولهما كما في قوله متى شئت وتقريره قوله م لانه على اعتبار
انه ش اي كان اذا م للوقت ش اي بمعنى الوقت م لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط
يخرج وكان الامر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك ش لان الشك لا يعارض اليقين م وهذا الخلاف
ش اي الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه م فيما اذا لم يكن له نية ش في قوله انت طالق اذا لم اطلقك م
اما اذا نوى الوقت يقع ش الطلاق م في الحال ولو نوى الشرط يقع في اخر العمر ش بموت احدهما
م لان اللفظ يحتملهما ش اي يحتمل الوقت والشرط فاذا احتملهما على السواء يقع ما نوى بالاجماع وقيل
ان اذا يستعمل للشرط مجازا عند ابي حنيفة وكذا عندهما فينبغي ان لا يصدقه القاضي فيما لو نوى به
معنى ان لان فيه تخفيفا على نفسه فقيل في جوابه لما كثر استعماله في معنى الشرط صار كالظاهر
في حقه فجاز ان يصدقه القاضي مع انه قيل حقيقة فيهما عنده وفيه نوع تامل م ولو قال انت
طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة ش اي التطليقة الاخيرة لا المضافة
اي المعلقة بعدم التطليق م ومعناه ش اي معنى ما قال محمد والقدوري م ما قال ذلك موصولا به ش
قيد به لانه لو قال مفصولا لا يقعان بالاجماع قياسا واستحسانا لانه وجد الزمان الخالي عن
التطليق م والقياس ان يقع المضاف ش وهو قوله ما لم اطلقك م فيقعان ش اي المضاف والتطليقة
الاخيرة م ان كانت مدخولا بها وهو ش اي القياس م قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه قال وهو
زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها ش يعني انه وجد ما بين اليمين ووقوع الطلاق مقدار
ما يسع فيه ستة احرف وهو قوله انت طالق يقع باخر الحروف حين تكلم بالاتفاق وفيما بين
ذلك ستة احرف وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير م وجه الاستحسان ان زمان البر
يستثنى عن اليمين لانه حالة ش لان الحالف انما يحلف ليبر في يمينه ولا يمكنه البر في هذه
الا ان يجعل الساعة التي يستعمل بالايقاع فيها مستثنى فيصير هذا القدر مستثنى من اليمين
بدلالة الحال م لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا المقدار ش اي مقدار ما
يستعمل بالايقاع فيه م مستثنى ش عن اليمين م واصله ش اي اصل هذا الخلاف الذي وقع بيننا
وبين زفر مسئلة كتاب الايمان اشار اليها بقوله م من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة
من ساعته ش فانه لا يحنث استحسانا وعند زفر يحنث قياسا م واخواته ش اي واخوات
من حلف وهي قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال ولا يركب هذه الدابة وهو
راكبها فنزل من ساعته لا يحنث خلافا لزفر م على ما يذكر في الايمان ان شاء الله تعالى ش اي على ما يذكر
اصل هذه المسئلة واخواتها في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى م ومن قال لامراة يوم اتزوجك فانت
طالق فتزوجها ليلا ش اي في الليل م طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه ش
اي على بياض النهار م اذا قرن ش اي اليوم م بفعل يمتد م كالصوم ش فانه يمتد م والامر باليد ش كما في
قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان م لانه يراد به المعيار ش اي يراد باليوم المعيار اذا قرن بفعل
ممتد والمراد من المعيار ان يكون مقدرا بقدر الفعل كاليوم في الصوم م وهو اليق به ش اي لو المعيار

مراد من اليوم النهار بالفعل الممتد لان الفعل الممتد يحتاج الى وقت ممتد وهو بياض النهار الذى
صار المعيار عبارة عنه بخلاف ما اذا لم الفعل ممتدا حيث لا يحتاج الى وقت ممتد بل يكفيه مطلق
الوقت م ويذكر س اى اليوم م ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به
مطلق الوقت فيحمل عليه ش اى في مطلق الوقت م اذا قرن بفعل لا يمتد والتزوج من هذا القبيل
اى مما لا يمتد اذ لا يقال تزوجتك شهرا او سنة فلو قال ذلك سابد ويكون ممتدا وفي الترالشيح والطلاق
في هذا القبيل قال الامام حميد الدين هذا يدل على المعتبر جانب الشرط وفي النسخة التى فيها الطلا
قال الامام ظهير الدين هذا يدل على ان المعتبر في الامة داد وعدمه جانب الجزا لا جانب الشرط وقال
الا ترى اختلفوا في الفعل الذى لا يمتد قال صاحب الهداية الى انه الطلاق لانه قال والطلاق من
هذا القبيل اى مما لا يمتد وكذا قال شمس الايمة السرخسي وقال فخر الاسلام البزدوى والصدر الشهيد
والعتابي انه التزوج م فينتظم الليل والنهار ش فيقع الطلاق اذا قدم ليلا او نهارا في قوله انت طالق
يوم يقدم فلان وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه وفي الاصح عنده لا يتناول الليل فلا يقع الطلاق اذا قدم ليلا
م ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين ش اى صدق م في القضا لانه حقيقة كلامه لان النهار
بياض النهار خاصة والليل السواد خاصة واليوم يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند
البعض والصحيح بطريق المجاز م والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة
س يعنى حقيقتها اللغوية هذا م

فصل

ش اى هذا فصل في اضافة الطلاق الى النسا
ولما كانت هذه مخالفة لاضافة الطلاق الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وقال الاكمل ذكر فيه مسايل
اخر متنوعة وكان حقها ان يذكرها في مسايل شتى قلت ليس من حقها ما ذكره لان الذى ذكره في هذا
الفصل كله من انواع الطلاق والمناسب ذكرها كلها في فصول الطلاق م ومن قال لامراته انا منك
طالق فليس بشى وان نوى طلاقا ش هذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابى
حنيفة رضى الله عنه في رجل يقول لامراته انا منك طالق ينوى الطلاق قال لا يكون طالقا انتهى وهذا
قول المصنف فليس بشى قوله وان نوى طلاقا واصل بما قبله م ولو قال انا منك باين او عليك ش اى او قال
انا عليك حرام حال كونه م ينوى الطلاق فهى طالق ش هاتان الصورتان من تتمة مسايل الجامع الصغير
المذكورة الاولى قوله انا منك باين ينوى الطلاق كانت طالقا الثانية قوله انا عليك حرام ينوى الطلاق
كانت طالقا ونقولنا قال احمد م وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى ش
الوجه الاول هو قوله انا منك طالق م لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى يملك س اى المراة
م المطالبة ش اى مطالبة زوجها بالوطى كما يملك هو ش اى الزوج م المطالبة ش اى مطالبة المراة م
بالتمكين ش اى بتمكين نفسها من الزوج م وكذا الحل مشترك بينهما ش اى بين الزوجين وذلك حل استمتاع
كل واحد منهما بصاحبه ولانها النكاح بموت كل منهما ولتسميه كل واحد با لحل م والطلاق وضع ش اى شرعا
م لازالتهما ش اى لازالة الحل والتمكين وكلما وضع لذلك م فيصح مضافا اليه ش اى الى الزوج م كما صح مضافا
اليها ش اى الى المراة م كما في الابانة والتحريم ش اى كما يصح في قوله انا منك باين وانا عليك حرام
وهذا التعليل الذى علل به الشافعي غير مرضى عند الثقات من اصحابه بل لو كان لذلك لما احتاج اضافته
الى النية بل المختار عند اصحابه ان على الزوج
الطلاق اليه الى النية ولا احتاج الاضافة اليها الى النية
حجرا من جهتها من حيث انه لا ينكح اختها ولا اربع سواها فيصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد
لان الاضافة الى الزوج غير معهودة فاحتيج الى النية كذا في كتبهم م ولنا ان الطلاق لازالة القيد
م وهو ش اى القيد م فيها ش اى في المراة م دون الزوج
ش اى العقد الحاصل بالنكاح
ش يعنى القيد الحاصل بالنكاح حصل للرجل على المراة لا للمراة على الرجل ثم اوضح ذلك بقوله
م الا ترى انها ش اى ان المراة م هى الممنوعة عن التزوج ش بزوج اخر م والخروج ش اى
ممنوعة عن الخروج والبروز والرجل يطلق حيث شاء ويتزوج ان يريد ويستمتع باماء به
وان كثرت وبثلاث سواها م ولو كان ش اى الطلاق م لازالة الملك ش كما قال الشافعي رحمه الله
فهو عليها ش اى انها احل عليها لانها مملوكة والزوج مالك س وهذا جواب عما قال الشافعي رحمه الله
بطريق التسليم بعد المنع لان الطلاق بازالة الملك ثم اوضح ذلك بقوله م وهذا ش اى ولاجل

كونها مملوكة م سميت منكوحة س ولا يملك بضعها وجب عليه المهر والنفقة بمقابلة ملكه م بخلاف
الابانة ش اى بخلاف قوله انا منك باين م لانها ش اى لان الابانة م لازالة الوصلة وهى مشتركة
بينهما ش اى بين الزوجين ولهذا جاز اضافته الى كل واحد منهما الا ترى انه يقال بان عنها كما
يقال بانت عنه م وبخلاف التحريم ش اى وبخلاف قوله انا عليك حرام م لانه ش اى لان لفظ
حرام م لازالة الحل وهو س اى الحل م مشترك ش اى بينهما م فصحت اضافتها ش اى اضافة
الحرام والابانة م اليهما س اى الزوجين الا ترى انه يقال حرام عليها كما يقال حرمت عليه م ولا
يصح اضافة الطلاق الا اليها س اى الى المراة لان الطلاق والقيد ولما لم يكن القيد على الرجل لم يصح
اضافة الطلاق اليه ولان الطلاق لو وقع على المراة لا يخلو اما ان يثبت ابتدا او بناء على ثبوته في الرجل
فلا يجوز الاول لعدم اضافة الطلاق اليها ولا يجوز الثانى ايضا لان الرجل ليس بطالق عن المراة
لعدم القيد فيه فلغى قوله انا منك طالق كما اذا قال لعبده انا منك حر حيث لا يعتق فان قيل
لا نسلم عدم القيد في الرجل ولهذا لا يجوز له ان يتزوج اربع سواها عليها واختها وابنة اختها وابنة
اختها قيل له ذلك باعتبار عدم المشروعية لا باعتبار القيد واقع على الرجل م ولو قال انت
طالق واحدة او لا فليس بشى ش هذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة
رضى الله عنه في رجل قال لامراته انت طالق واحدة او لا قال ليس بشى انتهى ولذا لو قال انت طالق
او لا او غير طالق لا يقع شى وبه قال الشافعي ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف لو قال انت طالق ثلاثا
او لا شى م قال هكذا ذكره ش اى قال المصنف رحمه الله كذا ذكر هذا في الجامع الصغير من غير خلاف بين ابى
حنيفة وصاحبيه وقال في الاصل وان قال انت طالق واحدة او لا شى فهى طالق واحدة في قول محمد
وقول ابى يوسف الاول ثم رجع ابو يوسف وقال لا يقع عليها شى وكذلك ان قال انت طالق ثلاثا او لا
فهى طالق واحدة رجعية في قول محمد وقول ابى يوسف الاول ولم يذكر قول ابى حنيفة في الاصل
كما ترى ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق املا ابى سليمان قال ابو حنيفة لا يقع الطلاق
ثم قال صاحب الاجناس فلذلك ذكره عن ابى حنيفة في الحجج نبات م وهذا قول ابى حنيفة
وابى يوسف اخرا ش اى المذكور من قوله انت طالق واحدة او لا فليس بشى هو قول ابى حنيفة
وابى يوسف في قوله الاخير الذى رجع اليه وقوله الاول الذى رجع عنه مع محمد في انه يقع
طلقة واحدة كما ذكرناه الان م وعلى محمد وهو قول ابى يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ش ولم
يذكر فيه قولا لابى حنيفة م ذكر قول محمد في كتاب الطلاق ش اى ذكر محمد قول نفسه في كتاب
الطلاق من الاصل م فيما اذا قال لامراته انت طالق واحدة او لا شى ولا فرق بين المسئلتين ش
اى بين قوله انت طالق واحدة او لا وبين قوله انت طالق واحدة او لا شى لانهما في المعنى واحد يعنى لا
فرق بينهما في جهة الرد في الايقاع او في حق الوضع م ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد
روايتان ش اى لو كان المذكور في الجامع الصغير قول الثلاثة فيكون عن محمد روايتان لانه ذكر
قول محمد في طلاق المبسوط انه يقع واحدة رجعية ولم يذكر الخلاف في الجامع الصغير فهذا يستلزم
ورود الروايتين عنه م له ش اى لمحمد رحمه الله م انه س اى ان الرجل الذى قال لامراته
انت طالق واحدة او لا شى م ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها ش اى بين الواحدة
م وبين النفى س وهو قوله لا شى م فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق س سالما من
الشك فيقع طلقة واحدة رجعية م بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل
الايقاع فلا يقع س شى م ولهما ش اى ولابى حنيفة وابى يوسف م ان الوصف ش وهو قوله
انت طالق م متى قرن بالعدد س مثل ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلاثا م كان الوقوع
ش اى وقوع الطلاق م بذكر العدد ش وهو قوله واحدة انما اطلق العدد على الواحد مجازا من حيث
انه اصل العدد م الا ترى انه ش توضيح لما قبله اى الا ترى ان الرجل م لو قال لغير المدخول بها
انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ش بالاتفاق فعلم ان الوقوع بالعدد م ولو كان الوقوع ش اى وقوع
الطلاق م بالوصف للغى ذكر الثلاث ش يعنى لو كان بقوله انت طالق لما وقع الثلاث فعلم ان
الوقوع بالعدد لا بالوصف م وهذا اشارة الى قوله ولو كان الوقوع بالوصف م لان الواقع في

الحقيقة انما

هو المفعول المحذوف فمعناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر ش اراد به قوله ان الوقوع بالعدد لا با
وهي طالق ولكن العدد وقع نعتا للمحذوف اي تطليقة واحدة فالمنعوت هو الواقع في الحقيقة فافهم م
واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ش الضمير في له يرجع
الى الموصول وهو قوله ما وهو عبارة عن التطليقة المحذوفة واراد بقوله العدد الواحد وقوله
كان الشك الى اخره جواب قوله اذا كان م ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك ش اي او قال
انت طالق مع موتك م فليس بشيء ش اي هذا القول ليس بشيء حتى لا يقع به طلاق وبه الشافعي ومالك
واحمد وهذه من مسائل الجامع الصغير ليس فيه خلاف وكذا اذا قال انت طالق بعد موتي او بعد
موتك بل اولى م لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له ش اي للطلاق م لان موته ش اي لان موت
الرجل م ينافي الاهلية ش اي للطلاق م وموتها ش اي موت المراة م ينافي المحلية ش اي ينافي كونه
محلا للطلاق م فلابد منهما ش اي فلابد لوقوع الطلاق من الاهلية والمحلية لان الطلاق معلق
بوجود الموت فصار الموت شرطا كما لو قال انت طالق مع دخولك الدار والجزاء يعقب الشرط فكان
هذا ايقاعا له بعد الموت ولا ملك بعد الموت ولان النكاح موقت بحياتهما فبموت احدهما ينتهي لوجود
غايته والحكم لا يبقى بعد الغاية وفي الجامع قال والله لا اتركك حتى تموتي او اموت صار موليا فكانه
قال والله لا اقربك ما دام النكاح بيننا م واذا ملك امراته ش اي اذا ملك الرجل امراته بشراء او ارث
او هبة او صدقة م او شقصا منها ش اي او ملك الرجل شقصا من امراته والشقص بالكسر النصيب
او ارث ونحوه م او ملكت المراة زوجها ش يعني بشراء ونحوه كما ذكرنا م او شقصا منه ش اي او ملكت
شقصا من الزوج م وقعت الفرقة ش جواب اذا يعني يرتفع النكاح بينهما بالفسخ وهذا قول
الجمهور وبه قال الائمة الثلاثة والظاهرية **وفي التمهيد** عن عبد الله بن عتبة بن عقبة
والشعبي والنخعي انهم قالوا لو ملكت زوجها فاعتقته حين ملكته كانا على نكاحهما واجمعوا على بطلان النكاح لو
ملكها زوجها ويطاها بملك اليمين بعد ولو ملك بعضها بفسخ النكاح ولا يطاها وقال قتادة لم يرد
به منها الا قربا ويطاها بنكاحه وهو سهو م للمنافاة بين الملكين ش وهما ملك النكاح والملك
بالشراء ونحوه م اما ملكها اياه ش اي اما ملك المراة زوجها م فللاجتماع بين المالكية والمملوكية
ش وهو مستحيل لان ملك الرقبة يقتضي ان يكون خادما وملك يقتضي ان يكون مخدوما وما استحال اجتماعهما
م واما ملكه اياها ش اي واما ملك الرجل امراته ولان ملك النكاح ضروري ش بيانه ان اثبات الملك
على الحرة على خلاف القياس وانما ثبت ضرورة الحل لبقاء النسل م ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين ش
لانه لما طرا عليه ملك اليمين وهو الحل القوي م فينتفي الحل الضعيف وفي ملك الشقص وان كان
لا يثبت الحل ولكن يثبت الملك فقام مقام الحل لانه دليل عليه بخلاف المكاتب اذا اشترى منكوحته
حيث لا يبطل النكاح لان الثابت له في كسبه حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح م ولو اشتراها
ش اي ولو اشترى الزوج امراته الامة م ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح
ولا بقاء له ش اي للنكاح م مع المنافي ش وهو ملك اليمين م لا من وجه ش يعني من حيث العدة
لانها اثر من اثاره فالحجب مع وجود المنافي لا لكان ملك النكاح باقيا من وجه م ولا من كل
وجه ش يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا
بقاء وقال الاكمل **وقيل** لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع
وعلى هذا ينبغي ان يتعلق بقوله مع المنافي انتهى قلت هذا القول الذي اشار اليه الاكمل بقوله وقيل هو
قول الاترازي هكذا فسره في شرحه م وكذا اذا ملكته ش اي وكذا لا يقع الطلاق اذا ملكت
المراة الحرة زوجها وهو عبد بميراث او غيره م او شقصا منه ش اي او ملكت شقصا من زوجها
م لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة ش بين المالكية والمملوكية م وعن محمد انه يقع ش اي الطلاق في
الصورة الثانية م لوجوب العدة ش عليها والطلاق يعتمد ملك النكاح او قيام العدة
ولهذا تجب العدة وهذا لم يحل له وطؤها م بخلاف الفصل الاول ش وهو ما اذا ملك الزوج امراته
م لانه لا عدة هناك حتى حل وطؤها ش اي عدة في حق مولاها الذي ملكها **فان قيل**
اليس انه لا يجوز لها التزوج وهذا دليل على وجوب العدة قلنا قد قالوا لا عدة عليها بدليل انه

لزوجها في اخر جاز والصحيح انه لا يجوز تزوجها من اخر فعلم انه لا يجب العدة عليها من حين شرائها وفي
حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها
من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطء م ولو قال لها ش اي ولو قال رجل لامراته م وهي
امة لغيره ش اي والحال انها امراة لغيره م انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك ش اي اعتاق
مولاك فاستعير الحكم لعلته لان العتق حكم الاعتاق والدليل عليه انه قال بعده علق التطليق
بالاعتاق ولان الاعتاق يضاف حقيقة الى المولى لا العتق م فاعتقها ش يعني مولاها م ملك الزوج
الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او بالعتق ش اي بالعتق الحاصل باعتاق المولى م لان اللفظ ش
وهو قوله مع عتق مولاك م ينتظمهما ش اي ينتظم الاعتاق والعتق اي على طريق البدل لا الشمول
لاستحالة الحقيقة والمجاز مرادين فبهذا يندفع قول الاترازي ولنا في قوله لان اللفظ ينتظمهما
نظر لانه حينئذ يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز م والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود ش
اي وقد علم ان الشرط ما يكون معدوما ويكون على خطر الوجود والعتق والاعتاق بهذه المثابة شرط
على خطر الوجود م وللحكم تعلق به ش اي وقد علم ايضا ان للحكم تعلقا بالشرط لانه موقوف على وجود
الشرط م والمذكور ش اي العتق م بهذه الصفة ش يعني معدوم على خطر الوجود وللحكم تعلق به
فيكون شرطا لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذلك التعلق اما ان يكون تعلق العلة بالمعلول او
بالمشروط والاعتاق او العتق لا يكون علة لتطليق الزوج وكذا تطليق الزوج لا يكون علة لاعتاق المولى
او العتق الخاطر به والطلاق ملصق به وهو معنى قوله م والمعلق به ش اي بالعتق م التطليق ش لا
الطلاق عندنا لما تقرر في الاصول ان اثر التعليق في منع السبب لا في منع الحكم م لان في التعليقات
يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا ش بناء على ان الشرط عندنا منع عليه العلة الى زمان
وجوده كما عرف في الاصول وقال تاج الشريعة قوله لان في التعليقات الى اخره يعني ان المعلق بالشرط
عندنا لا ينعقد سببا والشرط يمنع الانعقاد وعند الشافعي رحمه الله يؤخر الحكم م واذا كان التطليق معلقا
بالاعتاق او العتق يوجد بعده ش اي يوجد التطليق بعد الاعتاق او العتق لان المشروط مع الشرط
يتعاقبان م ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق ش بالضرورة م
فيصادفها ش اي يصادف الطلاق المراة م وهي حرة ش اي والحال انها حرة عند المصادفة م
فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين ش اي بالطلقتين وعند الشافعي رحمه الله العتق والطلاق وقعا
معا فلم يكن رقها في اظهر قوليه بعد وقوع الطلاق ولكن عنده صورة المسئلة فيما اذا قال العبد
لامراته انت طالق مع عتق مولاي اياي لان عنده اعتبار الطلاق بالرجال وبه قال مالك واحمد
وفي قول منه تحرم حرمة غليظة لان العتق لم ينفذ من وقوع الطلاق فصار كما لو طلقها ثنتين ثم عتق
وفي الكافي وذكر في الهداية لانه علق التعليق بالاعتاق او بالعتق الى اخره وهو مشكل لانه اريد به
الاعتاق ههنا فاستعير الحكم عن علته الا ترى الى قوله اياك ولا يستعمل ذلك الا في الفعل المتعدي
قيل في جوابه ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل
من الاعتاق وقد بينا ان كل واحد يصلح شرطا اذ كل منهما على خطر الوجود ويكون معنى قوله مع عتق
مولاك اياك مع العتق الحاصل من اعتاق مولاك اياك فهذا رد المصنف قوله علق التعليق بالاعتاق
او العتق **فان قلت** كيف سمى المصنف اضافة الطلاق الى زمان الاعتاق تعليقا والمعلق غير مضاف
قلت اجيب بانه سماها تعليقا مجازا لا حقيقة لان التعليق توقف امر على امر بحرف الشرط فلما وجد
توقف الطلاق على الاعتاق سماه تعليقا وان لم يذكر بحرف الشرط مضاف كانه قال انت طالق ان اعتقك
مولاك م يبقى شيء ش اي اشكال م وهو ان كلمة مع للقران ش عند ارباب اللسان حاصله هذا انه
اعتذار عما ورد على كلامه حيث قال يكون الطلاق متاخرا عن العتق فورد عليه بان قيل لا نسلم انه متاخر
عنه لان كلمة مع للقران والصحبة فقال سلمنا ذلك م لكن م قلنا قد يذكر ش اي لفظ مع م للتاخر ش
مجازا م كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ش لانه لا يمكن المعية بين العسر واليسر للتضاد بينهما فيحمل
على التاخر وتحقيقه ان كلمة مع قد تذكر للاقتران في زمان الوجود وقد تذكر للاقتران في اصل الوجود
كما في قوله عز وجل واسلمت مع سليمان وكما في قوله ان مع العسر يسرا فلو كان المراد هو الاول يحرم

حرمة غليظة ولو كان المراد هو الثاني لا يحرم والحرمة الغليظة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك والاحتمال. فإن قيل ينتقض هذا بما ذكر في الجامع بقوله لامرأته أنت طالق مع نكاحك حيث لم يصح ولم يجعل بمعنى الشرط فينبغي أن يكون كذلك هنا في قوله مع عتق مولاك إلى آخره. وأجيب بأن العدول عن حقيقة معنى القران باعتبار أنه مالك للتطليق تنجيزا وتعليقا فكان من ضرورة كلامه أن يحمل لمعنى الشرط أما هنا لم يملك الطلاق والطلاق مع النكاح متنافيان فلا يلزم العدول عن معنى القران فيلغو ضرورة. وقال الكاكي وهذا الجواب لم يصح لي لأنه يملك تعليق الطلاق بالنكاح فيمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه م فيحمل عليه ش أي إذا كان الأمر كذلك فيحمل لفظ مع م على التأخر ش كما في الآية الكريمة م بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ش لضرورة تصحيح الكلام. ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين ش أي ولو قال الرجل لامرأته الأمة إذا جاء غد أنت طالق ثنتين م وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ش لأنها حرمت عليه حرمة غليظة م وعدتها ثلاث حيض ش عدة الحرائر وهذه المسألة لا خلاف فيها على رواية أبي سليمان الجوزجاني وفيها خلاف على رواية أبي حفص الكبير أشار إليه بقوله م وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يملك الرجعة ش يعني لا يحرم حرمة غليظة وللشافعي قولان لكن صورة المسألة عنده في العبد كما ذكرناه م لأن الزوج قرن الإيقاع ش أي إيقاع الطلاق م بإعتاق المولى حيث علقه ش أي حيث علق الزوج الطلاق م بالشرط الذي علق به المولى ش وذلك أن الزوج أضاف الطلاق إلى زمان أضاف إليه المولى الإعتاق وهو مجيء الغد م وإنما ينعقد المعلق سببا عند الشرط ش يعني المعلق إنما يكون سببا للإيقاع عند وجود الشرط فكانا مقترنين في السببية فحكمها أيضا كذلك م والعتق يقارن الإعتاق لأنه ش أي لأن الإعتاق م علته ش أي علة العتق والعلة مع المعلول يقترنان عند الجمهور م أصله الاستطاعة مع الفعل ش يعني أن الاستطاعة التي يحصل بها الفعل لا تسبق الفعل لأن الفعل معلولها فيقترنان وذلك لأنها لو سبقت لا يخلو إما أن تبقى إلى زمان وجود الفعل أو لا فيلزم في الأول قيام العرض بالعرض وفي الثاني يلزم حصول الفعل بلا قدرة وهو محال فكذا الإعتاق لا يسبق العتق لأن العتق معلوله م فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة ش لأن الإعتاق أيضا مقارن لمجيء الغد لأن المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء لا محالة م فتطلق بعد العتق ش قال الأكمل قوله فتطلق بعد العتق فاسد لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الإعتاق والإعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فإن المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده انتهى. وقال الأكمل فلا يصح كلام محمد إلا أن يوصف حكم العلة بالتأخر عن العلة كما هو مذهب البعض كما وصفه شمس الأئمة في مسألة أنت طالق مع عتق مولاك إلى آخره. وقال تاج الشريعة اختلف المشايخ في جواز تأخر المعلولات عن العلل الشرعية بمنزلة الجواهر على ما عرف فمحمد أخذ في الطلاق بجواز التأخر وفي العتق بالمقارنة ووجه ذلك أن الطلاق يختص ببطء الثبوت لتحققه مع المنافي والعتاق يختص بسرعة الثبوت لكونه على وفاق الدليل فيتقدم على الطلاق فيصادفها الطلاق وهي حرة فتملك الرجعة ولهذا المعنى يتأخر الملك في البيع الفاسد عن البيع إلى زمان القبض بخلاف البيع الصحيح لما ذكرنا أن أحدهما على وفق الدليل والآخر على خلافه انتهى. وعلل فخر الإسلام القاضي أبو الحسن علي السغدي رحمه الله لمحمد أن العتق وإن كان يقارن الإعتاق ولكن العتق لا ينزل ما لم يزل الرق وإذ الرق مع العتق لا يجتمعان في محل واحد فيكون نزول العتق بعد زوال الرق فكان الطلاق بعد الحرية. وقيل في الجواب أنه يجوز أن يكون مراده من قوله بعد العتق أي معه كما أن مراده بقوله مع عتق مولاك إياك أي بعد عتق مولاك. وقيل المعلق بالشرط كالمرسل عنده فيكون قول المولى عند الشرط أنت حرة وقول الزوج طالق مقترنين في زمن واحد وتتأخر ثنتين عن الحرية ضرورة فيقعان عليها وهي حرة م فصار كالمسألة الأولى ش وهي قوله أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك م ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ش هذا إيضاح لقوله فتطلق بعد العتق بيانه أن الطلاق صادف الحرة ولهذا تعتد بثلاث حيض ولو صادف الأمة لزمها الاعتداد بحيضتين هكذا شرحه الأترازي ثم قال ولي في هذا الاستدلال الذي أورده صاحب الهداية نظر لأن الاعتداد

ثلاث حيض باعتبار التأخر زمان وجوب العدة كما في المسألة الأولى لا باعتبار أن الطلاق صادف الحرة انتهى. قلت هذا الاستدلال هو الذي ذكره ثم نسبه لصاحب الهداية ثم نظر فيه ولم يذكره صاحب الهداية على ما لا يخفى م ولهما ش أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م أنه ش أي أن الزوج م علق الطلاق بما علق به المولى العتق ش وهو مجيء الغد م ثم العتق يصادفها وهي أمة ش أي والحال أنها أمة م فكذا الطلاق ش يصادفها وهي أمة م والطلقتان يحرمان الأمة حرمة غليظة ش فلا يملك الرجعة م بخلاف المسألة الأولى لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه ش أي في المسألة الأولى وهو أن الشرط مقدم على المشروط م وبخلاف العدة لأنه ش أي لأن الشأن يؤخذ فيها بالاحتياط وكذلك الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ش صيانة لأمر الدين م ولا وجه إلى ما قال ش أي محمد م لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته ش أي لأن الإعتاق علة العتق م فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته ش أي لأن التطليق علة الطلاق م فيقترنان ش أي الإعتاق والتطليق يعني كما أن الإعتاق يصادفها وهي أمة فكذا التطليق م.

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ش أي هذا فصل في بيان تشبيه الطلاق ولما ذكر أصل الطلاق شرع بذكر وصفه وتنوعه في فصل على حدة لكونه تابعا م ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير ش أي حال كونه يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث ش أي ثلاث تطليقات. وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله والسبابة لأنه ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير هكذا أو قال إنه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة ورد عليه بأن السبابة وردت أيضا في الشرع وقد روى الطحاوي من حديث موسى بن أبي عائشة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى نبي الله صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ فأدخل أصبعيه السبابتين أذنيه فمسح بإبهاميه وبالسبابتين باطن أذنيه انتهى. على أن في بعض النسخ وقع المسبحة مكان السبابة والسباحة أيضا وردت في الحديث وقد روى النسائي وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف الطهور فدعا بماء فغسل كفيه ثلاثا ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل ذراعيه ثلاثا ثم مسح برأسه وأدخل أصبعيه السباحتين في أذنيه ومسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسباحتين باطن أذنيه ثم غسل رجليه ثلاثا ثلاثا ثم قال هكذا الوضوء فمن زاد على هذا أو نقص فقد أساء وظلم أو ظلم وأساء. وقال الأترازي المعتبر في اللغات استعمال العرب الخلص لا استعمال أهل الحضر والمولدين فالسبابة أولى بالاستعمال لكونها لغة العرب الخلص وعدم النهي عن التكلم بها انتهى. قلت لا فائدة في هذا الذي قاله أصلا لأن كلا من السباحة والسبابة استعملت في الشرع كما ذكرنا وأيضا دعواه الأولوية في السبابة غير موجه على ما لا يخفى م لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت ش أي الإشارة م بالعدد المبهم ش وهو أن يقول هكذا. وقال العتابي في شرحه قوله يشير بالإبهام والسبابة والوسطى يريد به الإشارة ببطون الأصابع دون ظهورها وفي الفوائد الظهيرية لا فرق بين الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الإشارة بها وبين الأصابع الأخر. وقال تاج الشريعة يعني يشير بالثلاثة مرة واحدة. وفي المغني قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث يقع واحدة وإن قال هكذا وأشار بها وقع الثلاث م قال عليه السلام ش أي قال النبي صلى الله عليه وسلم م الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث ش هذا الحديث روي عن ابن عمر وعن سعد بن أبي وقاص وعن عائشة رضي الله عنهم فحديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم في الصوم قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس الإبهام في الثالثة وحديث سعد أخرجه مسلم عن محمد بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده على الأخرى وقال الشهر هكذا وهكذا وهكذا ثم أمسك في الثالثة أصبعا. وحديث عائشة رواه الحاكم في المستدرك أنها قالت إن النبي صلى الله عليه وسلم أقسم أن لا يدخل علينا شهرا فغاب عنا تسعة وعشرين يوما ثم دخل علينا مساء الثلاثين فقلت له إنك حلفت أن لا تدخل علينا شهرا فقال الشهر هكذا وهكذا وأمسك في الثالثة الإبهام. وقال صحيح على شرط البخاري. قوله وخنس أي قبض والإخناس الانقباض. **وفي المبسوط** قوله وخنس في المرة الثالثة إبهامه بيان منه أن الشهر تسعة

بإبهاميه ظاهر أذنيه

وعشرون يوما ولا خلاف في هذه المسئلة والاشارة تقع بالمنشورة منها لا بالمضمومة لاعتبار
العرف والعادة الا ترى انه عليه السلام خنس ابهامه في المرة الثالثة وفهم منه تسعة وعشرين يوما
ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم احدا وعشرين يوما م وان اشار بواحدة ش يعني وان اشار باصبع
واحدة وقال انت طالق هكذا م فهي واحدة س اي فهي تطليقة واحدة م وان اشار بثنتين ش
اي باصبعين قال انت طالق هكذا م فهي ثنتان ش اي التطليقة ثنتان يعني يقع طلقتان م لما قلنا
ش يريد به قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد
المبهم م والاشارة تقع بالمنشورة ش اي بالاصابع المنشورة م منها ش اي من اصابع اليد ولا تقع
بالمضمومة لاعتبار العرف والعادة م وقيل اذا اشار بظهورها ش اي بظهور الاصابع الى المراة م
فبالمضمومة منها س اي فيقع الطلاق حينئذ بالمضمومة من الاصابع لا بالمنشورة م واذا كان
تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ش قال الشافعي رحمه الله
لانه لما وجدت الاشارة بالمنشورة وجدت بالمعقودة الا انه خلاف الظاهر لان الاشارة المعهودة
فيما بين الناس في بيان العدد المبهم بالاصابع المنشورة لا بالمضمومة ولا بالكف فاذا ادعى خلاف
الظاهر لا يصدق في القضاء كذا في مبسوط شيخ الاسلام م وكذا اذا نوى الاشارة بالكف ش
وصورة الاشارة بالكف ان يكون جميع الاصابع منشورة يعني اشار اليها بالاصابع المنشورة وبطونها
الى المراة وقال انت طالق هكذا ثم قال عنيت بها الاشارة بالكف لا بالاصابع يصدق ديانة لا قضاء
م حتى يقع في الاولى ش اي في المضمومتين م ثنتان س اي طلقتان م ديانة ش لا قضاء م وفي
الثانية س اي الاشارة بالكف م واحدة ش اي تقع طلقة واحدة يعني يصدق ديانة حتى تقع
واحدة لا قضاء حتى يطلق ثلاثا في القضاء لانه اشار اليها باصابعه الثلاث المنشورة وفي المبسوط
وبعض المتاخرين قالوا لو جعل ظهر الكف اليها والاصابع المنشورة الى نفسه دين في القضاء لان الظاهر في
العادة الاشارة ببطون الاصابع الى المخاطب لا الى نفسه حتى لو جعل ظهر الكف الى نفسه وبطون
الاصابع اليها لا يصدق في القضاء وذكر الامام التمرتاشي قيل لو كان باطن كفه الى السما فالعبرة
للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما
عن نشر فالعبرة للضم للعادة م لانه يحتمله ش اي لان قوله يحتمل الاشارة بالكف يحتمل ما نواه
م لكنه خلاف الظاهر ش فلا يصدق قضاء م ولو لم يقل هكذا س يعني اشار اليها بالاصابع المنشورة و
قال انت طالق ولكنه لم يقل لفظ هكذا م يقع واحدة ش اي طلقة واحدة م لانه اي لان قوله عند
الاشارة بدون لفظ هكذا م لم يقترن بالعدد المبهم س فاعتبر وجود الاشارة لعدمها م
فبقي الاعتبار لقوله انت طالق س فلا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث عندنا وبه قال الشافعي
عند عدم النية م واذا وصف الطلاق بضرب س اي بنوع م من الشدة والزيادة كان ش
اي الطلاق م باينا مثل ان يقول انت طالق باين او البتة ش او انت طالق البتة س اي القطع م
وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا س اي طلاقا رجعيا م اذا كان بعد الدخول ش وبه قال
مالك واحمد م لان الطلاق شرع معقبا للرجعة وكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو
ش اي وصفه بالبينونة م كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك س فيلغو قوله على ان لا رجعة
لي عليك م ولنا انه ش اي ان الزوج م وصفه ش اي وصف الطلاق م بما يحتمله ش وهو البينونة
وهذا لان البينونة به قبل الدخول وبعد انقضاء العدة بالطلاق فان قيل ينتقض هذا
بما اذا قال انت طالق ونوى البينونة او الثلاث حيث لا يصح بالاجماع فينبغي ان يصح لانه يحتمل
كلامه قلنا السنة تصلح للملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة بقوله انت طالق بخلاف قوله
انت طالق باين فان البينونة ملفوظة وقال الكاكي في هذا الجواب نوع ضعف لانه ذكر في المبسوط
قوله انت طالق يحتمل المبين وغير المبين فكان قوله باينا تعيين احد محتمليه الا ان يقال الاحتمال
بطريق الحقيقة لا بن يحتمله بطريق المجاز فلا بد للمجاز من نية ولهذا الا يندفع السؤال فان قيل
باين صفة المراة لا صفة الطلاق فكيف يكون واصفا للطلاق بالبينونة لما قيل قال الكاكي
وفيه نوع تامل انتهى قلت قوله باين صفة لطالق او خبر بعد خبر وليس صفة الطلاق واما

يكون طلا

تعيب ص

يكون صفة الطلاق لو قال انت طالق طلاقا باينا م الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل
به س اي بقوله انت طالق م فيكون هذا الوصف س اي وصف المراة بقوله انت طالق باين م احد المحتملين
ش وهو البينونة وقال الاترازي هو بفتح الميم الثاني واراد بهما الرجعي والباين وفيه نظر لان الرجعي
ليس بمحتمل الطالق بل هو موجبه والمحتمل هو الباين وقال الاكمل متخصا من كلام السغناقي واعترض
بانه لو كان محتملا لما جاز نيته فيقع بقوله انت طالق واحدة باينة اذا نوى وليس كذلك واجيب
بان النية انما تعمل اذا لم يكن مغيرا للمشروع ونية الباين من قوله انت طالق تغير المشروع لان الطلاق
يشرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة
وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار
الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشارع ذلك طلاقا ولو
نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق
م ومسئلة الرجعة ممنوعة س هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله كما اذا قال انت طالق على ان
لا رجعة لي عليك يعني لا نسلم انه لا يقع باينا بل يقع واحدة باينة وهو معنى قوله م فيقع واحدة
باينة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين او نوى الثلاث س فثلاث اي التطليقات الثلاث م فثلاث
اي يقع ثلاث طلقات لما مر من قبل س اي في باب ايقاع الثلاث بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما
صحت لكونها جنسا اخر وقال الكاكي ومسئلة الرجعة ممنوعة يعني يقع واحدة باينة فيها
ولئن سلمنا فالفرق ان في قوله ان لا رجعة صح نفي المشروع وفي مسئلتنا وصف البينونة وما
نفي الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كذا
بن شيخي العلامة وذو الاكمل هذا برمته ثم قال كذا افاد شيخي العلامة وشيخه هو قوام الدين
الكاكي وشيخ قوام الدين هو عبد العزيز بن احمد بن محمد البخاري الامام البحر في الفقه والاصول شارح البزدوي
وكان وضع كتابا على الهداية بسوال قوام الدين المذكور اياه ان يؤلف شرحا على الهداية وكلما ذكر
قوام الدين في شرحه قال شيخي او سمعت شيخي هو عبد العزيز وكان المذكور اياه حين اجتمع به ترجمة
وتفقه عليه ووصل الى كتاب النكاح واخترمته المنية برد الله مضجعه م ولو عنى بقوله انت
طالق واحدة وبقوله باين او البتة اخرى ش اي طلقة اخرى م تقع تطليقتان باينتان ش وفي
قول الشافعي رحمه الله تطليقتان رجعيتان وقال في الفتاوى الولوالجي وقيل الاول تقع رجعيا وقال
الاترازي اقول هذا اصح عندي فان قوله باين في قوله انت طالق باين وقع خبرا بعد خبر المبتدا كما
في قولهم زيد عاقل عالم اي جامع لهذين الوصفين فيثبت بكل واحد منهما موجبه وموجب الطالق
ثبوت الرجعة وموجب الباين ثبوت البينونة ولا تعني لثبوت التطليقتين الباينتين ولا يلزم من
كون الثاني باينا كون الاول باينا انتهى قلت هذا كلام صادر من غير تامل ولاح عن
حدس لان قوله خبر بعد خبر لا يصلح ان يكون مصححا لكلامه بل هو يرد كلامه لان معناه كانه
قال انت طالق انت باين نعم كان قوله انت طالق يقتضي ان يكون رجعيا اسما الا انه جعل باينا
لعدم الامكان لان الثاني يكون باينا لا محالة عندنا فيكون الاول باينا ايضا ضرورة اذ لا يتصور
بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني باينا وقال الاكمل وفي الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا
فان اراد ما ذكرناه يعني قوله ان الاول يقع رجعيا ابتدا فينقلب باينا بوقوع الثاني باينا لعدم
تصور بقائه رجعيا فهذا صحيح ظاهر وان اراد بقائه رجعيا فليس بصحيح م لان هذا الوصف يصلح
لابتداء الايقاع ش اراد بالوصف باين او البتة وانه يصلح للايقاع ابتداء بان قال انت باين
او انت طالق البتة ونوى به الطلاق يصح ويقع فكذا اذا نوى بلفظ البتة تطليقة اخرى وقال
الاترازي وقوع الثنتين في قوله انت طالق البتة فيها نظر عندي لان قوله البتة ذكر منصوبا
وهو من حيث العربية لا يصح الا اذا جعل صفة لمصدر محذوف بان يراد انت طالق الطلقة
البتة والطلقة للمراة الواحدة ولا دلالة فيها على التكرار اما اذا لم ينو فظاهر وكذا اذا نواه لان
مصدر وقع تاكيدا لما دل عليه قوله طالق فلا يثبت به شي اخر على سبيل الاصالة انتهى قلت
هذا ايضا فيه ما فيه لان المصدر المحذوف المؤكد بكسر الكاف لما قبله صفة في نفس الامر ووصف

بها لفظ طالق بلفظ الشدة فلابد في ان يكون له معنى زايد على معنى موكد بفتح الكاف الذي يدل على
طلقة واحدة وبالمعنى الزايد يقع طلقة اخرى فافهم م وكذا ش اي وكذا تقع التطليقة البائنة وهذا
معطوف على قوله انت طالق باين في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة باينة اذا لم يكن له نية
او نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو نوى بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق
اخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق او اشره او اسوءه او البرم م اذا قال انت
طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره ش اي اثر الطلاق لا باعتبار ذاته م
وهو البينونة في الحال فصار كقوله باين ش انما قلنا لا باعتبار ذاته لان ذاته لا يوصف بهذه الاو	صاد
اعني الفحش والسوء والشدة والخبث والعظم والكبر لان الطلاق ليس بمحسوس ولا ذي هيئة حتى يكون
وصفا لذاته وغير المحسوس يعرف باثره فيكون هذه الاوصاف لاثره ومن شدة اثره وفحشه وخبثه
وكبره وعظمه ان يكون قاطعا للنكاح في الحال فصار كانه بلفظ الباين لانه افعل التفضيل لبيان
اصل التفاوت وذلك في الواحدة البائنة لانها اشد حكما وافحش من الرجعية وقد يذكر لبيان
نهاية التفاوت وذلك في الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى محتمل كلامه فصحت وان لم يكن له
نية تصرف الى الادنى لانه المتيقن فان قيل افحش افعل التفضيل فمقتضى ان يكون هناك
فاحشا قلت هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الاثبات فيحمل على مجرد الاثبات لان
طالقا لا يحتمل طالقان ولان هذا معنى كذا في الفوايد الظهيرية م وكذا اذا قال اخبث الطلاق
ش اي وكذا الجواب اذا قال انت طالق اخبث الطلاق م او اسوءه ش اي او قال انت طالق اسوء
الطلاق م لما ذكرنا ش من قوله لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وذكر ابن سماعة في نوادره
انه اذا قال انت طالق افحش الطلاق فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة رجعية عند
ابي يوسف باينة عند محمد وفي الكافي للحاكم الشهيد وان قال انت طالق اكثر الطلاق فهي
ثلاث لا يدين اذا قال نويت واحدة وان قال انت طالق اجمل الطلاق او اتم الطلاق فهي واحدة
رجعية وان قال انت طالق طول كذا وكذا وعرض كذا وكذا فهي واحدة باينة ولا يكون ثلاثا وان نواها
وان قال انت طالق خير الطلاق او اعدله او احسنه او افضله فهي طالق للسنة في وقت السنة
وان نوى ثلاثا فهي ثلاث للسنة وقال الطحاوي في مختصره ولو قال لها انت طالق تطليقة حسنة او جميلة
كانت طالقا تطليقة يملك فيها الرجعة حايضا كانت او غير حايض ولم يكن هذه التطليقة للسنة ثم قال
وروى صاحب الاملاء عن ابي يوسف انها طالق تطليقة للسنة كما قال انت طالق احسن الطلاق م
وكذا اذا قال انت طالق الشيطان ش اي وكذا يقع الباين اذا قال انت طالق طلاق الشيطان م او طلاق
البدعة ش اي او قال انت طالق طلاق البدعة م لان الرجعي هو السني فيكون طلاق البدعة وطلاق
الشيطان باينا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق البدعة انه لا يكون باينا الا بالنية لان البدعة قد تكون
من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق	ق
الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف ش اي وصف البدعة والشيطان م قد يتحقق بالطلاق في حالة
الحيض فلا يثبت البينونة بالشك ش هذا الذي ذكره المصنف عن محمد هو رواية هشام عنه م وكذا
اذا قال كالجبل ش اي وكذا يكون باينا اذا قال انت طالق كالجبل وهذا قول ابي حنيفة ومحمد م لان التشبيه
به ش اي بالجبل م يوجب زيادة ش وهي البينونة م لا محالة ش اي لا شك م وذلك ش اي
ايجاب الزيادة م باثبات زيادة الوصف ش وهو البينونة لانه لا يحتمل الزيادة من حيث
العدد لانه ليس بذي عدد لكونه واحدا في الذات فيحمل على الزيادة التي يرجع الى الوصف م وكذا اذا
قال مثل الجبل ش اي وكذا يكون باينا اذا قال انت طالق مثل الجبل م لما قلنا ش يريد به قوله لان التشبيه
به يوجب زيادة لا محالة م وقال ابو يوسف يكون ش اي الطلاق م رجعيا ش وبه قال الشافعي
واحمد م لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحده ش اي في توحيد الجبل وهو تفرده عن
الوصف والعدد ويحتمل التشبيه في العظم فلا يقع البينونة بالشك ولو قال انت طالق كالصخرة
او كالقار فانه رجعي عندهما وباين عند محمد ذكره المرغيناني في الذخيرة لو قال انت طالق مثل التراب
او الاساطين يقع واحدة رجعية عندهما وعند ابي حنيفة وزفر يقع واحدة باينة م ولو قال انت

طالق

قوله انت طالق اشد الطلاق وفيه بحث

طالق اشد الطلاق او كالف او ملا البيت فهي واحدة باينة الا ان ينوي ثلاثا ش هذه من مسايل
الجامع الصغير ويقع بهذه الالفاظ طلقة واحدة باينة نواها او لم ينو وان نوى ثلاثا فثلاث م اما
الاول ش وهو اشد الطلاق م فلانه وصفه ش اي وصف الطلاق م بالشدة وهو الباين ش اي الوصف
بالشدة هو الطلاق الباين لان شدة الطلاق بالابانة م لانه ش اي لان الباين م لا يحتمل الا	نتقاض
ش اي النقض م والانتقاض ش من النقض فلا احتمال فيه الا التزوج الجديد م اما الرجعي ش
اي الطلاق الرجعي م فيحتمله ش اي فيحتمل الانتقاض وهذا لان الطلاق الرجعي له ان يراجعها بقول او فعل
ولا يحتاج فيه الى رضاها م وانما صح نية الثلاث لذكره المصدر ش هذا جواب عما يقال سلمنا ان قوله
انت طالق اشد الطلاق يقتضي الابانة بواحدة لوصفه الطلاق بالشدة لكن لم يصح نية الثلاث فاجاب
بقوله وانما صح نية الثلاث لذكره المصدر وهو اسم جنس يحتمل الثلاث بلا وصف الشدة وههنا او
فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يتعين الثلاث بلا نية لانه لو قال انت طالق شديدة يقع الباين واشد
اقوى منه فينبغي ان ينصرف الى الثلاث بلا نية قلنا الجواب عنه ما ذكرناه عند قوله افحش الطلاق
وهو ان المراد من افعل التفضيل هنا مجرد الاثبات لا اثبات التفضيل فلا يجوز حمل مطلق اللفظ
مع الاحتمال على الثلاث م واما الثاني ش وهو قوله كالف م فلانه ش اي فلان الشان م قد يراد
بهذا ش اي بقوله كالف م التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى ش اي ويراد التشبيه في
العدد مرة اخرى م يقال هو كالف ش اي فلان كالف رجل يعني بعدد الف رجل ويراد به القوة
يقال فلان كالف رجل في القوة م فيصح نية الامرين ش يعني اذا نوى الواحدة يقع الباين
باعتبار التشبيه في القوة واذا نوى الثلاث يقع ايضا باعتبار التشبيه في العدد م وعند
فقدانها ش اي عند فقدان النية م يثبت اقلهما ش اي اقل الامرين وهو الواحد الباين لان الاقل
متيقن م وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد ش اي لان الالف عدد
م فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا ش هذه رواية عن محمد ذكرها الولوالجي وغيره م فصار ش
اي فصار الحكم في هذا م كما اذا قال انت طالق كعدد الف ش وهذا لا خلاف فيه لانه نص على العدد
ولو قال انت طالق واحدة كالف فهي واحدة باينة ولا يكون ثلاثا لان الواحدة لا تحتمل العدد فيكون
التشبيه لزيادة القوة م واما الثالث ش وهو قوله ملاء البيت م فلان الشيء قد يملا البيت
لعظمه في نفسه وقد يملاء لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته ش فالعظم في الطلاق بالابانة والكثرة
بالثلاث فايهما نوى صح م وعند انعدام النية يثبت الاقل ش وهو الابانة لان الاقل متيقن وروى
الطحاوي رحمه الله عن ابي يوسف ومحمد في غير ظاهر الرواية اذا قال انت طالق ملء الجبل او ملء البيت
او ملء الكوز يكون رجعيا وفي شرح الاقطع لو قال انت طالق تطليقة بملاء الكوز كان
باينا في قولهم جميعا لانه صفة للطلاق يقتضي زيادة عظم وليس لذلك الا البينونة وفي
الروضة مختصر الرافعي قال انت طالق ملء البيت او البلد او السما او الارض او اعظم من الجبل او اكبر
الطلاق او اعظمه او اشده او اطوله او اعرضه او طلقة كبيرة او عظيمة تقع واحدة رجعية وتلغوا
هذه الصفات كلها وهكذا في مغني الحنابلة وكذا لو قال ملء الدنيا تقع واحدة رجعية كقول
الشافعي رحمه الله واقصى الطلاق واكثره واحدة رجعية وهو المذهب ويحتمل الثلاث في اقصاه قال
السروجي هذا الاحتمال هو الحق والمذهب ضعيف جدا ولو قال انت طالق عدد التراب تقع واحدة
عند ابي يوسف واختاره البغوي واحمد وفي جوامع الفقه عن محمد عدد الرمل ثلاث لانه ذو عدد
بخلاف التراب ففي التراب روايتان عنه ولو قال انت طالق واحدة مائة مرة لم يقع الا واحدة قاله
المتولي من الشافعية وهو بعيد جدا وفي المرغيناني قال انت طالق كالثلاث فهي واحدة باينة
عند ابي يوسف وثلاث عند محمد كما قال عدد ثلاث ولو قال كعدد الشمس او القمر فهي واحدة باينة
عند ابي حنيفة ورجعية عند ابي يوسف وعن محمد كالنجوم واحدة وكعدد النجوم ثلاث
وفي المرغيناني وغيره لو قال انت طالق كعدد كل شعرة على جسد ابليس لعنه الله يقع واحدة حتى يعلم
عدد شعره او هل له شعر وذكر الكرخي لو قال انت طالق عدد شعر راسي او عدد شعر ظهري وقد طلى
طلقت ثلاثا لان الشعر ذو عدد وان لم يكن موجودا وان قال كالثلج فهو باين عند ابي حنيفة وعندهما

ان اراد بالبياض فرجعي وان اراد به برده فهو باين م ثم الاصل عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش
اراد بهذا بيان الاصل الذي بني عليه اقوال الامام وصاحبيه وزفر رحمهم الله م انه ش
اي ان الرجل م متى شبه الطلاق بشيء ش من الاشياء م يقع الطلاق باينا اي شيء كان المشبه به ذكر
العظم او لم يذكر لما مر ش عن قريب م ان التشبيه يقتضي زيادة وصف ش وزيادة الوصف
توجب البينونة م وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون باينا والا فلا ش اي وان لم يذكر العظم
فلا يكون باينا م اي شيء كان المشبه به ش يعني سواء كان صغيرا او كبيرا م لان التشبيه قد يكون
في التوحيد على التجريد ش اي من وصف العظم م اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وذلك بالبينونة
م وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف عند الناس بالعظم يقع باينا والا ش اي وان لم يكن مما
يوصف عند الناس بالعظم م فهو رجعي ش سواء ذكر العظم او لم يذكر م وقيل محمد مع ابي حنيفة
وقيل مع ابي يوسف ش اشار بهذا الى ان قول محمد مضطرب وفي الذخيرة عند ابي يوسف
ومحمد ان ذكر العظم كان باينا وان كان المشبه به حقيرا وان لم يذكر العظم فان كان له حد يقع
باينا والا يكون رجعيا م وبيانه ش اي بيان هذا الاختلاف م في قوله مثل الابرة ش اي في
قوله انت طالق مثل راس الابرة م مثل عظم راس الابرة ش اي في قوله انت طالق مثل عظم راس
الابرة م مثل الجبل ش اي في قوله انت طالق مثل الجبل م مثل عظم الجبل ش اي في قوله انت طالق
مثل عظم الجبل ففي قوله مثل راس الابرة باين عند ابي حنيفة ومحمد لمكان التشبيه رجعي عند ابي يوسف
لانه لم يذكر العظم وكذا عند زفر لان المشبه به مما لا يوصف بالعظم والشدة وفي قوله مثل عظم
راس الابرة يكون باينا عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه وكذا عند ابي يوسف لذكر العظم وعند
زفر رجعي لان الابرة لا توصف بالعظم والشدة وفي قوله مثل الجبل باين عند ابي حنيفة ومحمد
للتشبيه ورجعي عند ابي يوسف لعدم ذكر العظم وباين عند زفر لان الجبل يوصف بالعظم عند
الناس وفي مثل عظم الجبل يكون باينا عند الكل للتشبيه عندهما وذكر العظم عند ابي يوسف وكون
المشبه به عظيما عند زفر ولو قال مثل السمسم او مثل حبة الخردل فهو رجعي عند الثلاثة وباين
عند ابي حنيفة م ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة باينة
ش اي فهي طلقة واحدة باينة وفيه خلاف زفر وقد ذكرناه م لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه
ش اي على الزوج لان شدة الشيء وقوته لا يحتمل الاعتراض عليه بالانتقاض وذلك في الطلاق
بالباين وهو معنى م وهو البائن ش الضمير يرجع الى كلمة ما في قوله ما لا يمكن م وما يصعب تداركه
يقال لهذا الامر طول وعرض ش اي الذي يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض
ويقال هذا امر شديد وطويل وعريض م وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقع بها ش اي بهذه
الالفاظ م رجعية ش اي طلقة رجعية م لان هذا الوصف ش اي وصف الطلاق بالشدة وا
والطول والعرض م لا يليق به ش اي بالطلاق لان هذه الاوصاف من صفات الاجسام م فيلغوا
ش اي يصير ذكره لغوا فلا يعمل به وقال الاتراري وصف الطلاق بالشدة والطول والعرض
ليس يمكن للزوم قيام العرض بالعرض وجوابه لا نسلم ان قيام العرض بالعرض لا يجوز وقد جوزه
البعض لصحة قولهم حركة سريعة وحركة بطيئة ولئن سلمنا ان قيام العرض بالعرض لا يجوز لكن
نقول للاحكام الشرعية حكم الجواهر فيجوز حينئذ او نقول سلمنا انه لا يجوز حقيقة ولكن لم لا نسلم انه
لا يجوز مجازا م وان نوى الثلاث ش اي الطلقات الثلاث م في هذه الفصول ش اي فصل قوله
انت طالق باين او البتة وانت طالق افحش الطلاق وفصل قوله اخبث الطلاق او اسوأه وطلاق الشيطان
وطلاق البدعة وفصل قوله اشد الطلاق او كالف او ملء البيت ومثل راس الابرة ومثل عظم راس
الابرة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل وفصل قوله انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة
ففي هذه الفصول كلها م صحت نيته ش ويقع الثلاث اذا نواها عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانها
نوع من نوعي البينونة والباين على نوعين خفيفة وغليظة فاذا نوى الثلاث فقد نوى اغلظ النوعين واعلاهما
فصح وذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير مثل ما ذكر صاحب الهداية من صحة نية الثلاث
في الفصول كلها ولكن الامام الزاهد العتابي قال في شرحه للجامع الصغير والصحيح انه لا تصح نيته

الثلاث

حق
الثلاث في انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة لانه نص على التطليقة وانها لا تتناول الوا
ثم قال هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي قال الاتراري هذا هو الاصح عندي لان النية انما تصح فيما يحتمله
اللفظ ذلك والتاء موضوعة للوحدة فلا تحتمل غير ذلك فلا تصح نية الثلاث انتهى قلت كون التاء
للوحدة لا ينافي نية الثلاث لانه وصفها بالشدة والطول والعرض وصحة نية الثلاث توخذ من
الوصف م لتنوع البينونة ش الى غليظة وخفيفة م على ما مر ش اشار به الى قوله قبل صفحة فيقع
واحدة باينة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلاث م والواقع بها ش اي
بهذه الالفاظ المذكورة م باين ش لما ذكرنا عند قوله انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة
فروع لو قال لامرأته ولحجر او بهيمة احداكما طالق او قال هذه وهذه طلقت امرأته عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقع للشك وان قال لامرأته ورجل احداكما طالق او هذا او هذه لا
يقع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقع ولو قال لامرأته واجنبية احداكما طالق او قال هذه او هذه
لا تطلق زوجته الا بالنية وفي **المبسوط** حلف انه لم ينوها وعند الشافعي واحمد يقع على زوجته
عند عدم النية وان قال اردت الاجنبية قبل في الصحيح على المنصوص ح لا في الاملاء وعند
مالك لا يقبل منه كذا في الجواهر ولو قال احدى امرأتي طالق وليس له الا امرأة واحدة يقع عليها
ذكره الصدر الشهيد في شرح الكافي

فصل في الطلاق قبل الدخول

ش اي هذا فصل في بيان الطلاق قبل الدخول على المرأة ولما كان وضع النكاح للدخول كان الطلاق قبله
من العوارض والعارض يذكر بعد الاصل وهو الطلاق بعد الدخول م واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول
بها وقعن عليها ش عند عامة العلماء وهو مذهب عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص
وابن مسعود وانس بن مالك وزيد رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعكرمة
وابراهيم النخعي وعامر الشعبي وسعيد بن جبير والحكم وابن ابي ليلى والاوزاعي وسفيان الثوري
وقال ابن المنذر وبه اقول وذكر ابو بكر بن ابي شيبة انه قول عايشة وام سلمة وخالد بن محمد ومكحول
وحميد بن عبد الرحمن وكان طاوس وعطا وابو الشعثا وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا
فهي واحدة وفي مصنف ابن ابي شيبة عن جابر بن زيد وطاوس وعطا ان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا
قبل ان يدخل بها فهي واحدة وفي **المبسوط** وهو قول الحسن البصري م لان الواقع مصدر محذوف ش
وهو الطلاق الذي قام صفته وهي الثلاث مقامه م لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه ش اشارة الى ما ذكره
في الفصل المتقدم على فصل تشبيه الطلاق بقوله ولنا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر
العدد الى اخره م فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة ش يعني اذا كان الواقع مصدرا محذوفا
لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكلام
واحدا لا ينفصل بعضها عن بعض لان ايقاع الثلاث لا يتاتى بلفظ او جزء منه بخلاف قوله انت طالق
وطالق وطالق حيث انفصلت الثانية والثالثة لانها كلمات متفرقة فوقعت الاولى وبانت م فان فرق
الطلاق ش بان يقول انت طالق طالق طالق على ما يجي الان م بانت بالاولى ش اي باللفظ الاولى وهو قوله
انت طالق وبانت لا الى عدة لانها غير مدخولة م ولم تقع الثانية ش ولا الثالثة لانه لا يبقى لوقوعهما
محل فيلغوا كلاهما وحكي عن الشافعي في القديم انها تطلق ثلاثا وقال علي بن ابي هريرة من اصحابه هذا
قول اخر وبه قال ابن ابي ليلى والاوزاعي والليث بن سعد وربيعة ومالك وقال احمد لو ذكر بالواو وطلق
ثلاثا وفي غير الواو لا تطلق الا واحدة وهو مذهب العامة وهذا هو معنى قوله ش اي بخلاف ما اذا قال لها انت طالق وطالق
وطالق ان دخلت الدار حيث يقع الثلاث جملة اذا وجد الدخول لوجود المغير في الاخر وهو الشرط
واذا قدم الشرط فعند ابي حنيفة تقع الواحدة لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فان قيل الجمع
بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فلو قال لها انت طالق ثلاثا يقع الثلاث فينبغي ان يقع الثلاث ايضا اذا قال
لها انت طالق وطالق وطالق واجيب بانه مسلم ولكن لما وقعت الاولى بلا توقف لعدم المغير في الاخر ما
بانت ولم يبق محلا للثانية ولا للثالثة فان قيل ينبغي ان يقع الثلاث تحقيقا لمعنى الجمع في الواو اجيب
بانه حينئذ يكون الواو للمقارنة ولا دلالة لها عليها لانها لمطلق الجمع فان قيل يلزم الترتيب على ما قلتم
والواو لم توضع له اجيب بالمنع لانه انما يلزم اذا كان وقوع الثانية والثالثة متحققا فلا وقوع ولا

ترتيب م وذلك ش اي التفريق م مثلا ان يقول انت طالق وطالق وطالق ش ذكر المصنف صورة التفريق
بدون حرف الواو والحكم فيما اذا ذكر بحرف الواو كذلك وهذا اذا قال لها انت طالق وطالق وطالق
بواحدة لا الى عدة قاله الاتراري م لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يكن في اخر كلامه ما يغير صدره ش
اي صدر الكلام كالشرط والاستثناء حيث يتوقف عليه ش اي على ما يغير صدره م فيقع الاولى ش وهي
لفظة انت طالق م في الحال ويصادفها ش اي تصادف الاولى م الثانية ش اي اللفظة الثانية وهي طالق
م وهي مبانة ش اي والحال انها مبانة فلا يبقى للثانية محل ولا للثالثة م وكذا اذا قال ش اي وكذا
يقع واحدة اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما قلنا انها بانت بالاولى ش يعني لما سبقت
الاولى في الوقوع صادفتها الثانية وهي مبانة م ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا
ش يعني لا يقع شيء وكذا اذا قال انت طالق ثنتين فماتت قبل ان يقول ثنتين او قال انت طالق ثلاثا فماتت
قبل ان يقول ثلاثا او قال انت طالق ان شاء الله فماتت قبل ان يقول ان شاء الله لم تطلق شيئا م لانه قرن
الوصف ش وهو الطلاق م بالعدد ش وهو واحدة او ثنتين او ثلاثا م فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت
قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل ش كلامه فلا يقع شيء م وكذا ش اي وكذا يبطل كلامه
م لو قال انت طالق ثنتين او ثلاثا ش اي او قال انت طالق ثلاثا فماتت قبل ان يقول ثنتين قبل ان
يقول ثنتين او قبل ان يقول ثلاثا م لما بينا ش اشارة الى قوله لانه قرن الوصف بالعدد فكان
الواقع هو العدد م وهذه ش اي هذه المسائل الثلاث المذكورة وهي قوله انت طالق واحدة لما
قبل قوله واحدة وقوله انت طالق ثنتين فماتت قبل ان تقول ثنتين وقوله انت طالق ثلاثا فماتت
قبل ان يقول ثلاثا م تحانس ش اي تشاكل وتماثل م ما قبلها ش اي المسئلة التي قبلها م
من حيث المعنى ش وهي ما اذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول بها لان المعتبر في
الموضعين في الايقاع هو العدد لا الوصف فكانت هذه المسائل مماثلة للمسئلة المتقدمة
من حيث المعنى الا ان بينهما تفاوتا في الحكم وهو ان الطلاق واقع في المسئلة المتقدمة لان العدد
صادفها وهي منكوحة وهنا لم يقع شيء لان العدد صادفها وهي ميتة لانها ليست محلا
لوقوع الطلاق ثم لاصحاب الشافعي رحمه الله فيما اذا ماتت قبل ذكر العدد ثلاثة اوجه احدها
وهي اختيار المزني انه يقع واحدة في المسئلة الاولى وفي قصد الثنتين ثنتين وفي قصد الثلاث
الثلاث الثاني انه يقع واحدة والثالث انه لا يقع شيء كقولنا م ولو قال انت طالق واحدة قبل
واحدة او بعد واحدة وقعت واحدة ش هذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير والقدوري جميعا
وعندنا في صورة قبل بغير الكناية وبعد بالكناية يقع واحدة وفي قبل بالكناية وبعد بغير الكناية
يقع ثنتان وبه قال مالك وعند الشافعي رحمه الله في قبل بالكناية وجهان احدهما انه لا يقع شيء
انه يقع واحدة وفي بعد بغير الكناية يقع واحدة كما في قبل بغير الكناية فعنده يقع في الصور الاربع
الا واحدة وفي الوسيط للنووي قال لغير المدخول بها انت طالق طلقة قبل طلقة او بعدها طلقة
بانت بالاولى وان قال بعد طلقة او قبلها طلقة ففيه ثلاثة اوجه اصحها يقع واحدة والثاني لا
يقع شيء والثالث يقع ثنتان ويلغو قوله قبلها وان قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة
فوجهان اصحهما وقوع الثنتين والثاني واحدة وان قال انت طالق طلقة تحت طلقة او تحتها طلقة
او فوق طلقة او فوقها طلقة فثنتان وفيه وجه انه طلقة كما في الاقرار فانه لا يلزمه الا درهم
واختاره ابن كج والحناطي وقال امام الحرمين والغزالي حكمه حكم مع وفي كلام المتولي ما يقتضي انه
لا يقع في غير المدخول بها الا واحدة وان قال انت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة وذلك
قبل الدخول فوجهان احدهما يقع واحدة والثاني لا يقع شيء وفي المغني يقع واحدة وهو ظاهر قول
الشافعي رحمه الله وقال السر وحي هو احد قولي الشافعية ولا قول له فيه وقال ابو بكر من الحنابلة
يقع ثنتان كقول اصحابنا ويلغو قوله وبعدها وفي المدخول بها يقع الثلاث وفي الجواهر قال
انت طالق طلقة مع طلقة او معها طلقة او فوقها طلقة او تحت طلقة وقعت طلقتان م والاصل
ش اي في المسئلة المذكورة م انه ش اي ان الرجل م متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف
وهو قبل وبعد م ان قرنها بها الكناية كان ش اي الظرف م صفة للمذكور اخرا كقوله جاني زيد
قبله عمرو ش فيكون القبلية صفة لزيد وليس المراد بالصفة مصطلح النحاة بل المراد الصفة المعنوية
كيف كانت م وان لم يقرنها بها الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاني زيد قبل عمرو فيكون
القبلية صفة لزيد وهذا الذي ذكره هو احد الاصلين الذي يبتني عليهما الفصول الثلاثة وهي قبل
وبعد ومع والاصل الثاني هو قوله م وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في
وسعه ش لان الطلاق وضع لرفع الاستباحة وما مضى من الاستباحة لا يمكن رفعه فيقع في الحال
لانه يملكه فيصحح ما امكن صونا لكلامه عن الالغاء م فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل
واحدة صفة للاولى ش هذا تفريع الاصل الاول فكذلك ذكره بالفاء واراد بالاولى لفظة واحدة الاولى
م فتبين بها ش اي فتبين المراة بالواحدة الاولى م فلا تقع الثانية ش لعدم بقاء المحل لوقوعها
م والبعدية في قوله بعدها واحدة ش اي في قوله انت طالق واحدة بعدها واحدة م صفة للاخيرة
ش اي صفة للواحدة الاخيرة وهي الثانية م فحصلت الابانة بالاولى ش اي بالواحدة الاولى لما ذكرنا م
ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان م ش اي طلقتان م لان القبلية صفة للثانية
ش اي للواحدة الثانية م لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال ش لانه
في وسعه م غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان ش اي الايقاعان فتعتبر بالايقاع في الوقوع
م فيقعان ش جميعا م وكذا ش اي وكذا يقع ثنتان م اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان م
لان البعدية صفة للاولى ش اي للواحدة الاولى م فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى
قبل هذه فيقترنان ش اي في الوقوع م ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة ش اي او قال
انت طالق واحدة معها واحدة م تقع ثنتان ش اي طلقتان وهذا الفصل الثالث من الفصول
الثلاثة وهي قبل وبعد ومع ولما ذكر الفصلين الاولين وهما القبلية والبعدية ذكر الفصل الثالث
وهو فصل كلمة مع م لان كلمة مع للقران ش اي للمقارنة فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا لارادة قرانهما
معا م وعن ابي يوسف في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة ش
فيقتضي ان لا تقع الا السابق فلا يقع ثنتان وعلل ابن قدامة له ان الطلقة اذا وقعت لا يمكن ان
تقع معها غيرها والتعليل الصحيح هو الاول وبقول ابي يوسف قال الشافعي في وجه وهو اختيار المزني
م وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها ش اي في قوله قبل واحدة او قبلها واحدة وبعد واحدة او بعدها
واحدة او مع واحدة او معها واحدة م لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ش لانها في العدة وهي محل للايقاع
وقال الحلواني قيل هذا الجواب مشكل في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة فان قوله الثاني
قبل غيره لا يقتضي وجود المقابل فان قال وجوابه مذكور في اصول الجامع الكبير انتهى قلت
هذا الغلو فيه لتشويش وجوابه ان اللفظ اشعر بالوقوع وهو ظاهر فيه والعمل بالظاهر واجب كما لو قال
انت طالق انت طالق فان الطلاق الثاني يقع ايضا كالاولى وان احتمل الخبر والتاكيد لكونه غالبا في
الاستعمال فيهم م ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها
واحدة عند ابي حنيفة ش وبه قال الشافعي في وجه وقال ابو نصر من اصحابه وهو القياس م وقالا يقع
ثنتان وبه قال الشافعي في وجه وهو اختيار القاضي ابي الطيب وهو قول مالك واحمد وربيعة
والليث بن سعد وابن ابي ليلى لان حرف الجمع كلفظ الجمع عندهما م ولو قال لها انت طالق واحدة
وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين ش هذه من مسائل القدوري رحمه الله وفيها اخر
الشرط فوقعت طلقتان لان صدر الكلام يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما يغير موجبه
فوجد الشرط فوقع جميع ذلك بخلاف المسئلة الاولى التي فيها قدم الشرط حيث يقع واحدة لان المعلق
بالشرط كالمنجز عند وجوده فلما طلقت واحدة لغت الثانية لانها تصادفها وهي اجنبية واذا كانت
المراة مدخولا بها وقع الجميع بلا خلاف قدم الشرط او اخره لان الثانية تصادفها وهي في العدة م
ش اي لابي يوسف ومحمد م ان حرف الواو للجمع المطلق فيتعلقن جملة ش وفي بعض النسخ فيقعن جملة كلامهما
بضمير جماعة النساء على اسناد الفعل الى الطلقات وفي غيره تقع بالتاء اي يقع الطلقات جملة وكان ينبغي
ان يقول فيتعلقان او يقعان بالتثنية لان الواحدة ذكرت مرتين لا ثلاث مرات م كما اذا نص على الثلاث
ش كان ينبغي ان يقول هنا ايضا كما اذا نص على الثنتين على ما لا يخفى م او اخر الشرط ش اي او كما

[illegible]

احتاج الى النية م واما البائنة س يعنى لفظه انت واحدة م فلا تحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف

معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله ش اى قال مصدرا محذوفا م فالطلاق يعقب الرجعة
س اراد بهذا انه طلاق رجعى والطلاق الرجعى فيه الرجعة م ويحتمل غيره ش اى غير ما ذكر م وهو ان يكون
واحدة عنده س اى عند الزوج م او عند قومها ش اى قوم المراة م ولما احتملت هذه الالفاظ ش اراد بها
اعتدى واستبرى رحمك وانت واحدة م الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ش لاجل التمييز م ولا يقع
فيه الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى س في قوله اعتدى واستبرى رحمك م او مضمر س في
قوله انت واحدة كان يقدر انت طالق طلقة واحدة وعند الشافعي رحمه الله لا يقع شى بقوله انت واحدة وان
نوى لانه نعت المراة وليس فيه احتمال معنى الطلاق اصلا قلنا اذا نوى يقع لانه امكن حمل كلام العاقل على
الفائدة فيحمل عليه وعند زفر يقع بائن بقوله انت واحدة كما في ساير الكنايات وبعض المشايخ جعل الطلاق
في اعتدى بعد الدخول بالاقتضاء وقبله بطريق الاستعارة المحضة فان قلت الامر بالاعتداد انما يصح
بعد وقوع الطلاق فيكون قبله قلت قوله اعتدى قبل الدخول جعل مستعارا عن الطلاق لان الطلاق
سبب لوجوب العدة على ما هو الاصل اذا الطلاق قبل الدخول انما وقع لعارض اذ النكاح لم يوضع لهذا
والعوارض غير داخلة في القواعد فيكون الطلاق سببا لوجوب العدة فاستعير الحكم لسببه م ولو كان
مظهرا ش يعنى لو كان الطلاق وقال انت طالق م لا يقع بها س اى بلفظة انت طالق م الا واحدة ش اى
طلقة واحدة م فاذا كان ش اى الطلاق م مضمرا ش اى في قوله انت واحدة م اولى س ان لا يقع الا الواحدة
وذلك لان الاصل في الكلام الصريح لكونه ادل على المراد بخلاف المضمر لان فيه قصورا وهذا لا يثبت حكمه
الا بالنية م وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا س هذا سؤال بيانه ان يقال لما كان المصدر
مذكورا ينبغي ان يصح نية الثلاث فاجاب بقوله م لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث س
بيانه ان نية الثلاث لا يصح في قوله انت واحدة وان ذكر المصدر بان قال انت طلقة واحدة لان التنصيص
على الوحدة ينافي نية الثلاث للمنافاة بين الوحدة والعدد فلا يحتمل لفظ العدد لا حقيقة لانه ليس بموضوع
له ولا مجازا للمنافاة م ولا معتبر باعراب الوحدة عند عامة المشايخ س يعنى سوا قال انت واحدة بالنصب
او بالرفع او بالسكون م هو الصحيح ش احترز به عن قول بعض مشايخنا المذكور في شرح الجامع الصغير
انه اذا اعرب الواحدة بالرفع لم يقع شى وان نوى لانها صفة شخصها وان اعرب بالنصب يقع في غير
نية لانه نعت مصدر محذوف وان سكن ولم تحرك يحتاج الى النية وان نوى كان على الاختلاف يعنى عندنا
يقع واحدة رجعية وعند الشافعي رحمه الله لا يقع شى وقيل بعدم الوقوع في الرفع قول فهو الصحيح
ان الكل سوا فلا اعتبار للاعراب م لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب ش فلا احتاج الى التفصيل م
قال س اى القدوري م وبقية الكنايات س اراد بها ما سوى الالفاظ الثلاثة المذكورة م اذا نوى
بها س اى بلفظة منها م الطلاق كانت واحدة س اى طلقة واحدة م بائنة وان نوى ثلاثا ش اى ثلاث طلقات
م كان س اى الواقع كان ثلاث طلقات م وان نوى ثنتين س اى طلقتين م كانت واحدة س اى كانت
التطليقة واحدة وقال زفر ومالك والشافعي رحمهم الله يقع ما نوى وقال احمد هو عندي ثلاث للنبي الزم م
وهذا س اى المذكور من بقية الكنايات م مثل قوله ش اى قول الزوج م انت بائن س من البينونة
وهو القطع وهو نعت للمراة ويحتمل ان يكون البين عن النكاح وعن المعاصي وعن الخيرات ونحو ذلك م
وبتة س من البت وهو القطع ايضا وفيه الاحتمالات المذكورة م وبتلة س من بتلت الشى اذا ابنته
عن غيره وفيه الاحتمالات المذكورة م وحرام ش اصله المصدر كالحرمة ويراد به النعت ومعناه الممنوع
وفيه الاحتمالات المذكورة م وحبلك على غاربك س هو استعارة عن التخلية والغارب بالغين المعجمة
ما تقدم من الظهر وارتفع عن العنق فيحتمل الخلو عن الخيرات لكونك غير مطيعة ويحتمل الخلو عن
قيد النكاح لكونك سببه م والحقي باهلك س الحقي امر من لحق من حد علم بفتح الالف وكسر الحاء
خطا فانه يصير من الالحاق وهو فعل متعد والصحيح انه من اللحوق فيحتمل لاني طلقتك الحقي باهلك
ويحتمل سيرى بسيرة اهلك م وخلية ش من الخلو بضم الخاء من حد دخل فيحتمل الخلو عن الخيرات او عن
قيد النكاح م وبرية ش من البراءة من حد علم فيحتمل البراءة عن حسن الثناء او عن قيد النكاح م ووهبتك
لاهلك ش يحتمل انى عفوت عنك لاجل اهلك او وهبتك لهم لاني طلقتك م وسرحتك ش
التسريح بالطلاق او بغيره م وفارقتك ش يحتمل المفارقة بالطلاق او بغيره وقال الشافعي رحمه الله

بما مر بعد لاحتياجها الى الطلاق م وامرك بيدك ش اي عملك بيدك فيحتمل الامر باليد في الطلاق
فيكون تفويضا له اليها ويحتمل غيره في تصرف اخر م واختاري ش يحتمل اختيار نفسها بالفراق عن
النكاح او في امر اخر وفي تهذيب القلانسي لا تطلق حتى يطلق نفسها م وانت حرة ش يحتمل عن حقيقة
الرق او رق النكاح م وتقنعي ش هو امر باحد القناع على وجهها فيحتمل الا انك بنت مني بالطلاق وحرمت
علي فتطوك وعن الاجنبي لا ينظر اليك م وتخمري ش هو امر باحد الخمار فيحتمل ما يحتمله تقنعي م و
ش هو امر بالستر فيحتمل ما يحتمل تخمري م واعزبي ش بالعين المعجمة والرا المهملة اي تباعدي عني
لاني طلقتك او اعزبي لزيارة اهلك وروي اعزبي بالعين المهملة والزاي من العزوبة وهو البعد
واخرجي ش يحتمل اخرجي من عندي لاني طلقتك ويحتمل غيره م واذهبي ش هو مثل اخرجي م وقومي
ش اي قومي عني لاني طلقتك او قومي امر شيء اخر م والابتغي الازواج ش اي اطلبيهم فيحتمل لاني
طلقتك او ابتغي الازواج من النسا لان لفظ الزوج مشترك بين الرجل والنسا وهذه اثنان
وعشرون لفظا وفي شرح الاسبيجابي في جوامع الفقه هي كنايات ومدلولات وفي الينابيع هي ثلاث
كنايات ومدلولات وتفويضات اما الكنايات فقوله انت باين وبتة وخلية وبرية وحرام واما
الحق بها القاضي ابو يوسف في رواية الطحاوي وهو ادبعة ذكرها السرخسي في المبسوط وقاضي خان في
الجامع الصغير وهي لا سبيل لي عليك لا ملك لي عليك خليت سبيلك فارقتك ولا رواية في خرجت من
ملكي قالوا هو بمنزلة خليت سبيلك وفي الينابيع والحق ابو يوسف بالخمسة ستة اخرى وهي الاربعة
المتقدمة وزاد خالعتك والحقي باهلك وقال السروجي وينبغي ان يراد فيها انت بتلة ولا سلطان
لي عليك فيصير ثلاثة عشر واما المدلولات فقيل قومي واذهبي واخرجي وتقنعي وتخمري واستبرى
وانطلقي وانتقلي واعزبي وابتغي الازواج لا نكاح بيني وبينك وحبلك على غاربك ووهبتك
لاهلك وما انا بزوج لك وبنت مني ولو قال فسخت نكاحك او النكاح الذي بيني وبينك وابرئك
من نكاحك او خرجت مني او تخلصت او تركت لك طلاقك او خليت طلاقك او سبيل طلاقك يقع
بالنية وفي التكملة قال لها تجهزي ونوى به الطلاق كان طلقة باينة اذا لم ينو ثلاثا وفي المرغيناني
قال انا بري من نكاحك يقع واطلق في الكتاب وهو محمول على النية ولو قال ابتداء وهبت لك طلاقك
او تصدقت به يقع بالنية عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف هو تمليك وان نوى به تمليكا
كان تمليكا بالاتفاق وفي الذخيرة عن ابي يوسف اذا قال لها وهبتك لاهلك او لابويك او لابنك
او لامك او للازواج فهي طلاق بالنية وان قال وهبتك لاختك او لعمتك او لخالتك وما اشبه
ذلك فليس بطلاق وان نواه ولا يشترط القبول لوقوع الطلاق عندنا ولو قال اذهبي الف مرة ونوى
به الطلاق فثلاث ولو قال خذي طلاقك فقالت اخذت يقع وكذا اخرجي ان شئت ونوى فقالت
شئت يقع ولو قال تزوجي زوجا يحلك فهو اقرار بالثلاث واما التفويضات فقوله امرك بيدك واختاري
وطلاقك بيدك والطلاق اليك بخلاف الطلاق منك فانه كناية يقع بالنية وفي البدايع او انت طالق
ان شئت او طلقي نفسك ولو قال لم اتزوجك او لم تكوني لي امراة او ما انت بامراة او ما لي امراة ونوى
لا يقع وكذا لو قيل له الك امراة فقال لا لم يقع واجمعوا على انه لو قال لم ازوجك او لم يكن بيننا
يقع وان نوى ولو قال لا نكاح بيننا يقع اذا نوى قاله المرغيناني ولو قال لم يبق بيني وبينك شيء
ونوى لا يقع وفي الفتاوى لم يبق بيني وبينك عمل ونوى يقع ولو قال لها اعرتك طلاقك او انا
بري من طلاقك او تركت اليك من طلاقك او اعرضت او صفحت عن طلاقك لا يقع وان نوى وفي الحاوي
لو تركت اليك من طلاقك الاصح انه يقع بالنية وفي المرغيناني قال اعرتك طلاقك صار بيدها
وعن ابي يوسف يقع وعن محمد لا ولو قال اقرضتك طلاقك يقع ولو قال ردتك قال المتاخرون لا يقع
وقيل يقع ولو قال بعتك طلاقك فقالت اشتريت يقع رجعيا وبه قال مالك وقال احمد واسحق لا
يقع وعن بعضهم بالجنبة ولو قال اعتك طلاقك لا يقع ومهرك باين وكذا بعت نفسك ولو
ذبح امراته من غير لا يكون طلاقا قاله ابو حامد وغيره وقال ابو جعفر الهندواني يقع ان نواه ولو
اراد ان يطلقها فقالت هب لي طلاقي فقالت وهبت لا يقع ولو قال اربع طرق مفتوحة لك لا يقع وان
نوى ما لم يقل خذي او اذهبي من ايها شئت وفي المبسوط اذهبي وبيعي ثوبك ونوى الطلاق لا

يقع عند ابي يوسف وعند زفر يقع وبه قال الشافعي رحمه الله ولو قال لا اخرا حملها طلاقها او اخبرها انه
طلقت في الحال وفي المبسوط لو قال لها انت علي كالميتة او كلحم الخنزير او الخمر ونوى الطلاق يقع وبه
قال الشافعي رحمه الله وفي الكافي قال لامراته هذه اختي او بنتي او امي من الرضاع وثبت عليه فرق
بينهما ولو قال اخطات او غلطت او وهمت او نسيت لم يصدق قياسا لانه اقر بالتحريم ويصدق
استحسانا لان هذا ايجاب وتحريم فلا يقع الا بقرينة وهي الدوام بان يقول ما قلت حق ولو قال
طلقك الله او لعبده اعتقك الله وقعا بلا نية وبه قال الشافعي رحمه الله ولو قال طلاقك علي واجب او لازم
او ثابت او فرض او طلاقك علي فكلوا فيه قيل يقع واحدة رجعية وبه قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله
وفي قوله لازم او واجب تطلق عند الجميع وقيل لا يقع شيء وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل يقع
عند ابي حنيفة خلافا لهما الا في قوله لازم فانه يقع به وقال اكثر اصحاب الشافعي يقع بلا نية لانه بمنزلة
الصريح ومع النية يقع عند جميعهم وبه قال مالك واحمد وقيل على عكسه وقيل في قوله واجب يقع بلا
نية والصحيح انه يقع في الكل بخلاف ما لو قال لعبده عتقك علي لازم او واجب لا يعتق ولو قال لها قولي
انا طالق تطلق اذا قالت واذا لم تقل الا ولو قال نسا اهل الري طوالق وهي في اهل الري او قال
نسا اهل الدنيا او عبيد اهل الدنيا احرار يقعان بالنية وبه اخذ عصام بن يوسف وعليه الفتوى
وعن محمد يقعان بلا نية وبه اخذ الشافعي رحمه الله وقال انت طال ونوى يقع والا فلا ولو قال يا طال بكسر
اللام يقع بغير نية وهذا كله في حالة الرضا وفي حال الغضب او مذاكرة الطلاق يقع وان لم ينو كذا اللام
مكسورا م لانها ش اي لان هذه الالفاظ م يحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية ش لاجل التعيين م الا
ان يكون ش وفي بعض النسخ قال الا ان يكون ش في حال مذاكرة الطلاق ش وفي بعض النسخ الا ان يكونا جميعا
الاثنين اي الا ان يكون الزوجان وهو استثنا من قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق بها
كانت واحدة الا في حال مذاكرة الطلاق م فيقع بها الطلاق في القضا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى
الا ان ينويه ش اي الطلاق م قال ش اي المصنف م سوى ش اي القدوري م بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق
في القضا ش يعني سوى القدوري بين هذه الالفاظ في وقوع الطلاق بلا نية في حال مذاكرة الطلاق م وهذا
ش اي الذي قاله من التسوية م فيما لا يصلح ردا ش لسوال المراة ثم شرع يبين تفصيل ذلك بقوله
م والجملة في ذلك ش اي في بيان ذلك م ان الاحوال ثلاثة حال مطلقة وهي حالة الرضا ش وهي حالة
ابتدا الزوج بالطلاق وليست بحال مذاكرة الطلاق ولا حالة الغضب م وحالة مذاكرة الطلاق
ش وهي ان تسال المراة او غيرها طلاقها من زوجها م وحالة الغضب ش وهو الغضب من الجانبين م
والكنايات ثلاثة اقسام ش الاول م ما يصلح جوابا وردا ش لا غير اي جوابا لسوال المراة الطلاق
وردا لكلامها عند سوالها الطلاق م والثاني م ما يصلح جوابا لا ردا ش اي لا يصلح ردا م والثالث م ما
يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ش فاذا عرف هذا يعرف حكم هذه الاقسام م ففي حالة الرضا لا يكون
شيء منها ش اي من هذه الالفاظ م طلاقا الا بالنية ش للاحتمال وعدم دلالة الحال م والقول قوله
ش اي قول الزوج م في انكار النية لما قلنا ش اشارة الى قوله لانها غير موضوعة للطلاق بل يحتمله
وغيره م وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق ش اي الزوج م فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء
ش في القضا متعلق بقوله لم يصدق اي لا يصدق قضا في انه لم ينو الطلاق م مثل قوله خلية برية باين
بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري ش هذه ثمانية الفاظ امثلة لا يصلح جوابا ولا يصلح ردا في حال
مذاكرة الطلاق وقد ذكرنا معانيها عن قريب م لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سوال الطلاق ش
لان كلامه جواب لسوالها الطلاق والسوال يصلح معادا في الجواب والقاضي مامور باتباع الظاهر م
ويصدق فيما يصلح جوابا وردا ش مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تخمري وما جرى هذا المجرى م اراد به
ما يصلح جوابا وردا الا الالفاظ المذكورة في قوله اعزبي واستتري وقال شمس الايمة في المبسوط لو
قال اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقا موجبا للبينونة لانه لا يليق بها الذهاب الا بعد زوال
الملك م لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه ش اي على الادنى لان الادنى متيقن وذلك لان الرد
دافع والجواب واقع لان الطلاق دافع لقيد النكاح والدفع اسهل من الوقع فيكون الرد ادنى من
الجوابين م وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك ش اي فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وفيما يصلح جوابا

وردام لاحتمال الرد ش أي السبعة المذكورة مثل اخرجي الى اخره م والسب ش اي ولاحتمال السب
في الخمسة المذكورة في اوايل الثمانية وهي خلية الى اخره م الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد
والشتم ش الاستثنا من قوله يصدق في جميع ذلك م كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك
فانه لا يصدق فيها ش اي في هذه الثلاثة م لان الغضب يدل على اراده الطلاق ش الا ترى ان
من قال لغيره في حالة الرضا لا يكون قاذفا ولو قال في حالة الغضب يكون قاذفا م وعن ابي يوسف
لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وفارقتك يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى
السب ش لان معنى لا ملك لي عليك لانك ادون من ان املك ومعنى لا سبيل لي عليك لسوء
خلقك واجتماع انواع المنكرات ومعنى فارقتك اي في المسكن اتقا لشرك م ثم وقوع البابن بما
سوى الثلث الاول ش وهي المذكورة في اول الكنايات بقوله اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة
م مذهبنا ش وهو مذهب عامة الصحابة كذا في المختصر منهم علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم م وقال
الشافعي رحمه الله يقع بها ش اي بالكنايات م رجعي ش اي طلاق رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود
رضي الله عنهما وبه قال احمد في رواية وفي اخرى كقولنا وبه قال مالك م لان الواقع بها ش اي بالفاظ
الكنايات طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية ش اي ولكونها كناية عن الطلاق يشترط
النية في وقوع الطلاق م وينتقص به الطلاق ش ينتقص عدد الطلاق بوقوع واحدة منها م والطلا
معقب للرجعة كالصريح ش اي كما هو يعقب للرجعة في الطلاق الصريح م ولنا ان تصرف الابانة
صدر من اهله ش وهو الزوج لانه يملك تصرف البينونة ولهذا اذا اخذ العوض يقع البابن بالاجماع
فعلم ان الابانة مملوكة للزوج والا لم تجز الاعتياض عنه م مضافا الى محله ش اي محل التصرف
وهو المراة م عن ولاية شرعية ش لان الشارع جعل ولاية الطلاق اليه م ولا خفا في الاهلية ش اي
في اهلية الزوج م والمحلية ش اي محلية المراة للبينونة الغليظة بالاتفاق م والدلالة على الولاية ش
هذا جواب عما يقال لم قلتم ان له ولاية شرعية في تصرف الابانة فاجاب بقوله والدلالة
على الولاية م ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ش قال بعض الشراح
اي التدارك بايقاع الثلاث والاوجه ما قاله صاحب النهاية تدارك دفع المراة عن نفسه وذلك
لانه لو لم يقع البينونة عزيمة عسى يوقع المراة نفسها عليه وقبلته المراة فتثبت الرجعة والزوج
يريد فراقها م ولا يقع ش بالنصب عطفا على قوله كيلا ينسد م في عهدتها ش وفي بعض النسخ في عدتها
بالمراجعة من غير قصد ش بان نظر الى فرجها الداخل وهي متكئة من غير قصد فيقع في ورطتها بالرجعة
اذا كانت فاجرة او بها سلاطة وبما رايت سارحا حرر هذا الموضع كما ينبغي غير ان الاكمل تعرض لكلام
المصنف بغير جدوى حيث قال ما ملخصه ان ههنا وجهين واراد بهما قوله والدلالة على الولاية الى قوله
التدارك وقوله ولا يقع الى اخره وقد جعلهما واحدا لان الاول بعينه تفسير الوجه الثاني وان جعل
الثاني تفسيرا للاول فلا يستقيم لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه واذا
فسد التفسير فسد المفسر واطال الكلام فيه ويرد دعواه بالوجهين لان قوله ولا يقع الى اخره
من تتمة الكلام الذي قبله وايضاح له وقوله لا يستقيم غير مستقيم لان الطلاق الرجعي يعقب
الرجعة والرجعة اعم من ان يكون بالقول او بالفعل ووقوع نظره الى داخل فرجها بفعل منه فيقع
به الرجعة م وليست بكنايات على التحقيق ش هذا جواب عن قول الشافعي انها كنايات عن
الطلاق فاجاب بالمنع بانا لا نسلم ان الفاظ الكنايات كنايه على التحقيق اي على الحقيقة لانها
معلومة المعاني ولا استتار في حقايقها وانما سميت كنايات مجازا للاستتار فيما يتصل هذه
الالفاظ فلا استتار في انفسها فلما زال ذلك الاستتار بنية الطلاق عملت في حقايقها وهو معنى قوله م
لانها ش اي لان الكنايات م عوامل في حقايقها ش لانعدام معنى التردد بنية الطلاق فاللفظ عامل
في حقيقة موجبه حتى يحصل به الحرمة والبينونة م والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق
ش هذا جواب عن قوله ولهذا يشترط النية اي نية الطلاق تقريره اشتراط النية لو كان لاجل
الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة
لا للطلاق يعني النية تشترط للطلاق البابن لا للطلاق المجرد م وانتقاص العدد ش جواب عن قول

الشافعي رحمه الله وينتقص به العدد يعني ان انتقاص العدد من الطلاق م لثبوت الطلاق ش في ضمن
البينونة م بنا على زوال الوصلة ش اي وصلة النكاح ومنه يلزم وقوع الطلاق ولا منافاة بين نقص
العدد والطلاق البابن فكان النقص من حيث كونه طلاقا باينا م وانما يصح نية الثلاث فيها ش هذا جواب
عما يقال ان البابن لو كان عاملا بنفسه ينبغي ان لا يصح نية الثلاث كما في قوله انت طالق عندكم فاجاب
وانما يصح نية الثلاث اي ثلاث طلقات فيها اي في الكنايات م لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة
ش فالخفيفة هي الطلقة الواحدة البابنة والغليظة هي الطلقات الثلاث م وعند انعدام النية ش
اي نية الثلاث م يثبت الادنى ش وهي الواحدة البابنة لانها متيقنة م ولا تصح نية الثنتين
ش اي الطلقتين م عندنا خلافا لزفر ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد في الكنايات الخفية م لانه
عدد ش اي لان الثنتين عدد انما ذكر الضمير باعتبار المذكور او باعتبار لفظ الخبر وهذا دليلنا
لان الثنتين عدد في حق الحرة وقولنا انت باين لا يحتمل العدد لانه فرد الا اذا كانت المراة امة
لانه جنس طلاقها م وقد بيناه من قبل ش يعني في اوايل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول
نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا الى اخره م وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي ش اعني اذا
قال الرجل لامراته اعتدي ثلاث مرات م وقال نويت بالاولى ش اي باللفظة الاولى من قوله
اعتدي ثلاث مرات م طلاقا وبالباقي ش وهو اللسان الباقيتين م حيضا دين في القضا ش
يعني يصدق في قوله في الحكم وبه قال الشافعي ومالك واحمد م لانه نوى حقيقة كلامه ش
باللفظة الثانية والثالثة ونوى محتمل كلامه بالاولى لان لفظة اعتدي يحتمل معنيين احدهما
اعتدي لاني طلقتك والاخر اعتدي نعم الله عليك او اعتدي حسابا تاك تقدر بدلها
وفي اللفظ المحتمل لا يتعين الطلاق الا بالنية او بما يدل عليه من غضب او مذاكرة الطلاق وههنا
قد صرح بانه نوى الطلاق باللفظة الاولى وبالباقيتين الحيض فيصدق لما ذكرنا م ولانه ش
دليل اخر لتصديقه اي ولان الرجل م يامر امراته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق وكان الظاهر ش
اي ظاهر الحال م شاهدا له ش فيما يقوله م وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث ش اي ثلاث طلقات
م لانه لما نوى بالاولى ش اي باللفظة الاولى م الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين
الباقيتان للطلاق بهذه الدلالة ش اي بدلالة الحال لانها حال مذاكرة الطلاق م فلا يصدق
في نفي النية ش اي في قوله لم انو بالباقي شيئا م بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا
يقع شي لانه لا ظاهر ش اي لا سبب ظاهر م يكذبه ش لعدم النية وعدم دلالة الحال م وبخلاف
ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين
لم يكن حال مذاكرة الطلاق ش قال الامام السرخسي وقاضي خان المسئلة على اثني عشر وجها
احدها ان يقول لم انو الطلاق بشي فالقول قوله مع اليمين وبه قال الشافعي واحمد الثاني قال نويت بالاولى
ولم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث الثالث قال لم انو بالثالثة شيئا فهي ثلاث وفيه خلاف زفر والشافعي
ومالك فعندهم واحدة الرابع قال نويت بكلها الطلاق فهي ثلاث بالاجماع الخامس قال نويت بالاولى
الطلاق وبالباقيين الحيض فهو كما قال قضا وديانة بالاجماع والسادس قال نويت بالاولى والثانية الطلاق
وبالثالثة الحيض فهو كما قال قضا ايضا بالاجماع والسابع قال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض
ولم انو بالثانية شيئا فهما تطليقتان وبه قال احمد وعند الشافعي وزفر ومالك واحدة والثامن
قال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم انو بالثالثة شيئا فهما تطليقتان ايضا والتاسع
ان يقول لم انو بالاولى والثانية شيئا ونويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة بالاجماع والعاشر قال
لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا فهي طلقة واحدة الحادي عشر قال لم
انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا فهي ثنتان عندنا واحمد وعند زفر
والشافعي ومالك يقع واحدة والثاني عشر لو قال اعتدي ثلاثا وقال نويت بقولي اعتدي طلاقا
وبالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال بالاجماع وزاد السروجي الثالث عشر قال اعتدي اعتدي اعتدي
فنوى واحدة فهي كذلك ديانة ولا يصدق قضا وفي المبسوط قال لها اعتدي فاعتدي او اعتدي
واعتدي او قال اعتدي اعتدي ونوى الطلاق ثنتان في القضا وقال زفر تعمل نية الواحدة في القضاء

وعن ابي يوسف في قوله اعتدي فاعتدي كذلك بخلاف الواو لان الواو للفصل فيكون معناه فاعتدي بذلك الايقاع والواو للعطف فكان الثاني غير الاول وفي مصنف ابن ابي شيبة ان اعتدي طلقة عند ابن مسعود وعطاء ومكحول والنخعي والاوزاعي وقال ابو حنيفة واحدة رجعية اذا نوى الطلاق وبه قال الشعبي والثوري واحمد وقال الحسن والشعبي هو على ما نوى الا ان يقول لم انو شيئا فواحدة وان كانت اعتدي اعتدي اعتدي قال قتادة ثلاث وبه قال الحسن والشعبي وقال حماد والحكم هي واحدة ولو قال انت طالق فاعتدي يقع واحدة رجعية وان قال واعتدي فثنتان عندنا م ثم في كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين ش لنفي التهمة عنه وبه قال الشافعي رحمه الله وقال مالك واحمد في الكنايات الخفية كذلك الا في الظاهرة واشتراط اليمين لان قوله الزاما على الغير وفيه ضعيف فاحتيج الى المؤكد وهو اليمين م

باب تفويض الطلاق

ش اي هذا باب في تفويض الطلاق الى الغير ولما ذكر ايقاع الطلاق بنفسه اذ هو الاصل شرع في بيان الطلاق بنائبه م

فصل في الاختيار

ش اي هذا فصل في بيان الاختيار والاختيار من الخير على وزن التفعيل وهو اسم من قولك اختاره الله تعالى وقال الجوهري الخيار اسم من الاختيار وقال ايضا الاختيار الاصطفاء وقال تاج الشريعة الميل الى الخير والى ما هو الافضل والاولى والباب المذكور مشتمل على ثلاثة فصول فصل في الاختيار وفصل في الامر باليد وفصل في المشيئة وقدم فصل الاختيار على الفصلين الاخرين لانه مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين م واذا قال لامرأته اختاري ش حال كونه م ينوي بذلك ش اي بقوله اختاري م الطلاق او قال طلقي فلها ان تطلق نفسها ش في الصورتين جميعا م ما دامت في مجلسها ذلك ش ان الذي يقع فيه هذا القول من الرجل وقيد الشرط باجماع الصحابة على ما يأتي وقول الكافي ما دامت في مجلسها يدل على ان المجلس وان تطاول يوما او اكثر لا يبطل خيارها لان المجلس قد يطول وقد يقصر وفي المبسوط فان قيل اجماع الصحابة في ان الخيار يقتصر على المجلس خلاف النص لانه عليه السلام قال لعائشة رضي الله عنها حين نزلت ابة التخيير ولا تعجلي حتى تستأمري ابويك وابواه ليسا حاضرين في المجلس فهذا دليل على ان الخيار لا يبطل بالقيام عن المجلس كما قال الشافعي في القديم قلنا احسان الظن بالصحابة وفرض تلقينا الشرع منهم فلا يجوز مخالفتهم بلا دليل ثم هنا لا دليل لانه عليه السلام انما جعل لها الخيار مطلقا ومغيا الى غاية استئمارها الابوين فان قامت منه ش اي من مجلسها م او اخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ش فيه عن عبد الله بن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن ابن ابي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود قال اذا ملكها امرها فتفرقا قبل ان تقضي شيئا فلا امر لها وعن جابر بن عبد الله رواه عبد الرزاق ايضا اخبرنا ابن جريج عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله قال اذا خير الرجل امرأته فلم تختر في مجلسها ذلك فلا خيار لها وعن عمر وعثمان وعبد الله بن عمرو بن العاص رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهم قالا ايما رجل ملك امرأته امرها وخيرها ثم افترقا من ذلك المجلس فليس لها خيار وامرها الى زوجها انتهى وخالف الجماعة وشذ الحكم وابو ثور حيث لم يشترطا فيه المجلس واختاره ابن المنذر في الاشراف وفي المغني ولا يقتصر على مجلسها ذلك وان تطاول ما لم يفسخ او يطأها وهذا قول احمد ايضا ويروى عن علي رضي الله عنه وهو قول الحسن وقتادة وقال السروجي وهذا الخلاف في الامر باليد وفي المغني واكثر العلم على ان الاختيار على الفور روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والاوزاعي والنخعي ومالك والشافعي وهو قول اصحابنا وقال الزهري وقتادة وابو عبيد وابن المنذر على التراخي وهو رواية عن مالك م ولانه ش اي ولان قوله اختاري او طلقي نفسك م تمليك الفعل منها ش يعني لا توكيلها لان الوكيل عامل لغيره م والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس ش لانه خطاب فاذا اخذت في عمل اخر بطل التفويض وكذا لو حاضت في كلام اخر بطل التفويض ايضا قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره علم ان الخوض في عمل اخر بمنزلة الاعراض

وليس بتوكيل لان الوكيل من يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها بان تخلص نفسها عن ذل رق النكاح بخلاف ما لو قال لاجنبي طلق امرأتي فانه توكيل لانه عامل لغيره م كما في البيع ش اي كما يقتضي الخطاب جوابا في البيع لان الاصل فيه خيار القبول في المجلس م لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة ش لدفع الضرورة وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا خير الرجل امرأته فلها الخيار في ذلك المجلس وان تطاول يوما او اكثر م الا ان المجلس ش اي غير ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ش اي عن المجلس م ومرة بالاشتغال بعمل اخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ش اي غير مجلس الاكل ومجلس المناظرة والحاصل من هذا الكلام بيان ان انقطاع المجلس تارة يكون بسبب حسي وهو خروجها من ذلك المكان وتارة بسبب حكمي وهو اشتغالها بعمل اخر لان الرجلين اذا كانا يتناظران في مجلس يكون مجلسهما مجلس النظر ثم اذا اشتغلا بالاكل يكون مجلسهما مجلس الاكل ثم اذا اشتغلا بشيء اخر يكون مجلس ذلك الشيء م ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض ش لانها لو اختارت لما قامت ولهذا اذا اشتغلت بعمل اخر م بخلاف الصرف والسلم ش لان الافتراق من غير قبض م لا القيام الذي هو دليل الاعراض ولا الاجل ش ولا بد من النية م في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف اخر غيره ش لا شك ان الاختيار يحتمل وجوها اخر سوى اختيار النفس بان يراد اختاري الكسوة او النفقة او الدار للسكنى فلا بد من نية الطلاق لزوال الاحتمال م فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة ش قال الكاكي وهو قول علي بن ابي طالب رضي الله عنه وقال الشافعي واحمد رجعية وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما كما في سائر الكنايات وعند زيد ثلاث وكانه حمل على اتم ما يكون من الاختيار وبه قال مالك وعمر وابن مسعود حملاه على ادنى ما يكون منه وهو طلاق رجعي ووجه قول علي رضي الله عنه ان اختيارها لنفسها انما يتحقق بزوال ملك الزوج حتى تصير مالكة امر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة ولهذا قلنا لو نوى الثلاث بهذا اللفظ لا يقع الا واحدة بائنة وقال الترمذي اختلف اهل العلم في الخيار فروي عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ان اختارت نفسها طلقة بائنة وكذا عن علي انه واحدة بائنة لكن ان اختارت زوجها فواحدة رجعية ومثله عن زيد بن ثابت رضي الله عنه الا انه قال ان اختارت نفسها فثلاث وعنه واحدة بائنة وقال الترمذي وذهب اكثر اهل العلم الى قول عمر وابن مسعود ومن بعدهم من اهل العلم والفقه وهو قول الثوري والكوفيين وبه قال احمد واسحق وابو عبيد وابو ثور فان طلقت نفسها ثلاثا فليس للزوج ان ينكر ذلك عند مالك واكثر اصحابه وقال ابن الجهم وسحنون له ذلك وقال طاوس ان اختارها نفسها ليس بطلاق لان الطلاق لا يكون الى النساء وقال ابو عمرو بن رشد قال ابو حنيفة في التخيير لا يقع به الطلاق واخطا في الفعل عنه **فان قلت** لو قال لها امرك بيدك او طلقي نفسك او انت بائن يصح نية الثلاث وهنا لا يصح مع ان فيهما لفظ الامر مع ان الاختيار متنوع ايضا وهو الادنى والاعلى كما قال زيد بن ثابت قلت اجاب بعضهم بان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس وانما ثبت ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم والاجماع انعقد بالطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل قلت فيه نظر ونوع تامل واشار شيخ الاسلام بان الامر اسم عام حتى يتناول كل شيء قال تعالى والامر يومئذ لله اراد به الاشياء كلها فيصلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كانه قال طلاقك بيدك والطلاق يحتمل العموم والخصوص فاما الاختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص والصفوة وثبوت البينونة فيه مقتضى الصفوة فلم يصح نية العموم م لو اختارت المرأة زوجها لا يقع به شيء عندنا وبه قال الشافعي وهو قول عمر بن الخطاب وابن مسعود وابي الدرداء وغيرهم غير علي فقالت عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وعن علي رضي الله عنه في رواية يقع رجعية وبه قال الحسن البصري وربيعة م والقياس ان لا يقع بهذا ش اي مقتضى القياس ان لا يقع بقوله اختاري شيء كما ذهب اليه طاوس م وان نوى الزوج الطلاق ش واصلا بما قبله م لانه ش اي لان الزوج م لا يملك الايقاع بهذا اللفظ ش اي بقوله اختاري م فلا يملك التفويض الى غيره ش لان من لم يملك الشيء كيف يتصرف فيه م الا انا استحسناه ش اي قلنا بالاستحسان م لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ش على وقوع الطلاق به غير انهم اختلفوا ان الواقع بائن او رجعي وقدم الان بيانه مفصلا م ولانه

لان المفسد هناك ش لانها لو اختارت لما قامت وكذا اذا اشتغلت بعمل اخر بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك ش اي في باب الصرف والسلم صح

ش اى ولان الزوج م يستبد بان يستديم نكاحها او يفارقها ش اى للزوج التصرف فى امراته ان شا
بفعلها بحسب ما يريد وان شا يفارقها ولا حجر عليه فى ذلك فاذا كان كذلك م فيملك اقامتها مقام نفسه
فى حق هذا الحكم ش اراد به حكم استدامة النكاح وحكم مفارقتها ثم الواقع بها ش اى بلفظ اختارى م
باين ش اى طلقة باينة م لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ش اى بثبوت اختصاص المراة
بنفسها م وذلك ش اى ثبوت الاختصاص م فى البائن ش اى فى وقوع الطلقة الواحدة البائنة م ولا
يكون ش اى الواقع بلفظ اختارى م ثلاثا ش اى ثلاث طلقات م وان نوى الزوج ذلك ش اى الثلاث
لان الاختيار لا يتنوع ش ذكره لانه الادنى والاعلى جميعا ان زيد بن ثابت وقد مر عن قريب م بخلاف
الابانة لانها تتنوع ش الى غليظة وخفيفة م قال ش اى القدورى م ولا بد من ذكر النفس فى كلامه
او كلامها حتى لو قال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل ش يعنى لا يقع شيء م لانه ش اى لان وقوع
الطلاق بلفظ الاختيار عرف باجماع الصحابة على ذلك بخلاف القياس م وهو ش اى وقوع الطلاق
بلفظ الاختيار باجماع الصحابة م فى المفسرة من احد الجانبين ش من الزوج والمراة لا فى اللفظ المبهم
من الجانبين جميعا م ولان المبهم وهو قولها اخترت م لا يصلح تفسيرا للمبهم ش وهو قوله اختارى لان
كل واحد منهما مبهم ليس فيه ذكر النفس م ولا تعيين مع الابهام ش اى لا يتعين الطلاق مع وجود الابهام
فى الجانبين والكلام الذى يقوم مقام النفس كالطلقة والاختيارة كذكر النفس وفى المحيط
ولا بد من ذكر النفس او التطليقة او الاختيارة فى احد الكلامين لان الاختيار يحتمل المعانى فلا بد له
من تفسير وهو ذكر النفس او ما يدل عليها وعند مالك والشافعى واحمد ذكر النفس ليس بشرط اما
عند مالك فاى كلام صدر منه مع النية يقع به الطلاق وان لم يشعر به واما عند الشافعى واحمد فلا بد
ان يكون فى كلامه او جوابها ما يصرف الكلام اليه عند عدم ذكر النفس ولو قال اختارى فقالت
فعلت لا يقع شيء ولو قال اختارى نفسك فقالت فعلت يقع ومثله فى البدايع وزاد تكرار الاختيار
فى كلام الزوج ولذا لو قال اختارى فقالت اخترت ابى او امى او اهلى او الازواج يقع استحسانا وفى
جوامع الفقه بخلاف اخترت اخى او عمى وان قالت اخترت نفسى وزوجى فالعبرة للسابق وان قالت
او زوجى بطل ولو قال لها اختارى فقالت طلقت نفسى يقع باينة وفى البدايع قال لها اختارى فقالت اخترت
الطلاق يقع واحدة رجعية م ولو قال لها اختارى نفسك فقالت قد اخترت يقع واحدة باينة
لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له ش اى لكلام الزوج م فيتضمن اعادته ش اى يتضمن كلام
المراة اعادة كلام الزوج لان الجواب يتضمن اعادة ما فى السوال م وكذا ش اى وكذا يقع واحدة
باينة م لو قال ش لامراته م اختارى اختيارة فقالت قد اخترت لان الها ش اى الهاء التى فى اختيارة
تنبئ عن الاتحاد والانفراد ش اى الوحدة م فى الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد اما الاتحاد فانما
يكون فى اختيارها م واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ش بان قال لها اختارى نفسك بتطليقة
م ويتعدد اخرى بان قال لها اختارى نفسك بما شئت او ثلاث واما الانفراد ش فلكونها للمرة
م فصار مفسرا ش من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح
وهو غير متعدد وادعى الاترارى ان فى كلام المصنف تناقضا لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الاختيار
لا يتنوع وهنا يشعر كلامه بانه متنوع واجاب بعضهم قال لا تناقض لان الاختيار هنا غير
الاختيار ثمة لان الاختيار هنا اختيارها نفسها وثمة يجوز ان يكون اختيارها زوجها وحط
الاترارى على هذا المجيب لانه لا لب له لان الاختيار فى الموضعين هو اختيارها نفسها فالتناقض باق
ولئن سلمنا ما قاله هذا المجيب ان يقول مراده من الاختيار الذى لا يتنوع مطلق الاختيار واما المقيد
فى احد الجانبين فيتعدد م ولو قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان
كلامها مفسر وما نواه الزوج ش اى الذى نواه الزوج وهو الطلاق من محتملات كلامه ش اى
كلام الزوج لان كلامه وهو قوله اختارى يحتمل الطلاق بان يكون مراده النفس م ولو قال اختارى
فقالت انا اختار نفسى فهى طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا ش اى قول المراة اختار نفسى م مجرد
وعد ش اى كان مرادها بهذا الكلام الاستقبال م او يحتمله ش اى او يحتمل الوعد لان الصيغة
مشتركة بين الحال والاستقبال ولا يقع الطلاق بالوعد ولا بالاحتمال م فصار ش هذا م كما اذا قال

لها طلقى

٨٦

لها طلقى نفسك فقالت انا اطلق نفسى ش فلا يقع الطلاق قياسا واستحسانا وبه قال الشافعى رحمه الله
الا اذا قال اردت انشا الطلاق فحينئذ يقع م وجه الاستحسان حديث عايشة رضى الله عنها وانها
قالت بل اختار الله ورسوله واعتبره النبى صلى الله عليه وسلم جوابا منها ش هذا الحديث اخرجه
البخارى ومسلم عن ابن شهاب عن ابى سلمة عن عايشة قالت لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير
ازواجه بدا بى فقال انى ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلى حتى تستامرى ابويك وقد علم ان ابوى
لم يكونا يامرانى بفراقه قالت ان الله تعالى قال يا ايها النبى قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا الى
قوله اجرا عظيما فقلت ففى هذا استامر ابوى فانى اريد الله ورسوله والدار الاخرة ثم فعل ازواج
النبى صلى الله عليه وسلم مثل الذى فعلت وفى لفظ لمسلم بل اختار الله ورسوله وروى الايمة الستة
فى كتبهم عن مسروق عن عايشة قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم نعدده علينا
شيا وفى لفظ لهما فلم يعد ذلك طلاقا م ولان هذه الصيغة حقيقة فى الحال وتجوز فى الاستقبال
ش قال الاترارى فيه نظر لان اهل اللغة قالوا ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وكلامهم
فيما يتعلق بالوضع حجة والمشترك يدل على المعنيين جميعا بسبيل الحقيقة لكن يترجح احد المعنيين
بالدليل وقد دل ذلك على ارادة الحال فيما نحن فيه انتهى قلت اطلاق النظر فيه غير مسلم لان فيه
خلافا فمنهم من قال مثل قول المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك وهو قول مرجوح
لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالمجاز اولى لان الاشتراك يخل بالفهم ومعنى قول المصنف
رحمه الله حقيقة فى الحال معنى بحسب استعمال الشرع والعرف يقال فلان يختار كذا وانا اختار كذا
ونقول انا املك العبيد وغيرها والمراد الحال واشار الى بقوله م كما فى كلمة الشهادة واداء الشهادة ش
اى كما دل على الحال لفظ اشهد فى كلمة الشهادة وفى اداء الشهادة فان لفظ اشهد فيهما يدل على الحال
شرعا فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا
وعدا بالايمان ولذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا ينصرف الى المجاز م بخلاف قولها ش اى قول المراة م
اطلق نفسى ش فى الجواب عن قول الزوج اختارى م لانه تعذر حمله على الحال ش لان الطلاق
ليس من عمل القلب بل انما هو ايقاع بنفس هذه الصيغة لانه اخبار عن معنى ثابت
وهو معنى قوله م لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ش اى ثابتة لان الطلاق يتعلق بالصيغة لا
كما ذكرنا ولهذا لو اراد الطلاق فى قلبه لا تطلق م ولا كذلك انا اختار نفسى ش اى ليس مثل
قولها اطلق نفسى قولها انا اختار نفسى م لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ش
لان الاختيار من عمل القلب فيكون الاقرار باللسان حكاية عن امر قائم م ولو قال لها اختارى اختارى اختارى
فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا فى قول ابى حنيفة رضى الله عنه
ولا يحتاج الى نية الزوج ش ولا الى ذكر النفس م وقالا ش اى ابو يوسف ومحمد وبه قال
الشافعى م تطلق واحدة ش اى طلقة واحدة م وانما لا يحتاج الى نية الزوج التكرار عليه ش اى
على الطلاق م اذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر ش دون اختيار الزوج م لهما ش اى
لابى يوسف ومحمد م ان ذكر الاولى وما يجرى مجراه ش اراد به الوسطى والاخيرة والضمير فى مجراه
راجع الى ذكر الاولى م ان كان لا يفيد من حيث الترتيب لعيد من حيث الافراد فيعتبر بما يفيد ش اى
فى الافراد فيبقى الافراد فكانها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى
اخترت ما صار الى بالكلمة الاولى والذى صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكانها صرحت بذلك وفى
ذلك يقع واحدة فكذا ههنا وهذا لان الاولى تانيث الاول وهو اسم لفرد سابق والوسطى تانيث
الاوسط وهو اسم لفرد تقدم عليه مثل ما تاخر عنه والاخيرة اسم لفرد لاحق فكان لقولها معنيان
الفردية والسبق فلو بطل السبق الذى يقتضى الترتيب بالاتفاق بقى الفرد فصار كقوله اخترت
التطليقة الاولى وقعت واحدة فان قلت ينبغى ان لا يقع شيء لانه لا يقع شيء بلفظ اخترت
بدون ذكر النفس او ما يقوم مقامها قلت هذا اذا لم يكن فى لفظ الزوج ما يدل على تخصيص
الطلاق وهنا ما يدل عليه وهو تكرار لفظ الاختيار م وله ش اى ولابى حنيفة م ان هذا ش اشارة
الى ذكر الاولى والوسطى والاخيرة م لغو ش اى وصف لغو م لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع

ای اختاری

الى المكان ش فان القوم اذا اجتمعوا فى مكان لا يقال هذا اول وهذا اخر وانما الترتيب فى فعل الاعيان
يقال هذا اجا اولا وهذا اجا اخرا والكلام للترتيب ش وهو الاولى واخواتها م والافراد من ضرور
ش اى من ضرورات الكلام م فان النعت ش اى الكلام فى نحو الاصل ش وهو الترتيب م لغو فى حق البناء
وهو الاول والاول لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق واذا لغى فى حقهما بقى قولها اخترت وهو يصلح
جوابا الكل فيقع الثلاث قيل فيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى اذ الاولى
او الاخيرة وكل منهما مفرد فلا يكون كلاما والثانى ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب
بالكونه بعينهم من صفته والجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف
المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر
الكل وارادة الجزء وعن الثانى بان كلا منهما له صفة وما دل على ذات باعتبار معنى فيكون الاولى دالا
على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود م ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث من قولهم جميعا
ش يعنى لو قالت المراة اخترت اختيارة فى جواب قول الرجل اختارى اختارى اختارى فهى ثلاث
طلقات فى قول ابى حنيفة وصاحبيه م لانها ش اى لان لفظة م اختيارة ش للمرة فصار كما اذا
صرحت بها ش اى بالمرة بان قالت اخترت نفسى مرة او مرة فى جواب قوله اختارى ثلاث مرات
فكذا اذا ذكرت اللفظ الذى يدل على المرة م ولان الاختيارة للتاكيد ش لكونها مصدرا م وبدون
التاكيد يقع الثلاث فمع التاكيد اولى ش بان يقع الثلاث م ولو قالت قد طلقت نفسى بتطليقة فهى
واحدة ش اى طلقة واحدة م يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق ش اى البينونة م بعد
انقضاء العدة ش لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع م
رجعيا فان قيل اذا لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة
اشار الى الجواب بقوله م فكانها اختارت نفسها بعد العدة ش فكان مطابقا من حيث ان الاختيار
وجد منها قيل قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المراة انما تتصرف حكما للتفويض
والمفوض تطليقة بائنة لكونه من الكنايات فيملك الابانة لا غيرها الاصح من الروايات فهى واحدة
لا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر فى الكتاب
قلت فعلى هذا ينبغى ان يكون المذكور فى الجامع الصغير لصدر الاسلام سهوا ايضا من الكاتب ويمكن
ان يحمل على تعدد الرواية فيتفق الكلام وان قال لها امرك بيدك فى تطليقة او اختارى تطليقة فاختارت
نفسها فهى واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهى معقبة للرجعة ش قيل لو
كان كذلك لكان قوله هذا بمنزلة قوله طلقى نفسك وقد تقرر ان قولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقى
نفسك واجيب بانه اخر كلامه لما صار تفسيرا للاول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر باليد
والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له كذا فى جامع قاضى خان م

فصل فى الامر باليد

ش اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضى الله عنهم م واذا قال لها
امرك بيدك ش هذه من مسائل الجامع الصغير م ينوى ثلاثا ش اى حال كونه ينوى ثلاث طلقات نصبه
ثلاث لانه اذا لم ينو ثلاثا يقع واحدة بائنة عندنا ورجعية عند الشافعى واحمد وعند ابن ابى ليلى
ومالك يقع ثلاث ولا يصدق قضاء اذا نوى واحدة وكذا الخلاف لو نوى الطلاق فقط ولو نوى ثنتين
يقع واحدة عندنا خلافا للشافعى ومالك واحمد م فقالت قد اخترت ش فى بعض النسخ اخترت بدون
لفظة قد م نفسى بواحدة ش اى بطلقة واحدة م فهى ثلاث ش اى بلا خلاف بين الائمة الاربعة م لان
الاختيار ش اى قولها اخترت نفسى م يصلح جوابا للامر باليد ش اى كقوله امرك بيدك م لكونه ش اى
لكون قوله امرك بيدك تمليكا ش لانه مالك لامرها فيملكها ما هو مملوك له فيصح منه قياسا واستحسانا
م كالتخيير ش اى كما فى قوله لها اختارى تمليك لها م والواحدة ش اى الواحدة التى فى قولها اخترت
نفسى بواحدة وهو مبتدأ وقوله م صفة الاختيارة ش خبره اى صفة الاختيارة المقدرة لان الواحدة
صفة فلا بد لها من موصوف وهو لفظ الاختيارة والتقدير اخترت نفسى باختيارة واحدة م فصار
كانها قالت اخترت نفسى مرة واحدة وبذلك ش اى بقوله مرة واحدة م يقع الثلاث ش لانها
انما تخير بحارة بمرة واحدة اذا اوقع الثلاث وتحرير الكلام فيه م ولو قالت قد طلقت نفسى واحدة

او اخترت ش اى او قالت اخترت م نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة ش فى هذه مسالتان جوابهما واحد ثم علل لما
ذكر من المسائل بقوله م لان الواحد نعت لمصدر محذوف وهو ش اى المصدر المحذوف م فى الاولى ش
اى فى الصورة الاولى او فى المسئلة الاولى وهو قولها اخترت نفسى بواحدة اى باختيارة واحدة م وفى الثانية
التطليقة ش اى المصدر المحذوف فى الصورة الثانية او فى المسئلة الثانية التطليقة وهو قولها قد طلقت
نفسى بواحدة اى بتطليقة واحدة م الا انها ش اى الا ان التطليقة الواحدة بائنة لان التفويض فى البائن
ش اى لان التفويض كان فى البائن فقوله فى البائن حران م ضرورة ملكها امرها ش اى لضرورة انه ملكها
امرها فان تمليكه اياها مهرها يقتضى البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية م وكلامها ش اى وكلام
المراة م خرج جوابا له ش اى للتفويض او لكلام الزوج م فتصير الصفة المذكورة فى التفويض ش يعنى
البينونة فى التفويض م مذكورة فى الايقاع ش اى فى ايقاع المراة لكون كلامها مطابقا لكلامه م وانما يصح
نية الثلاث ش اشار به الى الفرق بين الامر باليد والاختيار حيث يصح فى الاول نية الثلاث ولا يصح فى الثانى
فقال انما يصح نية الثلاث م فى قوله امرك بيدك لانه ش اى لان امرك بيدك م يحتمل العموم والخصوص ش
فالعموم فى الثلاث والخصوص فى الواحدة لان الامر اسم عام يصلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن
قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم م بخلاف قوله اختارى
لانه لا يحتمل العموم ش لان الاختيار هو الخاص وانه لا يتنوع وقد مر فيما مضى اشار اليه بقوله م وقد حققناه
من قبل ش اراد به ما ذكره فى فصل الاختيار بقوله ان الاختيار لا يتنوع م ولو قال لها امرك بيدك اليوم
وبعد غد لم يدخل فيه الليل ش حتى لو اختارت فى الليل لا يقع شىء م وان ردت الامر فى يومها بطل امر ذلك
اليوم وكان الامر فى يدها بعد الغد لانه صرح بذكر وقتين ش يعنى اليوم وبعد غد م بينهما وقت من جنسهما
ش يعنى الغد م لم يتناوله الامر ش فانها لو اختارت نفسها فى الغد لا تطلق م اذ ذكر اليوم عبارة الفرد لانما
هذا ليل قوله لم يدخل فيه الليل وفيه تلبيس وان كان ظاهرا م فكانا امرين ش اى فكان الوقتان اللذان بينهما
وقت فاصل م امرين فيرد احدهما لا يرتد الاخر ش يعنى اذا ردت الامر فى اليوم لا يكون ذلك ردا فيما بعد م وقال
زفر هما ش يعنى الامر الذى بيدها اليوم والامر الذى بعد غد م واحد ش لانها اذا ردت الامر فى اليوم لا يبقى
الامر بعدها فى الغد ايضا وذلك م بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد ش يكون طالقا واحدة لا ثنتين لكون
احدهما معطوفا على الاخر من غير تكرار لفظ الامر م قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت ش فكان انت طالق اليوم طالقا
غدا وبعد غد وغيرهم م والامر باليد يحتمله ش اى يحتمل التاقيت م فيتوقت الامر بالاول ش اى يكون الامر
موقتا بالوقت الاول وهو اليوم حتى يخرج ذلك من يدها بمجىء الليل م ويجعل الثانى ش اى الوقت الثانى وهو قوله
وبعد غد م امرا مبتدأ ش اى امرا اخر مبتدأ وقال الشيخ ابو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ذكر ابراهيم
ابن رستم انه لو قال انت طالق اليوم وغدا طلقت واحدة ولو قال انت طالق اليوم وبعد غد طلقت طلاقين
فعلى هذه الرواية لا يصح قياس زفر مسئلة الامر باليد على مسئلة الطلاق م ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا
يدخل الليل ش لان الليل المتوسط يدخل تحت الامر م وان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فى الغد
لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين ش وهما اليوم والغد م وقت من جنسهما لم يتناوله
الكلام وقد يهجم الليل ش اى يدخل من قولك هجمت على القوم اذا دخلت عليهم هذا البيان ان الليل المتخلل
بين اليوم والغد لا يكون قاطعا للمجلس وكون الغد قريبا من اليوم حيث لم يدخل بينهما زمان قاطع فلم يجعلهما
كالوقتين فكان الغد ملحقا باليوم لان الاصل فى العطف وقوع الشركة فيما نسب به المعطوف عليه من غير ان
يفرد المعطوف بخبر اخر م ومجلس المشورة لا ينقطع ش الواو للحال والمشورة بفتح الميم وضم الشين المعجمة
المشورى وجاء فيها فتح الميم وسكون الشين م فصار كما اذا قال امرك بيدك فى يومين ش حيث يدخل الليل
فيهما م وعن ابى حنيفة ش رواه ابو يوسف عنه فى الامالى كذا قال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط م انها اذا
ردت الامر فى اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع ش بيانه ان الزوج لو
قال لها طلقتك يقع الطلاق ولا تملك المراة رد الايقاع فلذلك لا تملك رد الامر باليد م وجه الظاهر انها اذا
اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار فى الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر ش لانها خيرت بين شيئين
اختيارها نفسها واختيارها زوجها فاذا اختارت نفسها اليوم خرج الخيار من يدها فى الغد وذلك م لان
المخير بين شيئين لا يملك الا اختيار احدهما ش لانه لا يملكهما جميعا بل يملك احدهما م وعن ابى يوسف انه اذا قال

امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما ذكر لكل وقت خبرا ش حتى اذا ردت الامر كان لها ان تختار نفسها
غدا لانه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر الواحد وقال شمس الائمة هذه هي الرواية
الصحيحة وجعل قاضي خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلاف احدم بخلاف ما تقدم ش اراد به قوله
امرك بيدك اليوم وغدا يعني ان التكرار في الاخبار لم يوجد فلم يتعدد الامر م ولو قال امرك بيدك
يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل ش اي اظلم يقال جن عليه الليل جنونا ويقال
جنه الليل واجنه الليل بمعنى وجنان الليل ادلهامه وقال ابن السكيت ويروى جنون الليل اي شدة ما
ستر من ظلمته م فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به ش اي بالامر باليد م على بياض
النهار ش فتحديد لا يبقى لها الخيار وبعد الغروب لا نقضاء مدة الامر وقال الرافعي اذا قال انت طالق يوم
يقدم فلان فقدم ليلا لا تطلق ومنهم من حكم بوقوعه وحمل اليوم على مطلق الزمان لقولنا واذا لم تعلم بقدومه
حتى جن الليل فقد خرج وقت خيارها فلا يبقى بعده م وقد حققناه من قبل ش اي في اخر فصل اضافة
الطلاق الى الزمان م فيتوقت به ش اي فيتوقت الامر باليد ببياض النهار م ثم يمضي بانقضائه وقوله ش
اي ثم يمضي يوقت الامر باليد بانقضاء بياض النهار م واذا جعل امرها بيدها ش يعني اذا قال امرك بيدك
م او خيرها ش اي او قال لها اختاري نفسك م فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ش يعني فلها الخيار في
المجلس م ما لم تأخذ في عمل اخر ش لان الاخذ في عمل اخر دليل الاعراض م لان هذا ش اي جعل الامر باليد
م تمليك التطليق منها ش اي من المراة وليست بنائبة م لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي ش اي المراة م
بهذه الصفة ش يعني متصرفة برأي نفسها م والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل ش يعني في فصل
الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع م ان كانت تسمع م فيعتبر مجلسها ذلك
وان كانت ش غائبة م لا تسمع فمجلس علمها ش اي فيعتبر حينئذ مجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا ش اي
الامر باليد م تمليك فيه معنى التعليق ش لانه تعليق الطلاق باختيارها نفسها م فيتوقف على ما وراء المجلس
ولا يعتبر مجلسه ش اي مجلس الزوج حتى اذا قام بعد ان جعل اليها الامر لا يبطل خيارها م لانه ش اي
لان التعليق م لازم في حقه ش ولهذا ليس له ان يرجع ويفسخ الخيار م بخلاف البيع ش حيث يعتبر مجلس
البايع والمشتري حتى ان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الاخر بطل البيع م لانه ش اي لان البيع م تمليك
محض لا يشوبه التعليق ش ولهذا اذا رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الاخر فله ذلك م واذا اعتبر مجلسها
فالمجلس يتبدل بالتحول ش الى مجلس اخر م ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه في الخيار ش اي مجلس الاكل
غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما م ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام
يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت لم تقم ش اي حال كونها لم تقم من مجلسها م ولم تأخذ في عمل اخر لان
المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى ش اي المجلس م الى ان يوجد ما يقطعه او ما يدل على الاعراض ش
وقطع المجلس بقيامها عنه والاعراض بأخذها في عمل اخر سواء كان دينا او دنياويا وكان القياس ان يكون لها
الخيار ابدا لاطلاق الامر ولكنه ترك واخذ بالاستحسان لاجماع الصحابة بتوقيتهم بالمجلس م وقوله
ش اي قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير م مكثت يوما ليس للتقدير به ش اي ليس للتقدير الخيار باليوم
بل المراد منه المكث الدائم سواء كان قليلا او كثيرا ما لم يوجد ما يدل على الاعراض وفي المغني للحنابلة الامر
باليد لا يقتصر على المجلس لقول علي رضي الله عنه هو لها حتى ينكر وقال ابن قدامة لا نعرف له مخالفا في ذلك
فيكون اجماعا ولانه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله في يد اجنبي قلت دعواه الاجماع غير صحيح
لان قول جماعة من الصحابة والتابعين ان لها الخيار ما دامت في المجلس فمن الصحابة عمر بن الخطاب وعثمان
بن عفان وعبد الله بن مسعود وجابر وغيرهم ومن التابعين ابرهيم ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وطاوس
والشعبي واخرون ذكر ذلك كله ابن ابي شيبة في مصنفه وقال اصحابنا هو اجماع الصحابة وعدم علمه
مخالفا لعلي رضي الله عنه لا يستلزم عدم علم غيره بانه اجماع الصحابة على خلاف ذلك مع عدم شهرة ما نسب
الى علي وقوله انه توكيل غير صحيح لانه تمليك عندنا لانه وقوله كما لو جعله في يد اجنبي باطل لانه
يقتصر على المجلس في الاجنبي ايضا الا اذا كان توكيلا عنده م وقوله ش اي قول محمد رحمه الله م من لم تأخذ
في عمل اخر يريد به عملا يعرف انه قطع لما كان فيه ش اي قطع الشيء الذي كان المجلس وانعقد له الشيء
واللام في لما زايدة كما في قوله تعالى ردف لكم اي ردفكم م لا مطلق العمل ش اي يراد به مطلق العمل حتى لو لبست

قبلها من غير قيام او اكلت او نامت او شربت قليلا او لبست ذلك مما هو في عمل الفرقة وكانت على خيارها وهذا
كما يكون في قوله امرك بيدك يكون في قوله اختاري وفي قوله طلقي نفسك م ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها
لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي ش اي للتمكن فيه م وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة ش اي
او كانت متكئة م فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية
فتربعت ش يقال احتبى الرجل اذا جمع ظهره وساقيه بعمامة او غيرها م قال ش اي المصنف رحمه الله م هذا ش
اي هذا الذي قلنا من كونها على خيارها فيما اذا كانت قاعدة فاتكأت م رواية الجامع الصغير ش لان الاتكاء نوع
جلسة فكانت كما لو كانت متربعة فاحتبت او كانت محتبية فتربعت م وذكر في غيره ش اي في غير الجامع الصغير
وهي رواية الاصل م انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا ش
وذكر المرغيناني لو كانت قاعدة فاتكأت قال الحلواني لا يبطل خيارها في ظاهر الرواية وفي الذخيرة عن
ابي يوسف يبطل م والاول اصح ش اي رواية الجامع الصغير اصح من رواية غيره م ولو كانت قاعدة
فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ش في رواية الحسن بن زياد عنه انه قال لا يبطل خيارها
وفي رواية الحسن ابن ابي مالك يبطل وبه قال زفر وفي المحيط فيبطل في ظاهر الرواية م ولو قالت ادع ابي
المرأة لحاديها او لاحد ادع ابي ش اي اطلب منه الرأي م استشيره ش اي اطلب منه الرأي في امري م او شهودا
ش اي او قالت ادع لي شهودا م اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد
للتحرز عن الجحود والانكار فلا يكون دليل الاعراض ش اي ولا يكون هذه الاشياء دالة على الاعراض لانها
من اسباب الاختيار وفي الذخيرة والمرغيناني ان لم يجد احدا يدعوها بالشهود فقامت بنفسها
ولم تنتقل لتدعو بالشهود قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل لتبدل
المجلس م وان كانت تسير على دابة او في محمل توقفت فهي على خيارها وان سارت يبطل خيارها لان
لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها ش لانها تجري حسب سوق الراكب وتسييرها دليل الاعراض
قادتها الجمال وهما فيه لا يبطل الا ويبطل بالنزول عن الدابة بخلاف القعود عن القيام وكذا لو كانت
نائمة فركبت او راكبة فاستعملت الى دابة اخرى بطل ولو اجرت بالشفعة يعني ان تحول اخريتها
م والسفينة بمنزلة البيت ش يعني اذا سارت لا يبطل خيارها م لان سيرها غير مضاف الى راكبها
الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر ش لان السفينة لا تجريها راكبها بل هي تجري بهم
قال تعالى وهي تجري بهم في موج فلم يدل سيرها على اعراض المراة ولو كل اسبط الخيار في العنب يبطل
الخيار في السفينة سواء كان في عمل الدنيا او عمل الدين

فصل في المشيئة

ش اي هذا فصل في المشيئة قال الجوهري المشيئة الارادة وقال ابن الزبير المشيئة مهموزة الارادة وقد
يشبت الشيء اشاء وتقال المشيئة مصدر كالسير والحق قلت يعني مصدر سمي وفيه الشيء ايضا مصدر
مصدر في الاصل ولكنه استعمل استعمال الاسم وهو اسم للموجود عند اهل السنة والفرق بين المشيئة والا
ان المشيئة عامة والارادة ليست كذلك حتى لو قال الزوج شئت طلاقك ونوى يقع بخلاف قوله اردت
طلاقك لا يقع ولو نواه لانه لا ينبئ عن الوجود م ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له ش اي
والحال انه لم ينو الطلاق م او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها
ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك ش اي والحال ان الزوج اراد الثلاث م وقعن عليها ش اي وقعت الثلاث
على المراة سواء طلقت نفسها ثلاثا جملة او متفرقا ولو نوى ثنتين لا يصح وفيه خلاف الشافعي ومالك
واحمد وعنه الظاهرية لا يجوز ايقاعها او توكيل غيره بالطلاق ولا اضافة الطلاق الى الزمان المستقبل
وقال الاكمل رحمه الله الفصل بالمشيئة وكان الاستدلال فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة اولى وقال الاترازي
الفصل في المشيئة وليس في المسألة التي ابتدأ بها ذكر المشيئة ثم اجاب بقوله المشيئة وان كانت غير
مذكورة لفظا مذكورة معنى لان قوله طلقي نفسك تفويض الطلاق اليها بمشيتها واختيارها ولهذا
يقتصر على المجلسين قلت فيه بعد جدا والفقهاء لا يتراعون مثل هذه الاشياء لان مقصودهم
بيان المسائل بالدلائل مع قطع النظر عن الترتيب الوضعي م وهذا ش اي وقوع الواحدة في المسألة
الاولى والثلاث في الثانية م لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق م وهو ش اي التطليق اسم جنس
لانه مصدر يحتمل ادنى الجنس كله م فيقع الادنى ش وهو الواحدة م مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس

ولهذا ش اي لاجل ان التطليق اسم جنس م يعمل فيه ش اي في قوله طلقي م نية الثلاث ش لانه يحتمله
ويقع ما نواه م وينصرف الى الواحدة ش اي الطلقة الواحدة م عند عدمها ش اي عند عدم النية م
وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ش وصريح الطلاق يعقب الرجعة م ولو نوى
الثنتين لا يصح ش وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يصح م لانه نية العدد ش اي لان ما نواه نية العدد
والثنتان عدد لان العدد ما له ... م الا اذا كانت الزوجة امة ش اي الا اذا كانت امرأته
امة م لانه ش اي لان الثنتين وانما ذكر الضمير باعتبار المذكور وهو العدد لان لفظ الثنتين م جنس
حقها ش كله في حق الامة لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان م وان قال لها طلقي نفسك فقالت
ابنت نفسي طلقت ش اي رجعية لان المفوض رجعي وقد اتت بزيادة وصف وهو البينونة فيلغو ذلك
ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق ش فصلحت جوابا لقول الرجل طلقي نفسك
بخلاف ما اذا قالت اخترت نفسي لان الاختيار ليس من الفاظ الطلاق م الا ترى ش اشار به الى ايضاح
الفرق بين المسئلتين م انه ش اي ان الزوج لو قال ش اي لامرأته م ابنتك ينوي الطلاق او قالت
ابنت نفسي فقال الزوج اجزت ذلك بانت ش اي بانت المرأة بتطليقة باينة م فكانت موافقة للتفويض
في الاصل ش اي كانت المرأة موافقة لتفويض الرجل بقولها ابنت نفسي في اصل الطلاق دون وصف
البينونة فيثبت الاصل لموافقتها ويلغو الوصف لمخالفتها وهي معنى قوله م الا انها زادت فيه
ش اي في المفوض ... في الجواب م وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزايد ش ويلغو البينونة
م ويثبت الاصل ش وهو وقوع الطلاق الرجعي م كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة باينة ش يعني
كما اذا قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة باينة فانها زادت وصفا فيلغو الوصف
ويثبت الاصل م وينبغي ان يقع تطليقة رجعية ش يعني في قولها ابنت نفسي في جواب قول الرجل
طلقي نفسك ... لفظ ... من جواهر الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل يقول لامرأته طلقي نفسك فتقول ابنت نفسي قال هي طالق م بخلاف الاختيار ش
متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق م لانه ش اي لان لفظ م ... الاختيار ليس من الفاظ
الطلاق ش ثم اوضح ذلك بقوله م الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم
يقع ولو قالت ابتداء ش اي من اول الامر م اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء ش لانه
ليس من الفاظ الطلاق م الا انه عرف طلاقا ش استثناء من قوله بخلاف الاختيار لانه ليس من
الفاظ الطلاق والاستثناء منقطع بمعنى لكن م ... الاجماع ش اي باجماع الصحابة لما مر بيانه م اذا وقع
جوابا للتخيير ش بان يقول اختاري فتقول اخترت نفسي م وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو
ش ولا يصلح قولها اخترت جوابا م وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض
اليها اذ الابانة تغاير الطلاق ش لانها تحصل بغير الطلاق فيكون مغايرا له فما اتت بما فوض اليها وكذا
في ساير الفاظ الكنايات وبه قال ابن خيران من اصحاب الشافعي رحمه الله م وان قال طلقي نفسك فليس له
ان يرجع عنه ش حتى لو طلقت نفسها بعد ان نهاها يقع الطلاق وبه قال مالك وابن خيران من اصحاب
الشافعي وعند الشافعي واحمد له الرجوع لان فيه معنى التوكيل والتمليك وباعتبار التوكيل صح الرجوع
كما في ساير الوكالات وباعتبار التمليك يصح الرجوع قبل القبول كما في ساير التمليكات م لان فيه ش
اي في قوله طلقي نفسك م معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها ش فيكون يمينا لان الطلاق مما
يحلف به وفي تعليق معنى اليمين لما فيه من المنع والحمل م واليمين تصرف لازم ش لا يقبل الرجوع باجماع
الايمة لان اليمين تعقد للزجر والحمل على وجه الغالب فلو ملك الرجوع لما افادت فايدتها م ولو قامت
عن مجلسها ش اي ... طلقي نفسك م لانه تمليك ش لانها تتصرف لنفسها لا لغيرها فيقتصر على
المجلس م بخلاف ما اذا قال لرجل طلق امرأتي ... لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ش لان
فيه يعود منه على الموكل ولو في ذلك ضرر عليه ... ذلك الضرر عن نفسه بالرجوع م وان قال لها طلقي
نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده ش اي وبعد المجلس ولا خلاف للايمة الاربعة فيه
لان كلمة متى عامة في الاوقات فلا يملك الرجوع خلافا للشافعي واحمد م فصار كما اذا قال في اي وقت شئت
ش اي فصار هذا كما اذا قال لها طلقي نفسك في اي وقت من الاوقات شئت فنعم وقال الا ترى ... هذا

من مسائل الفقه وهي لفظه بعينه الا انها وقعت مكررة في الهداية لان صاحب الهداية ذكرها بعد هذا
قريبا من ورقة عند قوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت وذكر ثمه وضع الجامع الصغير وذكر هنا وضع
القدوري فكان ينبغي ان يذكرهما في موضع اما هنا واما ثمه فان قال القايل التمليك في هذه الصورة موجود
او لا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك
واجيب بان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك قد يتاخر لمانع كما في شرط الاختيار وهو طريقة
تخصيص العلة وهو موضعه الاصول م واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع
لانه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ش اما جواز التطليق للوكيل فلانه اقامه مقام نفسه
واما جواز ذلك بدون قيد المجلس فلان الوكيل اجنبي قد يعجز عن ان يعين الموكل في المجلس وقد لا يقدر
فلم يقتصر على المجلس واما جواز رجوعه عن ذلك فظاهر من كلام المصنف ش فليس له الرجوع عن قوله م
ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا ش اي
هذا الحكم م والاول ش اي القول الاول وهو قوله لاجنبي طلق امرأتي بدون ذكر مشيئته م سواء
ش في الحكم وبه قال اصحاب الشافعي م لان التصريح بالمشيئة كعدمه ش لانها لغو م لانه ش اي لان الرجل
الذي قال له طلق امرأتي ان شئت م يتصرف عن مشيئته ش لا محالة م فصار ش اي حكم هذا م كالوكيل بالبيع
يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء م اذا قيل له ش يعني اذا قال له م بعه ان شئت ش يعني لا يملكه لانه علقه بالمشيئة لان المالك
هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق ش فاذا ذكر المشيئة فيما يحتمل التعليق على وجه الشرط يصح
ذكر المشيئة ويصير لازما م بخلاف البيع ش اي بخلاف التوكيل بالبيع لانه ذكر المشيئة على وجه الشرط فلا
يمشي م لانه ش اي لان البيع م لا يحتمله ش اي لا يحتمل الشرط يعني ليس من مقتضيات البيع فلا يصح
ذكر المشيئة وبدون ذكر المشيئة لا يصير لازما وبقولنا قال مالك والثوري والليث فان قيل الوكيل يتصرف
عن مشيئة واختيار قلنا نشا ذلك الاختيار من عدم نفاذ الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فان الصيغة
ملزمة اذا صدرت من ذي ولاية فمتى قال لاجنبي ان شئت فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحا واثبتت
خاصية المالكية فكان هذا الكلام تمليكا لا التزاما م ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة
ش بالاتفاق وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك لا يقع شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها م لانها ملكت ايقاع الثلاث
ش اي بثلاث طلقات بمقتضى كلامه م فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ش لان من يملك الكل يملك الاجزاء م ولو قال
طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة ش وبه قال زفر ومالك م وقالا ش اي ابو
يوسف ومحمد م يقع واحدة ش وبه قال الشافعي واحمد م لانها ش اي لان المرأة م اتت بما ملكته وزيادة
ش بالجر عطفا على قوله بما وهذا لان الواحدة موجودة في الثلاث فصار كما اذا قالت طلقت نفسي واحدة
وواحدة وكما اذا قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها او قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه
وصاحبه وكذا لو قال لاجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد اخر فالذي فوض اليها يقع وما زاد عليه يلغو
فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ش فان الثلاث الذي يفوض اليه شرعا يقع والباقي يلغو لانه لا يملكه شرعا م ولابي
حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدية ش اي في كلامها لا مجيبة لكلام الزوج م وهذا ش اشارة
اليه توضيح ذلك بقوله م لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب
مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما ش اي بين الواحدة والثلاث م مغايرة على سبيل التضاد
ش لان الواحدة ليست بمركبة والثلاث مركبة من الاحاد والثلاث عدد والواحد ليست بعدد بخلاف
قولها واحدة وواحدة وواحدة لانها بالكلام الاول تكون ممتثلة لما فوض اليها وفي الكلام الثاني والثالث
مبتدية ولهذا لو وقفت على نفسها وضرتها فان قيل فكذلك بقولها طلقت نفسي ممتثلة لو اقتصرت
عليه وتكون مبتدية بقولها ثلاثا فيلغو الزيادة قلنا الطلاق متى قرن بالعدد كان الوقوع بالعدد والا لم
يقع الثلاث على غير الموطوءة بقوله انت طالق ثلاثا والحال انه يقع ثلاثا بالاجماع وكذا لو ماتت قبل قولها
ثلاثا لا يقع الثلاث فان قيل قد ذكر في المبسوط في فصل اول من الامر باليد ان الزوج اذا قال لها امرك
بيدك ونوى الواحدة وهي طلقت نفسها ثلاثا يقع واحدة عندنا خلافا لابن ابي ليلى فعلى ما ذكره ابو حنيفة
هنا ينبغي ان لا يقع شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها لان الثلاث غير الواحدة قلنا ان التفويض لم يتعرض
بشيء فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى فقد نوى تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما

او فوقت بلا اشكال وتحت ضما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة **فان قيل**
مذهبنا ان الواحدة لا عين العشرة ولا غيرها فينبغي ان يقع من حيث انها لا غير الثلاث قلنا المغايرة بين اسما
الاعداد اصلها ونفسها فوق المغايرة بين الفاظ العموم والخصوص حتى جرى المجاز بين العام والخاص ولا يجرى بين
اسما الاعداد لانها بمنزلة الاعلام فيقال ستة ضعف ثلاثة ويجرون للعلمية والتانيث ولا يجوز اطلاق لفظ
الثلاثة على غيرها لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز فعلم ان المغايرة بينهما ثابتة من كل وجه واما قولنا لا
غيرها فباعتبار عدم تصور الاكثر منها بدون الاقل منه وبهذا الاعتبار لا يقدح ثبوت المغايرة بينهما بحسب
العرف والاستعمال مع ان الواحد في العشرة الموجودة واما الثلاث فههنا معدوم والواحد الموجود غير الثلاث
المعدوم لا محالة م بخلاف الزوج لانه يتصرف بالملك ش اى بحكم الملك م وكذا هي ش اى المراة م في المسئلة الاولى
ش اى وكذا تصرفت المراة بحكم الملك في المسئلة الاولى فيما اذا طلقت نفسها واحدة وقد قال لها طلقي نفسك
ثلاثا م لانها ملكت الثلاث ش فكانت مالكة للواحدة لان الثلاث يدل على الواحدة تضمنا بخلاف
ما اذا امرها بالواحدة وقد اتت بالثلاث لان الواحدة لا دلالة لها على الثلاث لا حقيقة ولا مجازا
لعدم التضمن والالتزام فكانت المراة مخالفة فلم يقع شيء م اما ههنا ش اى في قوله طلقي نفسك
واحدة فطلقت نفسها ثلاثا م لم تملك الثلاث وما اتت بما فوض اليها فلغى ش لعدم الموافقة بين قوله
وجوابها م وان امرها بطلاق يملك الرجعة ش اى وان امر الزوج امراته بان تطلق نفسها طلاقا حال
كونه يملك الرجعة فيه م فطلقت بائنة ش اى فطلقت نفسها طلقة بائنة م او امرها بالبائن
ش اى وامرها بان تطلق نفسها بائنا م وطلقت رجعية ش اى طلقة رجعية م وقع ما امر به الزوج
فمعنى الاول ش هو قوله بطلاق يملك الرجعة م ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة
فتقول ش بالنصب عطفا على ان يقول م طلقت نفسي واحدة بائنة ش قال الاترازي بائنة بالنصب على
الحال من الضمير الذي في يقع او من المجرور واعني قوله بالصفة اى يقع الطلقة بالصفة التي عينها الزوج بائنا
قلت هذا كله تعسف ولو قال بانه منصوب على انها صفة لواحدة لسلم من هذا التعسف م تقع
رجعية لانها اتت بالاصل ش اى باصل الطلاق م وزيادة وصف ش اى واتت ايضا بزيادة وصف وهو قوله
بائنة م كما ذكرنا ش عند قوله لانها اتت بما ملكته وزيادة م فيلغو الوصف ش وهو البينونة م ويبقى
الاصل ش اى اصل الطلاق م ومعنى الثاني ش وفي بعض النسخ ومعنى البائنة اى المسئلة الثانية
م ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول ش بالنصب ايضا عطفا على ان يقول م طلقت
نفسي واحدة رجعية فيقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض
اليها فحاجتها تجدد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع
بالصفة التي عينها الزوج بائنا ش لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف وانها اتت بذات
ما فوض اليها وخالفت في الوصف فيثبت الاصل دون الوصف م وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان
شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء ش وبه قال الشافعي ومالك م لان معناه ان شئت الثلاث وهي
بايقاع الواحدة اثبات الثلاث فلم يوجد الشرط م لان قوله ان شئت شرط فلا بد له من الجزاء ولم
يذكر بعده فكان جزاؤه ما ذكر قبل الشرط والمذكور قبل الشرط ثلاث فصار كما اذا قال ان شئت
الثلاث وبايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث بل شاءت الواحدة فلم يوجد الشرط فلم يقع شيء م ولو قال
لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند ابي حنيفة ش اى لم يقع شيء وبه قال
اصحاب الشافعي م لان مشية الثلاث ليست بمشية للواحدة كايقاعها ش اى كايقاع الواحدة
فيما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة لما بينا م وقالا يقع واحدة
لان مشية الثلاث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ش اى ايقاع الثلاث م ايقاع للواحدة فوجد الشرط
ش وترتب عليه الجزاء وهو وقوع الواحدة م واذا قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت
فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر ش يعني لا يقع الطلاق م لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة ش
يعني غير المعلقة بشيء م وهي اتت بالمعلقة ش يعني المراة اتت بالمشية المعلقة بمشية الزوج م
فلم يوجد الشرط وهي ش اى المراة اشتغلت بما لا يعنيها ش بمخالفتها زوجها م فخرج الامر من يدها
ش لوجود دليل الاعراض م ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المراة

٩
ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور م لان النية تعمل في الملفوظ لا في غيره
والطلاق ليس بمذكور في قوله شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدا اذ المشية تنبئ عن الوجود
ش لانها ماخوذة عن الشيء والشيء اسم للموجود فكان قوله شئت بمعنى اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه
م بخلاف قوله اردت طلاقك لانه ش اى لان لفظ اردت م لا ينبئ عن الوجود ش لان معنى الارادة عبارة
عن الطلب قال عليه السلام الحمى رائد الموت اى طالبه وقال الاكمل فان قيل مذهب علمائنا في اصول الدين
ان الارادة والمشية واحدة فما هذه التفرقة فالجواب يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد
والتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما طلبه يوجد كما يوجد ما شاء بخلاف العباد انتهى **قلت**
هذا الذي ذكره من الفوائد الظهيرية وقال الكاكي فان قيل ان الله تعالى طلب الايمان من فرعون وابي
جهل وامثالهما بالامر ولم يوجد منهم وطلب التقوى من جميع المؤمنين فلم يوجد من اكثرهم قلنا الطلب من
الله تعالى نوعين طلب من المكلف على وجه الاختيار وهو المسمى بالامر ولا يلزم منه الوجود ليتعلقه بالاختيار
باختيار المكلف وطلب لا تعلق له باختيار العبد وهو المسمى بالمشية والارادة والوجود من لوازمها
اذ لو لم يكن يلزم العجز وهو منزه عنه بخلاف العباد قال شيخي العلامة هذا ما اشير اليه في عامة الكتب
في بيان هذه المسئلة ولكنه مشكل لان ما ذكروه يشير الى ان الايجاد هو المعنى الاصلي للمشية وليس كذلك
فان المشية مفسرة في اكثر كتب اللغة بالارادة لا بالايجاد ومستعملة في القران والحديث وفي تراكيب
كلام الناس بمعنى الارادة دون الايجاد قال الله تعالى يغفر لمن يشاء ودون ذلك لمن يشاء وقد خاطب من يشاء في رحمته
وقال عليه السلام ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد واطال الكلام وملخصه ان القائل
بقوله شئت طلاقك لما نوى الايقاع جعل الشيء الذي هو بمعنى الموجود مصدرا واخذ منه الفعل لان المشية
مصدر شاء بمعنى اراد فبهذا الطريق يحتمل ان يكون الشيء بمعنى الايجاد وشئت بمعنى اوجدت فعلم ان الاشياء
يحتمل هذا اللفظ لا موجبه فيحتاج الى النية بخلاف الارادة فانها لا تحتمل معنى الايجاد فلا يقع به
الطلاق وان نوى لان النية لم تصادف محلا كما في قوله هويت طلاقك او احببت طلاقك وفي المبسوط
لو قال لها شائي الطلاق ينوي به الطلاق فقالت شئت فهي طالق وان لم يكن له نية لا تطلق ولو قال
لها اريدي الطلاق او اهوي الطلاق فقالت قد فعلت كان باطلا وان نوى لان الارادة من العبد نوع تمن
فلو قال تمنيت لا يقع وهذا لان المشية في صفات المخلوقين الزم من الارادة والهوى لغة الا يرى ان
المشية لا تكون مضافا الى غير العقلاء وقد يذكر الارادة قال تعالى فوجدا فيها جدارا يريد ان ينقض
وليس للجدار من الارادة شيء وفيه تامل وقال الاترازي هذا الذي قالوه من الفرق بين الارادة
والمشية ضعيف لان اهل اللغة كالجوهري وصاحب الديوان وغيرهما لم يفرقوا بينهما ولهذا قال
الجوهري في الصحاح في كتاب الالف المهموزة المشية هي الارادة وقال في باب الدال الارادة هي المشية
وكذا قال في الديوان وقد صرح اصحابنا في كتب الكلام ان لا فرق عند اهل السنة بين الارادة والمشية
وقول شمس الائمة ان المشية لا تذكر مضافة الى غير العقلاء فيه نظر لان ابن السكيت انشد في الاصطلاح
بامر حان بحماد عفر ادا الى قريته لماشا من الشعير والحنطة والما وشرحه ابو محمد يوسف بن الحسن
ابن عبيد الله السيرافي في الزبرج وهو مشهور عند اهل اللغة واسناد الارادة الى الجدار مجاز وكلامنا
في الحقيقة ولا نسلم ان المشية لا تستعمل في مثل ذلك مجازا وقد فسروا الارادة بتخصيص احد المقدورين
بالوجود فيكون هي ايضا منبئة عن الوجود ثم يقع الطلاق بقوله شئت طلاقك بالاتفاق فينبغي ان يقع
بقوله اردت طلاقك ايضا لانهما مترادفان سوا في المعنى يؤيده ما ذكر في خلاصة الفتاوى بقوله وقال
في المنتقى وفي القياس كذلك سوا انتهى **قلت** والحاصل انا نتبع كلام شمس الائمة الذي في الاصل
وقد ذكرناه م وكذا اذا قالت شئت ان شئت او شئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد ش اى وكذا لا يقع الطلاق
ايضا في هاتين الصورتين قوله الامر لم يجئ بعد نحو قولها شئت ان دخلت الدار ونحوه م لما ذكرنا ان الماتي
به مشية معلقة ش والزوج فوض اليها بمشية مرسلة فبطل الامر من يدها م فلا يقع الطلاق ويبطل الامر
ش لانها خالفت زوجها فيما فوض اليها م وان قالت شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت ش يعني اذا علقت
مشيتها بامر ماض بان قالت ان كان ابي في الدار وهو في الدار يقع الطلاق م لان التعليق بشرط كائن تنجيز ش
يعني تحقيق في الحال لا تعليق كقوله انت طالق ان كانت السماء فوقنا **فان قيل** يرد على هذا ما اذا حلف

سجاد

الرجل قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعل يحنث لا يحكم بكفره فلو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا لكان كافرا اجيب بانه لا يرد لانه روي عن محمد بن مقاتل الرازي انه يكفر فاطرد الاصل ولئن سلمنا انه لا يكفر على ما روي عن ابن شجاع وعن ابي يوسف ايضا فنقول انما لم يكفر لان الكفر انما يكون بتبدل الاعتقاد وهو بهذا الكلام لم يقصد تبدل الاعتقاد بل قصد ان يصدق في مقالته او نقول هذا وامثاله كناية عن اليمين عرفا فيحمل عليها تحاشيا عن تكفير المسلم م ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ش فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد ذلك م ولا يقتصر على المجلس ش بالاجماع حتى اذا قامت من المجلس او اخذت في عمل اخر او كلام اخر فلها ان تطلق نفسها واحدة ثم شرع في بيان كيفية الامر في هذه الصور المذكورة بقوله م اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها ش اي كلمة متى ومتى ما عامة فتعم الاوقات كلها وليست لتعميم الفعل فلم يكن ردها ردا لان الزوج فوض اليها الطلاق في اي وقت شاءت م كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ش لعموم الوقت م ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت ش فاي وقت شاءت تطلق نفسها فيه م فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد ش بالنصب م بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها ش اي لان كلمة متى م تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ش لعمومه في الازمان م ولا تملك تطليقا بعد تطليق ش حاصله لا تملك الا تطليقة واحدة متى شاءت لانا قلنا ان متى لتعميم الوقت لا لتعميم الفعل م واما كلمة اذا واذا ما فهما ومتى سواء عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م وعند ابي حنيفة ان كانت تستعمل للشرط لا تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج الامر بالشك ش يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك فان قلت وجب ان يحمل على الشرط هنا تصحيحا للرد قلت انما يحمل على الشرط اذا صدر الرد ممن صدر عنه التعليق لان ارادة الشرط تختص لمن كان التعليق منه لا ممن صدر الرد منه فلهذا لا يحمل على الشرط تصحيحا للرد فان قلت في قوله اذا شئت او متى شئت ينبغي ان لا يبقى لها المشية بعد القيام عن المجلس او اذا انقطع المجلس بقوله لا اشاء لان المفوض اليها مشية واحدة حتى لا يبقى لها المشية مرة اخرى بعد قوله شئت مرة كما في قوله ان شئت فانت طالق فقالت لا اشاء قيل في جوابه ان لها مشية واحدة في حق الحنث لان الحنث يتعلق بايجاد مشية واحدة اما البر فيتعلق بنفي المشيات لا بنفي مشية واحدة لان البر يتعلق بنفي مشية نكرة لان قوله ان شئت يقتضي مشية فالبر بنفي هذه المشية والنكرة في النفي تعم وفي الاثبات تخص وان كانت النكرة تعم في النفي فانما يتم البر بنفي المشيات ولم يوجد فبقي اليمين م وقد مر من قبل ش يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في قوله انت طالق اذا لم اطلقك م ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا ش هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لامرأته انت طالق كلما شئت قال لها ان تطلق نفسها وان قامت من مجلسها او اخذت في عمل اخر او كلام اخر واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا م لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال ش والدليل عليه قوله تعالى كلما نضجت جلودهم فلما كان كذلك كان لها مشية بعد مشية الى ان تستوفي الثلاث م الا ان التعليق ش اي غير ان التعليق وهو قوله انت طالق كلما شئت م ينصرف الى الملك القائم ش يعني في عصمته م حتى لو عادت اليه بعد زوج اخر وطلقت نفسها لم يقع لانه ملك مستحدث ش يعني متجدد بعد الملك القائم بالزوج الاول م وليس ش اي هذه المرأة التي قال لها زوجها انت طالق كلما شئت م ان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة م لانها ش اي لان كلمة كلما م توجب عموم الانفراد ش اي فردا فردا الاحاد م لا عموم الاجتماع ش اي لا توجب عموم الاجتماع بان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة بان تقول طلقت نفسي ثلاثا اذا كان معنى كلمة كلما كذلك م فلا تملك ش اي المرأة م الايقاع ش اي ايقاع الطلاق م جملة وجمعا ش قيل معناهما واحد وقيل اراد بالجملة ان تقول طلقت نفسي ثلاثا واراد بالجمع ان تقول طلقت وطلقت وطلقت والاول اصح م ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء ش لانه علق وقوع الطلاق في الحقيقة بالشرط لان حيث واين من الظروف الكائنة ولا تعلق للطلاق بالمكان لان الواقع في مكان واقع في جميع الامكنة فيصير ذكر المكان لغوا فيبقى الطلاق معلقا بشرط مشيتها فلا يقع حتى تشاء فكانه قال انت طالق ان شئت م وان قامت من مجلسها فلا مشية لها ش ثم ان

قوله انت

قوله انت طالق ان شئت م لان كلمة حيث واين من اسماء المكان ش كلمة حيث للمكان اتفاقا وقال الاخفش وقد ترد للزمان وتلزم الاضافة الى الجملة اسمية كانت او فعلية وندرت اضافتها الى المفرد واذا اتصلت بها الكاف تضمنت معنى الشرط وكلمة اين سؤال عن المكان اذا قلت اين زيد فانما تسأل عن مكانه م والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ش اي يلغو ذكر حيث واين م ويبقى ذكر مطلق المشية ش فكانه قال انت طالق ان شئت م فيقتصر على المجلس كما في قوله انت طالق ان شئت فان قلت اذا الغي ذكر المكان ينبغي في قوله انت طالق حيث شئت ان يقع الطلاق كما لو قال انت طالق في دخولك الدار فانه يقع الطلاق الساعة مع ان فيهما معنى الشرط قلت قالوا ان حيث واين يفيدان ضربا من التاخير وحروف الشرط ايضا تفيد ضربا في التاخير فيشتركان في تحقق معنى التاخير فجعلا مجازا عن حرف الشرط فان قلت اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن ان واما اذا جعلا مجازا عن اذا فلا يبطل بالقيام عن المجلس فلم لا تجعلا مجازا عن اذا اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لتمحضها في معنى الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره م بخلاف الزمان لان له تعلقا به ش اي لان للطلاق تعلقا بالزمان لان الزمان جزء داخل في ماهية الفعل لذلك تعلق الطلاق على الزمان م حتى يقع في زمان دون زمان ش يعني يقع في زمان مستقبل دون زمان ماض م فوجب اعتباره ش اي اعتبار الزمان م خصوصا ش كما لو قال انت طالق غدا م وعموما ش كما لو قال انت طالق في اي وقت شئت وانتصابهما على التمييز من اعتباره وعامله الفعل اعني وجب م وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة ش قوله تملك الرجعة جملة من الفعل والفاعل والمفعول وقعت صفة لقوله تطليقة م ومعناه ش اي معنى قول محمد لانه ذكر المسئلة في الجامع الصغير وقال طلقت تطليقة تملك الرجعة فيها قبل مشية المرأة اما اذا شاءت المرأة الواحدة البائنة او الثلاث يقع ذلك اذا نواه الزوج وهو معنى قوله م فان قالت قد شئت واحدة بائنة ش يعني عقيب قوله انت طالق كيف شئت م او ثلاثا ش اي او قالت شئت ثلاث طلقات م وقال الزوج ذلك نويت ش اي والحال قال الزوج نويت ما قالته المرأة من البينونة بالواحدة او بالثلاث م فهو كما قال ش اي كما قال الزوج م لان عند ذلك ش اي لان عند قول الزوج ذلك نويت م تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته ش اي بين مشية المرأة وارادة الزوج فيكون الواقع على ما ذكر م اما اذا ارادت ثلاثا ش اي ثلاث طلقات م والزوج واحدة ش اي واراد الزوج طلقة واحدة بائنة م او على القلب ش بان ارادت المرأة واحدة بائنة واراد الزوج ثلاثا م تقع واحدة رجعية لانه لغي تصرفها لعدم الموافقة ش اي المطابقة بين قولها وقول الزوج م فبقي ايقاع الزوج ش يعني في قوله انت طالق في قوله انت طالق كيف شئت لانه اصل الطلاق ولا يتعلق بوصفه م وان لم تحضره النية ش يعني اذا لم ينو الزوج شيئا م تعتبر مشيتها ش فيقع ما شاءت سواء شاءت الواحدة البائنة او الثلاث م فيما قالوا ش اي فيما قال المتأخرون م جريا على موجب التخيير ش اي قالوا ذلك جريا على موجب التخيير لان الزوج خيرها في وصف الطلاق بقوله كيف شئت فيجري على موجب تخييره وانما قال المصنف فيما قالوا لانه لم يرد فيه نص عن المتقدمين قال الاسراري والظاهر انه لم يقع الرجعي اذا لم ينو الزوج شيئا على اشارة الجامع الصغير لانه اوقع الواحدة البائنة او الثلاث بمشيتها اذا نوى الزوج فعلم انه اذا لم ينو لا يقع البائن والثلاث فبقي ايقاع اصل الطلاق وهو الرجعي م قال ش اي المصنف رحمه الله م قال في الاصل ش اي قال محمد في المبسوط م هذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه ش اي المذكور من الاحكام قول ابي حنيفة وانما قال المصنف ذلك لان محمدا رحمه الله لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير وانما ذكره في الاصل م وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة ش يعني لا يقع شيء ما لم تشأ المرأة م فتشاء ش اي المرأة م رجعية ش اي تطليقة رجعية م او بائنة ش اي او تشاء تطليقة بائنة م او ثلاثا ش اي تشاء ثلاث تطليقات والحاصل انها تخير بين هذه الاشياء م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور بين ابي حنيفة وصاحبيه م العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت يعتق عنده في الحال ولا مشية له وعندهما لا يعتق قبل المشية وبه قال الشافعي رحمه الله م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ش لانه اذا لم يتعلق اصله لا يقع كيف شاءت لان الوصف لا يتحقق بدون الاصل م فيكون لها المشية في جميع الاحوال ش يعني سواء كان قبل الدخول او بعده وقد فسره بقوله م اعني قبل الدخول وبعده ش فلا يقع الطلاق بدون مشيتها عندهما كما في قوله انت طالق ان شئت ولو

شئت او حيث او اين شئت م ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كلمة كيف للاستيصاف ش اي للسؤال عن وصف
الشيء م يقال كيف اصبحت ش اي اصحيح ام بك تشويش وهو اسم ويستعمل على وجهين احدهما ان يكون شرطا نحو
كيف تصنع اصنع والثاني وهو الغالب فيه ان يكون استفهاما اما حقيقيا نحو كيف زيد او غير حقيقي نحو كيف
تكفرون بالله فانه اخرج مخرج التعجب فاذا كان وضع كيف لسؤال الحال لا الذات كان وصف الطلاق من البينونة
والعدد متعلقا بالمشية دون اصله ولكن في غير المدخول بها لا مشية لها بعد وقوع اصل الطلاق لحصول
البينونة وفي المدخول بها يقع ما شاءت اذا وافقت نية الزوج واذا خالفت يقع الطلاق الرجعي م والتفويض
في وصفه ش اي في وصف الطلاق م يستدعي وجود اصله ش اي اصل الطلاق لان الوصف قايم به م
ووجود الطلاق بوقوعه ش اي بوقوع الطلاق فان قلت لما كان تفويضا في وصفه الى
مشيتها يجب ان يكون هي مستقلة في اثبات ما شاءت بلا نية الزوج كما في ساير التفويضات
اجيب بان الطحاوي وابا بكر الرازي ذكرا ان لها المشية في اثبات وصف البينونة او الثلاث
بلا نية الزوج وما ذكر في الكتاب قول الجصاص م ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت
طلقت نفسها ما شاءت لانهما ش اي لان كم وما م يستعملان في العدد فقد فوض اليها اي عدد
شاءت ش اما كم فانه كناية عن العدد لا على سبيل التعيين الا ترى الى قولهم كم درهما عندك
وكم غلاما لك في الاستفهامية والخبرية فوضعت عامة لابهامها فكان لها ان تطلق نفسها ان شاءت
واحدة وان شاءت ثنتين وان شاءت ثلاثا م فان قامت من المجلس بطل ش اي لا يقع شيء لان هذا
تمليك والتمليكات تقتصر على المجلس فاذا وجد دليل الاعراض في القيام عن المجلس ومن
الاشتغال بعمل اخر او كلام اخر يخرجه يقطع المجلس بطل مشيتها ولم يقع شيء بعد ذلك بمشيتها
م وان ردت الامر كان ردا ش لانه امر واحد ش هذا احتراز عن كلمة اذا وقوله م وهو خطاب في
الحال ش احتراز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك في الحال لانه ليس في كلامه ذكر الوقت بل يقتضي
جوابا في الحال لا يقال ان كم تستعمل في العدد والواحد ليس بعدد فينبغي ان لا يملك الواحد
لانا نقول الواحد اصل العدد وفي العرف يستعمل في العدد الا ترى لو قيل كم معك استقام
الجواب عن الواحد فان قيل كلمة ما تستعمل للعدد لقوله تعالى ما دمت حيا فوقع الشك في تفويض
العدد فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان هذا معارض بمثله فانا لو جعلناه بمعنى الوقت لا يبطل
بالقيام عن المجلس ولو جعلناه بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت بالشك
ثم رجحنا جانب العدد بما اصل اخر وهو ان التفويض يعني التمليك والتمليكات تقتصر على المجلس
وانما يكون ان لو كانت محمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت قال الاكمل فيه نظر لانه فيه معنى
التعليق متوقف على ما ورا المجلس فيتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق
والاول كالاصل فالترجيح به اولى م وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت لان كلمة
ما محكمة للتعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز ش اي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من
الاوثان وقد تكون لغيرهما فاذا عرفت ذلك فقد اجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم
كما هو الاصل وقال المصنف م فيحمل على تمييز الجنس ش اي يحمل بيانا لتمييز الجنس اي لتمييز الطلاق
من ساير الاشيا في التفويض لانه موصلة كذا في المبسوط م كما اذا قال كل من طعامي ما شئت ش
نعم الادام م او طلق من نسائي من شئت ش فله ان يطلق جميع من شاء من نسائه م ولابي حنيفة
ان كلمة من حقيقة للتبعيض ش فيه نظر لان من تاتي على خمسة عشر معنى الغالب عليها ابتدا الغاية
حتى ادعى جماعة ان ساير معانيها راجعة اليه م وما للتعميم ش اي كلمة للتعميم م فيعمل بهما ش لان
الاصل ان يعمل بحقيقة الكلام ما لم يدل دليل المجاز وقال الاترازي لا يقال ينبغي على هذا ان لا تطلق
نفسها واحدة لان الواحدة ليس فيها معنى العموم اصلا وهي بعض صرفا لانا نقول لما ملكت الثنتين
بحكم الامر ملكت الواحدة ايضا وهذا مما سمح به خاطري في هذا المقام قلت سبق بهذا غيره فان
الاكمل سأل هذا واجاب بقوله بانه يتناول الواحد دلالة م وفيما استشهدا به ش هذا جواب
عن قول ابي يوسف ومحمد مستشهدين بقوله كما اذا قال كل من طعامي تقديره انه فيه قام الدليل

على ارادة

على ارادة المجاز وهو انه م ترك التبعيض ش بدليل خارجي وهو قوله م لدلالة اظهار السماحة ش لان في العرف
يراد بمثل هذا الكلام اظهار السماحة والكرم وذلك بالعموم م او لعموم الصفة وهي المشية ش لان النكرة
اذا وصفت بصفة عامة تعم م حتى لو قال من شئت ش يعني لو قال طلق من نسائي من شئت كان في
الخلاف ش المذكور بين ابي حنيفة وصاحبيه فلو طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند ابي حنيفة رح عنده
اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء اصلا لان مذهبهما ان التي فوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع
فكذا التي فوض اليها الثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فروع لو قال انت طالق ثلاثا الا ان
تشاء طلقة فشاءت واحدة يقع واحدة عند ابي يوسف وقال محمد لا يقع شيء ولو قال طلقها ان شاء الله
وشئت او قال انت طالق ان شاء الله وفلان او شئت ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشية شيء ولو قال ان شئت وشا
فلان يقع بمشيتهما ولو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت او متى شئت او حيث شئت فلها مشيتان
مشيته في الحال ومشية في عموم الاحوال ولو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان فشاءت احدهما او شاءت
طلاق احدهما لا يقع لعدم وجود الشرط ولو قال لهما طلقا انفسكما ثلاثا فطلقها احدهما واحدة والاخرى ثنتين
وقع الثلاث ولو قال لها ان شئت فانت طالق ثم لاخرى طلاقك مع طلاق هذه يقع عليها بالمشية الاولى
ان نوى الزوج والا لم يقع ولو قال انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق
عن ابي يوسف ولو قالت طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت تطلق ثلاثا ولو قالت طلقني
طلقني طلقني بغير واو فطلق الزوج فان نوى واحدة فواحدة وان نوى ثلاثا فثلاث وفي الاشراف لابن
المنذر اختلفوا في الرجل يملك امر امراته رجلين بشرط اجتماعهما على الطلاق قال الحسن والاوزاعي
والثوري ومالك والشافعي وابو ثور وابو عبيد وقال زفر ينفرد احدهما به فان طلق احدهما ثلاثا والاخر
واحدة يقع واحدة عندنا وبه قال احمد واسحاق بن راهويه واختاره عبد الملك واصبغ من المالكية وقال مالك
لا يقع شيء وقال الزهري هي طالق والله اعلم بالصواب م باب

الايمان في الطلاق

ش اي هذا باب في بيان حكم الايمان في الطلاق ولما فرغ من ذكر الطلاق
بالتنجيز بالصريح والكناية شرع في ذكره بسبيل التعليق وقدم التنجيز لانه الاصل والتعليق مركب
في ذكر الطلاق وحرف الشرط والمركب فرع المفرد ثم اليمين يقع على الحلف بالله حقيقة ويقع على
التعليق مجازا لان اليمين لغة القوة قال الشاعر ان المقادير بالاوقات نازلة ولا يمين على
دفع المقادير اي لا قوة واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة
شرط وجزا سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية ايضا فمن ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق
والعتاق والظهار الى الملك جائز سوا كانت على الخصوص كما اذا قال لامراة ان تزوجتك فانت طالق
او على العموم كقوله كل امراة اتزوجها فهي طالق فان قلت سميت اليمين بالله يمينا لزيادة القوة لان
الانسان يعقل الحالف فربما لا يثبت على ما يقصده فبذكر اسم الله تعالى على وجه الحمل او المنع فيتقوى
بذلك على ما يريد فما معنى اليمين في ذكر الشرط والجزا قلت وفيه معنى الحمل او المنع فسمي يمينا لذلك
فافهم م واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك فانت
طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق ش وبه قال عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر
وابو بكر بن عمرو بن حزم وابو بكر بن عبد الرحمن وشريح والزهري وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي
ومكحول وسالم بن عبد الله وعطا وحماد بن ابي سليمان في اخرين وهو قول مالك وربيعة والاوزاعي
والقاسم وعمر بن عبد العزيز وابن ابي ليلى لكن قالوا هذا اذا لم يعمم بل عين امراة او قال كل امراة اتزوجها
من بني تميم او بني اسد بان عين قبيلة او بلدة م الشافعي لا يقع ش وبه قال احمد ويروى ذلك عن
علي وابن عباس وعايشة رضي الله عنهم وهو قول الظاهرية وفيه قول اخر وهو انه يصح تعليق العتق بالملك
دون الطلاق وهو رواية عن احمد م لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ش هذا الحديث رواه ابن ماجه
في سننه عن هشام بن سعد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا
طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك وفي الباب روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وهم علي بن ابي طالب
وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وعايشة ومعاذ وجابر وابن عباس وابو ثعلبة الخشني الحديث
عند ابن ماجة من رواية جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم لا طلاق

قبل نكاح وجويبر هو بن سعيد ابو القاسم الازدي الخراساني البلخي ضعفه علي بن المديني ويحيى بن سعيد وقال احمد لا يشتغل بحديثه وقال يحيى بن معين ليس بشيء وقال النسائي والدارقطني متروك وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عند الدارقطني في سننه عن ابي خالد الواسطي عن ابي هاشم الرماني عن سعيد ابن جبير عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن رجل قال يوم اتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا قال طلق ما لا يملك قال صاحب التنقيح هذا حديث باطل وابو خالد الواسطي هو عمرو بن خالد وهو وضاع وقال احمد ويحيى كذاب وحديث عبد الله بن عمرو عند ابي داود والترمذي وابن ماجه عن عامر الاحول عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهو احسن شيء روي في هذا الباب قلت قال ابن العربي اخبارهم ليس لها اصل في الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز ولا يلزم من بطلان التنجيز بطلان التعليق ولم يقل عليه السلام لا تعليق طلاق وقالوا هو مضمر فنقول الاصل عدم الاضمار وقال صاحب الاستذكار روي من وجوه الا انها عند اهل الحديث معلولة فان قلت قال البخاري هذا الحديث اصح ما في الباب قلنا تركه اياه وعدم تخريجه في الصحيح مردود لو عنده من هذا وحديث عائشة رضي الله عنها عند الدارقطني من رواية الوليد بن سلمة الاردني عن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت بعث النبي صلى الله عليه وسلم ابا سفيان بن حرب فكان فيما عهد اليه ان لا يطلق الرجل ما لم يتزوج ولا يعتق ما لم يملك قال الازدي وابن حبان الوليد بن سلمة كان يضع الحديث على الثقات لا يجوز الاحتجاج به وقال دحيم هو كذاب وحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه عند الدارقطني من رواية عبد المجيد وهو ابن رواد عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح ولا نذر فيما لا يملك ورواه ايضا من رواية يزيد بن عياض عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن معاذ وطاوس عن معاذ مرسل وكذا سعيد بن المسيب ورواه ايضا ابن عدي في الكامل عن رواية عمرو بن عمرو عن ابي فاطمة النخعي وعمرو بن عمرو يروي الموضوعات وابو فاطمة مجهول لا يعرف وحديث ابن عباس عند الحاكم عن ايوب بن سليمان الجدري عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن عطاء بن ابي رباح عن ابن عباس مرفوعا لا طلاق لمن لا يملك واخرجه الدارقطني ايضا عن سليمان بن ابي سليمان عن يحيى بن ابي كثير عن طاوس عن ابن عباس مرفوعا وقال عبد الحق في احكامه اسناده ضعيف وسليمان بن ابي سليمان شيخ ضعيف وقال ابن معين ليس بشيء وحديث ابي ثعلبة الخشني عند الدارقطني من رواية بقية بن الوليد عن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن ابي ثعلبة الخشني قال قال لي عم لي الحديث وفيه لا طلاق الا بعد نكاح م ولنا ان هذا ش اي التعليق بالشرط م تصرف يمين ش من الحالف في ذمة نفسه م لوجود الشرط والجزاء ش وهو التعليق م فيصح فيه قيام الملك في الحال ش كاليمين بالله تعالى والنذر المعلق بالعتق م لان الوقوع عند الشرط ش اي لان وقوع الطلاق عند وجود الشرط ولا يقع قبل وجوده وحين وجود الشرط يحصل ملك الطلاق لان التزوج ملك الطلاق وذمة الحالف كافية لصحة اليمين لاهليته م والملك متيقن به عنده ش اي عند الشرط ويصح مع احتمال الملك عند الشرط مع التيقن بالملك اولى وبيانه ان من قال لامرأته ان دخلت الدار وانت احل عند وجود الشرط بان يصير مطلقة فلان يصح منا مع التيقن اولى م وقبل ذلك اثره المنع ش اي قبل وجود الشرط اثر الشرط ان يمنع السبب من ان يتصل بالمحل م وهو قائم بالمتصرف ش اي تصرف اليمين او الحلف قائم بالمتصرف ولا حاجة الى اشتراط المحل بل ذمة الحالف كافية م والحديث ش اي الحديث الذي احتج به الشافعي رحمه الله ومن معه المذكور م محمول على نفي التنجيز ش اي لا طلاق قبل النكاح منجزا والمنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سالوه عليه السلام عن قول ذلك الطلاق فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز او ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه او اثباته م والحمل ش اي حمل الحديث على التنجيز م ماثور عن السلف ش اي مروي عنهم م كالشعبي ش هو عامر بن شراحيل من كبار التابعين ونسبته الى شعب الاصغر بطن بالكوفة م والزهري ش هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبيد الله بن شهاب ونسبته م وغيرهما ش اي غير الشعبي والزهري مثل سالم والقاسم وابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز والاسود وابي بكر بن عبد الرحمن

وابي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول فان ابا بكر بن ابي شيبة اخرج عن هؤلاء في مصنفه في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز ذلك عليه م واذا اضافه ش اي واذا اضاف الرجل طلاقه م الى شرط وقع عقيب الشرط ش اي وقع الطلاق عقيب وجود الشرط م مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ش لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط م وهذا بالاتفاق ش احترز به عن المسئلة المتقدمة اعني قوله ان تزوجتك فانت طالق لان فيها خلاف الشافعي كما مر قال الاترازي يجوز ان يكون احترازا عن المسئلة التي بعدها اعني عن قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق لان فيها خلاف ابن ابي ليلى فعنده تطلق م لان الملك قائم في الحال ش هذا جواب عما يقال سلمنا ان الطلاق يقع عقيب الشرط اذا كان الملك حينئذ قائما اما اذا زال فلا فينبغي ان لا يصح يمينه اصلا لاحتمال زوال الملك فاجاب بقوله لان الملك قائم في الحال لكونه محققا في الحال م والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط ش لان الاصل في كل ثابت استمراره خصوصا النكاح الذي هو عقد العمر وبمجرد احتمال الزوال لا يلتفت اليه لانه ليس بناشئ عن الدليل فلما صح تعليقه بالنظر الى بقاء الملك ظاهرا وقع كلامه المعلق يمينا على اصلنا لان التعليقات اسباب عندنا وانما ينعقد اسبابا عند الشرط وعلى اصل الشافعي رحمه الله ايقاعا لان التعليقات اسباب عنده في الحال والملك في الحال موجود م فيصح ش اي تعليقه على الاصلين م يمينا ش اي من حيث انه يمين عندنا م او ايقاعا ش اي او يصح من حيث الايقاع عنده وقال الكاكي مستند لاصحابنا في هذه المسئلة قولنا قوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون وقد صح سنده فلا يخرج ذلك من العموم الا بثبت فان احاديثهم ضعيفة وقد ضعفها ابن حنبل والقاضي ابو بكر بن العربي الاسمعيلي فقال ابو بكر احاديثهم ليس لها اصل في الصحيح فلا يشتغل بها وهذا ما عمل بها مالك وربيعة والاوزاعي من اهل الحديث انتهى قلت هذا الحديث ذكره المصنف في فصل بعد ذكر باب طلاق السنة وهذا حديث غريب وكيف يقول الكاكي وقد صح سنده واعاده المصنف ايضا في باب الحجر بلفظ المعتوه عوض المجنون واخرج الترمذي عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وقال هذا حديث لا نعرفه مرفوعا الا من حديث عطاء ابن عجلان وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث م ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا يعني الا اذا حلف في الملك م او يضيفه ش اي او يضيف الطلاق م الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ش اي ظاهر الوجود او غالب الوجود م ليكون ش اي الجزاء م مخيفا ش اي بوقوع الجزاء فيما اذا كان يتحقق منه المنع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق فعلى تقدير الاقدام على الدخول يلزم وقوع الطلاق لا دراية فيها وكفاية فكان وقوعه مخيفا لها فاما اذا كان المحل يحرف الشرط يدخل في المنهي كما في قوله ان لم تدخل الدار فانت طالق فان قيل لو قال لها ان حضت فانت طالق صح مع انه لا يكون فيها نابع اليمين وهو المنع لما انها غير قادرة على منع حيضها قيل له الاعتبار للغالب لا للنادر ولان الكلام في الكليات لا في الافراد والتخلف في الافراد لا يضرنا قيل فيه نظر لان الكلي ينبغي ان يكون شاملا للافراد فاذا لم يشملها لا يكون كليا انتهى قلت السؤال والجواب للكاكي والنظر للاترازي ولكن فيه نظر لا يخفى على المتامل م فيتحقق معنى اليمين ش بالنصب عطفا على قوله ليكون م وهو القوة ش اي قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يحصل بكون الجزاء غالب الوجود عند الشرط م والظهور ش اي ظهور الجزاء م باحد هذين ش وهو كون الحالف مالكا او مضيفا الى الملك م والاضافة الى سبب الملك ش اي اضافة الطلاق الى سبب الملك ش وهو التزوج م بمنزلة الاضافة اليه ش اي الى الملك وذلك فيما اذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وهو بمنزلة اضافة الطلاق الى الملك لان الجزاء جزمي الوجود عند وجود الشرط فيصير قوله ان تزوجتك بمنزلة قوله ان ملكتك بالتزوج م ش اي لان الجزاء م ظاهر عند سببه ش اي عند سبب الملك م فان قال لاجنبية ش هذا تفريع على ما مهد من الاصل يعني اذا قال رجل لامرأة اجنبية م ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما ش يعني الحالف في هذه المسئلة لم يكن مالكا ولا مضيفا الى الملك او سببه ولا بد من واحد منهما وقال ابن ابي ليلى يقع طلاقه

اذا دخلت بعد التزوج فلما كان ينبغي ان يقع الطلاق في هذه الصورة لان المعلق بالشرط كالمنجز عند
وجوده اجيب بان المعلق انما يكون كالمنجز اذا صح التعليق ولم يصح في هذه الصورة ولا يقدر تصحيح
كلامه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق لان كلامه صحيح بدون تقدير التزوج ولا يخفى ذلك
الشرط ش اعلم ان حروف الشرط لان كلمة ان هو الحرف وحدها والباقية اسما وكلمة ان هي الاصل في
باب الشرط لدخوله على الفعل وفيه خطر بخلاف سائر الالفاظ فانها تدخل في الاسم وليس فيه
خطر وترد لثلاثة معان اخرى الاول بمعنى النفي نحو ان الكافرون الا في غرور والثاني ان يكون مخففة من
الثقيلة نحو وان وجدنا اكثرهم لفاسقين والثالث ان يكون زائدة نحو فما ان طبنا جبن م واذا ش اعلم
ان اذا يرد على وجهين احدهما ان يكون للمفاجاة فيختص بالجملة الاسمية نحو خرجت فاذا زيد والاخر
ان يكون ظرفا للمستقبل مضمنة معنى الشرط ويختص بالجملة الفعلية ويكون الفعل بعدها ماضيا
كثيرا ومضارعا دون ذلك م واذا ما ش دخلت في اذا كلمة ما فتجزم كما تجزم اذا التي تتضمن معنى
الشرط وكذلك اذ ما م ومتى ش متى ترد على اربعة اوجه اسم استفهام نحو متى نصر الله واسم شرط
كقوله متى اضع العمامة تعرفوني واسم مرادف للوسط يقال وضعت متى كمي اوسط كمي وحرف
بمعنى من او في وذلك في لغة هذيل يقولون اخرجها متى كمه اي منه م ومتى ما ش دخلت ما في متى وكلاهما
جزمان م وكل ش لفظ كل اسم موضوع للاستغراق افراد المنكر نحو كل نفس ذائقة الموت والمعرف
المجموع نحو وكلهم آتيه واجزاء المفرد نحو كل زيد حسن م وكلما ش
وقد ذكر المصنف الفاظ الشرط هنا تسع كلمات وفي جوامع الفقه حروف
الشرط ان واذا ومتى ومتيما ولو ولولا وقال ابن يعيش في شرح المفصل الاسما التي يجازى بها احد عشر
من وما ومهما واي والظروف وهي اين وانى ومتى ومتيما وحيثما واذ ما واذا ما زاد عليها في الحلل في شرح
الجمل اياك وكيفما عند الكوفيين ولم يذكر لو واكلا وكلما وجميعها يجزم مثال ان وفي الروضة للنووي
رحمه الله الالفاظ التي تعلق بها الطلاق بالشرط من وان واذا ومتى ومتيما وكلما واي وليس فيها ما يقتضي
التكرار الا كلما وانما لم يذكر المصنف كلمة لو مع انه للشرط وضعا ذكره في شرح المفصل باعتبار انه يعمل
عمل الشرط معنى لا لفظا وغيرها يعمل لفظا ومعنى حتى يجزم في مواضع الجزم وفي غير مواضع الجزم لزم
دخول الفا في جزائها بخلاف لو م لان الشرط مشتق من العلامة ش هذا الكلام لا يستقيم الا بمعنى
الاشتقاق هو ان ينتظم الصيغتان معنى واحدا وان لفظ الشرط من لفظ العلامة غير ان الشراح
تكلفوا وقالوا الشرط بالتحريك العلامة فمعنى كلامه الشرط مشتق من العلامة اي من الشرط الذي
هو بمعنى العلامة ثم اعلم ان الشرط مشتق من الشرط بفتح الرا الذي بمعنى العلامة لا من شرط الحاكم
وشرط الايمان فانه بسكون الرا ويجمع على شروط في الكثرة واشرط في القلة كفلوس وافلس في جمع فلس واما
الشرط بالتحريك فيجمع على اشراط ومنه قوله اشراط الساعة اي علاماتها والشرط هنا عبارة عن امر
منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه او اثباته كقوله ان زرتني اكرمتك وان لم تشتمني اجبتك
فمن هذا يعرف ان كلمة ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل وفيه خطر بخلاف سائر
الالفاظ فانها تدخل على الاسم وليس فيه خطر وانما المجازاة بها باعتبار تضمنها معنى ان وكان ينبغي
على هذا ان لا يستعمل كلمة المجازاة لدخوله على الاسم خاصة الا ان الاسم الذي يتعقبه يوصف
بفعل لا محالة فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط كقوله كل عبد اشتريته فهو حر وكل امراة اتزوجها فهي
طالق فالحق كل بحرف الشرط م اعلم ان الشروط شرعية وعقلية وعرفية ولغوية فالشرعية كالوضو
للصلاة والعقلية كالحياة مع العلم يلزم من وجود العلم وجود الحياة دون العكس والعرفية ويقال
لها الشروط العادية ايضا كالسلم مع صعود السطح يلزم من وجود صعود السطح وجود نصب السلم
واللغوية مثل التعليقات كقوله كان دخلت الدار فانت طالق فانه يلزم من وجود الشرط وجود
المشروط فيلزم من دخول الدار وقوع الطلاق م وهذه الالفاظ ش اي ان واذا الى اخرهم مما يليها
افعال ش يستثنى منها كلمة كل لانها ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط يتعلق به الجزاء
والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل كل عبد اشتريته
وكل امراة اتزوجها ولهذا اورد لها النحاة في ادوات الشرط م فيكون علامات على الحنث ش

اي فيكون الافعال علامات على الحنث اي على الجزاء ثم كلمة ان صرف الشرط ش اي خالص الشرط م لانه
ش اي لان الشان م ليس فيها معنى الوقت ش لكونها اصلا في باب الشرط بدخولها على الفعل وفيه
خطر فان قلت قد جاء دخولها على الاسم ايضا كما في قوله تعالى وان احد من المشركين استجارك وقوله ان
امرؤ هلك فينبغي ان لا يكون اصلا قلت الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر تقديره وان استجارك
احد وان هلك امرؤ وانما حذف لئلا يلزم الجمع بين المفسر والمفسر م وما وراها ش اي وما وراء كلمة ان
م يلحق بها ش اي بان باعتبار تضمنها معنى ان م وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها ش لان
الذي يليها اسم ولا يليها فعل م والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط
لتعلق الفعل ش اي لملازمة الفعل م بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر وكذا اذا قال
كل امراة اتزوجها فهي طالق م قال ش اي القدوري م ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين
وانتهت لانها ش اي لان هذه الالفاظ اي ان وما ذكر بعدها م غير مقتضية للعموم والتكرار ولغة فوجود
الفعل مرة يتم الشرط ولا بقا لليمين بدونه ش اي بدون الشرط وذلك لان اليمين تعليق جزاء معدوم
بشرط معدوم والشرط اذا انتهى بوجوده مرة لعدم دلالة اللفظ على التكرار لا يبقى اليمين لا محالة
م الا في كلما فانها تقتضي عموم الافعال ش وفي بعض النسخ تعميم الافعال م قال الله تعالى كلما نضجت الاية
ومن ضرورة التعميم التكرار ش بخلاف سائر الفاظ الشرط فانها تدل على جنس الفعل لا التكرار وجنس
الفعل يتحقق في المرة الواحدة فاذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين ولا يقع الجزا اذا وجد الفعل
ثانيا لارتفاع اليمين م قال ش اي القدوري م فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج اخر وتكرر
الشرط ش اي الدخول م لم يقع شي لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم
الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط ش اي بالجزاء وبالشرط لان اليمين ذكر شرط وجزاء وفي المنتقى
عن ابي يوسف لو قال كلما تزوجت امراة فهي طالق فتزوجها مرة فطلق ولو تزوجها ثانيا لا تطلق ولا يحنث
وهذا امر بين كما في قوله المراة التي اتزوجها طالق والحاصل ان عند ابي يوسف ان كلما اذا دخلت على المعينة
توجب التكرار وفي غير المعينة لا يقتضي واستدل على ذلك بما لو قال كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة
او كلما سكنت هذه الدار فعلي صدقة كذا يلزمه لكل مرة ولو قال كلما اشتريت ثوبا او ركبت دابة
فعلي كذا لا يلزمه الا مرة ذكره في الذخيرة م وفيه خلاف زفر ش اي فيما اذا كان تزوجها بعد زوج اخر
وتكرر الشرط خلاف زفر فعنده يقع الطلاق وهو بنا على ان التنجيز يبطل التعليق عندنا خلافا له وبه
قال مالك والشافعي في الجديد واحمد م وسنقرره بعد ان شا الله تعالى ش اي سنقرر خلاف زفر من
بعد في قوله وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شيء م ولو دخلت ش اي لفظة كلما م على نفس التزوج بان قال لها كلما تزوجت امراة
فهي طالق يحنث بكل مرة ش لوجود الشرط دائما م وان كان بعد زوج اخر ش هذا واصل بما قبله م لان انعقادها
ش اي انعقاد اليمين م باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج ش اي بسبب التزوج م وذلك
غير محصور ش اي التزوج غير محصور فلا يكون الطلاق محصورا ايضا لان وجود السبب متكرر
يقتضي وجود المسبب متكررا خلاف كلمة كل لانه يوجب تعميم الاسما لا الافعال م قال ش اي القدوري
م وزوال الملك ش اي زوال ملك الرجل عن عصمة امراته بان طلقها بائنة م لا يبطلها ش اي لا يبطل اليمين
صورته قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها بقي اليمين م لانه لم يوجد الشرط فبقي ش اي اليمين م
والجزاء باق لبقاء محله ش لان الثلاث لم يوجد م فبقي اليمين ش كما كان في ذمة الحالف م ثم ان وجد الشرط
ش وهو دخول الدار م في الملك ش يعني بعدان تزوجها ثانيا م انحلت اليمين ش لان اللفظ لا يدل على التكرار
فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين بخلاف كلمة كلما م ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء
ش المحل هي المراة والملك فيها موجود م والجزاء وقوع الطلاق م فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين ش لانها انتهت
لعدم دلالة اللفظ على التكرار م لما قلنا ش اشارة الى قوله فبوجود الفعل مرة يتم الشرط م وان وجد ش
اي الشرط وهو دخول الدار م في غير الملك ش يعني بعد زوال الملك قبل التزوج ثانيا م انحلت اليمين
لوجود الشرط ولم يقع شيء ش من الطلاق م لانعدام المحلية ش اي محل الطلاق لعدم الملك م وان اختلفا
في وجود الشرط ش بان قال الزوج لم يوجد الشرط ولم يقع الطلاق وقالت الزوجة قد وجد الشرط

ووقع الطلاق م فالقول قول الزوج ش لان الاصل عدم الشرط والقول لمن يتمسك بالاصل م الا ان تقيم
المراة البينة س على وجود الشرط فحينئذ يكون القول قولها م لانه ش اي لان الزوج م متمسك
بالاصل وهو عدم وجود الشرط ش لدلالة الظاهر على ذلك كالمدعى عليه اذا انكر المال م ولانه س اي ولان
الزوج م ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمراة تدعيه س اي تدعي وقوع الطلاق فالقول قول
الزوج الا اذا اقامت المراة البينة م وان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها
ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد في ظاهر مذهبه م اوضح الذي لا يعلم الا من جهتها بقوله م مثل ان
يقول س اي الزوج م ان حضت فانت طالق وفلانة س يعني ضرتها م فقالت حضت طلقت هي ولم
تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع ش اي الطلاق م لانه س اي لان الحيض
م شرط فلا تصدق س اي المراة م كما في الدخول س اي في دخول الدار فكان ينبغي ان يكون القول قول الزوج
ولا يقع الطلاق لانه ينكر وقوعه متمسكا بالاصل م وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها ش
لان النسا امينات باظهار ما في ارحامهن مامورات بذلك لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في
ارحامهن م اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها ش اي لانه لم يعلم الحيض الا منها فيقبل قولها ش في حقها م
كما قبل في حق العدة ش اي في انقضائها م والغشيان س اي وكما قبل قولها في الغشيان اذا قالت انا
حائض حيث يجتنب الزوج عن غشيانها وهو كناية عن الوطء م لكنها ش اي لكن المراة م شاهدة في حق
ضرتها س في وقوع الطلاق عليها م بل هي متهمة ش لانها ليست بامينة في حق ضرتها م فلا يقبل قولها في
حقها ش لان شهادة المتهم مردودة وهذا اذا كذبها الزوج اما اذا صدقها يقع الطلاق على ضرتها ايضا
قيل فيه بحث وهو ان المراة لا تخلو من الحيض وعدمه والمال يتناول طلاقهما او يتناول عدمه لانها
ان كانت حاضت فقد وجد الشرط ويقع طلاقهما وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما
فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فانه يستلزم كون الشي موجودا معدوما في حالة واحدة وهو
محال واجيب بان الشرع اثبت بقولها حضت في حقها الصورة وصفين متنافيين الامانة والشهادة
ورتب على ذلك حكمين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد
الحل للزوج والحرمة للغير وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والاخر العدم
بما نحن فيه والجواب ان ايضا الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض بعينه وليس الكلام فيه لانه
امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس فيه اختلاف اي مقتضى
وجوده وعدمه انتهى قلت هذا الذي ذكره الاكمل نقلا عن كلام السغناقي وهذا تطويل كان يكتفى عنه
بشيء مختصر بان يقال الحيض امر خفي لا يطلع عليه الا الله تعالى والمراة امينة متهمة والشرع رتب عليه احكاما
بحسب ما يقتضيه ظاهر الحال م وكذا ش اي وكذا الحكم في ان القول قول المراة في حقها دون حق غيرها
م لو قال ش الزوج لامراته م ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدك حر فقالت
احبه ش فالقول قولها في حق نفسها فتطلق ولا يقبل في حق غيرها فلا يعتق العبد م او قال ش اي او
قال الزوج لامراته م ان كنت تحبيني ش بحذف نون العماد ونون الاعراب ايضا لانه ليس بلازم في المضارع
الذي في اخره نون الاعراب م فانت طالق وهذه معك ش واشار بهذه الى ضرتها م وعبدي حر فقالت
احبك طلقت هي ش اي المراة المخاطبة م ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها ش وهي ضرتها واطلق عليها
صاحبتها باعتبار الظاهر وفي الحقيقة هي عدوتها م لما بينا ش اشارة الى قوله امينة في حق نفسها
شاهدة في حق ضرتها م ولا نتيقن بكذبها ش هذا جواب عما يقال كان ينبغي ان لا يعتبر قولها في حقها
للتيقن بالكذب في اخبارها بمحبتها عذاب جهنم فاجاب بقوله ولا نتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها
اياه ش اي زوجها والبغض ضد الحب واستعمله بمعنى الابغاض حيث ذكر له مفعولا وهو قوله اياه
اي لشدة بغض المراة زوجها م قد تحب التخلص منه ش اي من الزوج م بالعذاب س اي بعذاب نار
جهنم لان الجاهل قد يختار عذاب الاخرة على صحبة من يبغضه فلم نتيقن بكذبها م وفي حقها ش اي
وفي حق المراة المخاطبة م ان تعلق الحكم باخبارها ش ان بفتح الهمزة يجوز ان يكون زائدة كما في قوله تعالى
فلما ان جا البشير ويقال لما ان جا الائمة ويجوز ان يكون مصدرية وان يكون مخففة من الثقيلة
على ان ضمير الشان فيها مستتر م وان كانت كاذبة س ظهر ان همزة بالكسر واصله مما قبله م ففي حق

غيرها بقي الحكم على الاصل وهو س اي الاصل عدم المحبة ش وبقولنا قال الشافعي واحمد في ظاهر مذهبه
وعند ان لا بد لها لا يقع ولو قال لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك بقلبي او قالت احبك
وكذبها الزوج طلقت عندهما وقال محمد ان كانت كاذبة فيما بينها وبين الله تعالى لا تطلق م واذا قال اذا حضت
فانت طالق فرات الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا ش لان ما دون
ثلاثة ايام لا يكون حيضا م فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه س اي لان الذي راته من
الدم م بالامتداد عرف انه من الرحم فيكون حيضا من الابتداء س اي من اول الامر وفائدته تظهر في غير
الموطوءة فانها اذا رات دما وتزوجت بزوج اخر فاستمر بها الدم ثلاثة ايام كان النكاح صحيحا ويظهر فيما اذا قال
ان حضت فعبدي حر والمسئلة بحالها كان العبد حرا من حين رات الدم ويظهر في حق الجناية من العبد
وقيل يجب على المفتي ان يجيب بقوله كانت مطلقة من اول ثلاثة ايام اذا سئل بعد الاستمرار ولا يقول
يقع الطلاق لانه يفهم الحال والاستقبال وعند الشافعي رحمه الله لو انقضى يوم وليلة يقع الطلاق وفيه
وجه مشهور انه يقع من اول الروية وبه قال احمد وقال ابن المنذر لا نعلم احدا قال غير ذلك الا مالكا
وابن القاسم حيث قالا يتنجز قبل الحيض ولو كانت حائضا لم يقع حتى تطهر ثم تحيض وكذا لو قال للطاهر
انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وبه قال الشافعي واحمد ذكره في المغني م ولو قال لها اذا
حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها ش لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها س اي من
الحيضة لان الفعلة بالفتح للمرة والمرة من الحيض لا يكون الا بكماله وكماله بانتهائه وانتهاؤه بالطهر م
ولهذا س اي ولاجل ان الحيضة بالهاء هي الشي الكامل في الدم الكامل من الحيضة م حمل عليه س اي على
الكامل م في حديث الاستبرا س اي في قوله عليه السلام الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى
حتى يستبرئن بحيضة رواه ابو داود في سننه عن شريك عن قيس بن وهب عن ابي الوداك عن ابي
سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في سبايا اوطاس لا توطا حامل حتى تضع ولا غير ذات
حمل حتى تحيض حيضة ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم واعله ابن القطان في
كتابه بشريك وقال انه مدلس وهو ممن ساء حفظه بالقضاء وروى ابو داود ايضا من حديث رويفع
ابن ثابت الانصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الاخر ان يقع على
امراة من السبي حتى يستبرئها بحيضة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه من حديث علي رضي الله عنه
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان توطا الحامل حتى تضع او الحائل حتى تستبرئ بحيضة انتهى
والاوطاس واد في بلاد هوازن وهو موضع حرب حنين اعني غزوة حنين م وكمالها س اي وكمال
الحيضة م بانتهائها وذلك س اي الانتهاء م بالطهر س لان متى تصح م الطهارة عن الحيض يثبت بالاحكام
على العشرة بمضي العشرة وفيما دونها يثبت بالاغتسال او بمضي وقت صلوة كما لم يثبت احدهما لا
يثبت الانقطاع كذا في مبسوط شيخ الاسلام ولهذا قال لو كان الطلاق في الاولى بدعيا وفي الثانية
سنيا لوقوعه في الطهر بعد الحيضة ذكره التمرتاشي م واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب
الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار س والصوم فعل
ممتد م بخلاف ما اذا قال اذا صمت س يعني من غير زيادة عليه فانها اذا شرعت في الصوم يقع الطلاق
بمجرد الشروع م لانه لم يقدر بمعيار س لان الزوج لم يقدر الصوم باليوم والمراد من المعيار
الوقت المثبت لقدر الفعل حيث يطول بطوله ويقصر بقصره ووقت الصوم معيار لا ظرف
بخلاف الصلوة فان وقتها ظرف لا معيار ذكره في الاصول م وقد وجد بركنه ش وهو الامساك عن المفطرات
الثلاث نهارا م وشرطه س وهو النية والطهارة عن الحيض والنفاس م ومن قال لامراته اذا ولدت
غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى
ايهما اول س اي لم يعلم اي الولدين ولد اولا والغلام اسم لولد لم يبلغ فاذا بلغ صار شابا والجارية اسم
لانثى لم تبلغ وقد تسمى الجارية غلامة م لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه س التنزه التباعد عن
السوء والتورع عن مظان الحرمة لان ترك وطء امراة تحل وطؤها خير من ان يطأ امراة محرمة عليه
حتى لو كانت عنده مطلقتان لا يتزوج الا بعد زوج اخر احتياطا كذا في المبسوط م تطليقتان ش
اي لزمته تطليقتان م وانقضت العدة بالولد الاخير لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة

وينقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى لانه حال انقضا العدة ش والطلاق لا يقع مع انقضا
العدة لانه حال الزوال والمزيل لا يعمل حال الزوال م ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان
وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شي اخر ش اي موضع الغلام م كما ذكرنا انه حال الانقضا
ش اي انقضا العدة م فاذن في حال يقع واحدة وفي حال ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاولى ان
تاخذ ش على صيغة المعلوم اي ان تاخذ الزوج او ان تاخذ القاضي او تاخذ المفتي م بالثنتين تنزها
ش اي تورعا م واحتياطا ش فيه واقتصرا بهما على التعليل في الاسرار ويجوز ان يقال بالتا للغائبة
اي الاولى ان تاخذ المراة ويجوز ان يقال بنون المتكلم مع الغير ويجوز ان يقال بيا الغائب على صيغة
المجهول باسناد الفعل الى الجار والمجرور م والعدة منقضية لما بينا ش لانها لو ولدت الغلام
اولا تنقضي عدتها بوضع الجارية ولو وضعت الجارية اولا تنقضي عدتها بوضع الغلام لان الحامل عدتها
بوضع الحمل بالنص م واذا قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت
وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى
ش اي الطلقة الاولى التي نجزها بعد التعليق م وقال زفر لا يقع وهذه ش اي هذه المسئلة م على
وجوه ش الاولى هي قوله م اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر ش اي وقوع
الطلاق ظاهر لوجود الشرط في الملك وهذا الاحلاف فيه والثانية هي قوله م او وجدا ش اي الشرطان
م في غير الملك فلا يقع ش اي الطلاق بلا خلاف والثالثة هي قوله م او وجد الاول ش اي الشرط الاول
م في الملك والثاني ش اي وجد الشرط الثاني م في غير الملك فلا يقع ش اي الطلاق م ايضا لان الجزا ش وهو
الطلاق م لا ينزل في غير الملك ش لانه غير محل وفيها خلاف ابن ابي ليلى ذكره في المبسوط والرابعة هي
قوله م او وجد الاول ش اي الشرط الاول م في غير الملك والثاني ش اي وجد الشرط الثاني م في الملك
وهي مسئلة الكتاب الخلافية ش بين اصحابنا وبين زفر م له ش اي لزفر رحمه الله م اعتبار الاول بالثاني
ش اي اعتبار الوصف الاول بالوصف الثاني كذا فسره الاتراري ثم قال بيانه ان الوصف الثاني لو وجد
في غير الملك لا ينزل الجزا فكذا اذا وجد الاول في غير الملك ينبغي ان لا ينزل الجزا لان كلام احدهما بعض
الشرط ككلام الاخر يعني احدهما يشترط الملك فكذا في الاخر وقال تاج الشريعة قوله له اعتبار الاول
بالثاني يعني ان الملك شرط لوقوع الطلاق عند وجود الشرط الثاني فكذلك عند وجود الشرط الاول
م اذ هما ش اي الشرطان م في حكم الطلاق كشي واحد ش من حيث انه لا يقع الا بهما م ولنا ان صحة
الكلام باعتبار المتكلم ش اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي كونه عاقلا بالغا وهي
قايمة به فيكون صحة الكلام قايمة به ومحله الذمة فاذا كان كذلك فكان ينبغي ان لا يشترط الملك وقت التعليق
فاجاب عن ذلك بقوله م الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزا غالب الوجود لاستصحاب
الحال ش لان استصحاب الحال عبارة عن ابقا ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل فاذا كان الملك باقيا
عند وجود الشرط بالنظر الى استصحاب الحال نزل الجزا عنده غالبا لان الاصل في كل ثابت دوامه
وان كان يحتمل الملك الزوال حينئذ فيحصل معنى اليمين وهو القوة م وعند تمام الشرط ش لان الجزا الذي
هو غالب الوجود يتحقق حينئذ فيحصل معنى اليمين القوة م وعند تمام الشرط م اي يشترط بقاء
الملك ايضا عند تمام الشرط م لينزل الجزا لانه لا ينزل الا في الملك ش ولا ينزل في غير الملك م وفيما
بين ذلك الحال ش اي بين حالة التعليق وتمام الشرط م حال بقا اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ
بقاؤه ش اي بقا اليمين م بمحله وهو الذمة ش اي ذمة الحالف واعاد ذكر الضمير الراجع الى اليمين
وان كانت مؤنثة على تاويل التعليق لان تعليق الطلاق والعتاق يمين عند الفقهاء م وان قال لها ش اي
وان قال رجل لامراته م ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا اخر
ودخل بها ثم عادت الى الاول ش الى الزوج الاول م فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة
وابي يوسف ش قال ابن المنذر هذا قول ابن عمر وابن عباس وبه قال عطا وشريح والنخعي وفي المبسوط
وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه م وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر ش وهو قول
جماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك والشافعي واحمد واصحابهم م واصله ش اي اصل هذا
الخلاف م ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما ش اي عند ابي حنيفة وابي يوسف ه

فتعود اليه بالثلاث ش اي فتعود المراة الى الزوج الاول بثلاث تطليقات م وعند محمد وزفر لا يهدم و
فتعود اليه بما بقي ش من الطلاق م وستعرف بعد ان شا الله تعالى ش اي في اخر فصل فيما تحل به المطلقة
م وان قال لها ش اي وان قال رجل لامراته م ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا
فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول ش اي الى الزوج الاول م فدخلت الدار لم يقع شي
ش عند علمائنا الثلاثة وبه قال الشافعي رحمه الله في الجديد على المنصوص ومالك واحمد وقال ابن المنذر
اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ذلك م وقال زفر والشافعي رحمهما الله ش في قول م يقع الثلاث
لان الجزا ثلاث مطلق ش لا الثلاث المملوكات قيدا او ثلاث طلقات مطلقا سوا كانت مملوكة في
الحال او مستحدثة في المال م وذلك ش لاطلاق اللفظ م اللفظ المطلق لا يقيد ولا المقيد لانه نسخ
حكما فقد بقي احتمال وقوعهما ش اي احتمال طلقات ثلاث مطلق م فيبقى اليمين ش فاذا وجد المحل يقع
الجزا والدليل على انه لم ينصرف الى الطلقات الثلاث المملوكات مسئلة الهدم ولو انصرف الى المملوك
القائم لوقع بما بقي كما لو قال كلما تزوجتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها بعد زوج اخر يبقى اليمين وبدليل
ما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار يعتق ولو تقيد الجزا بهذا الملك
لما عتق ولهذا لو قال لها ان دخلت الدار وانت على كظهر امي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر
يكون مظاهرا عنها فكيف يبطل التعليق بالتنجيز لان ما شاه في التنجيز طلاق وما هنا في التعليق ما يستصير
طلاقا م ولنا ان الجزا طلقات هذا الملك ش بدلالة الحال و لانها ش اي لان طلقات هذا الملك هي
المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث ش وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزا م
واليمين للمنع او الحمل ش وههنا عقدت للمنع فيكون الجزا طلقات هذا الملك م واذا كان الجزا ما ذكرناه
ش وهو قوله ان طلقات هذا الملك الى اخره م وقد فات ش اي والحال ان الجزا قد فات م بتنجيز الثلاث
المبطل للمحلية ش يعني لا يبقى محلا للطلاق م فلا يبقى اليمين ش لان بفوات محل الجزا تبطل اليمين كفوت
محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم جعلت الدار بستانا لا يبقى اليمين فهذا مثله
فان قلت انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح ان يقال ان حضت كانت طالق لانه لا يتصور فيه
منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا قلت اجيب بان الاعتبار للغالب الشايع دون النادر وفيه
نظر لان السوال لم يختص في صورة الحيض حتى يكون نادرا واعتبر ذلك في الوجدانيات كالمحبة والكراهة
والجزع وغيره والصواب ان يقال الشرط في مثل ذلك هو احادها عن ذلك الحمل والمنع فيه مقصود ه
بخلاف ما اذا ابانها ش متعلق بقوله وقد فات التنجيز الثلاث اي فات الجزا بتنجيز الثلاث المبطل
للمحلية م بخلاف ما اذا ابانها ش بطلقة او طلقتين م لان الجزا باق لبقا محله ش اي محل الجزا ولهذا اذا
عادت اليه بعد زوج اخر عادت بثلاث طلقات عند ابي حنيفة وابي يوسف وهي مسئلة الهدم لان
في صورة الابانة بطلقة او طلقتين زوال الحل لا الملك والدليل على بقا الملك ان للزوج الاول ان يتزوجها
بلا تحليل زوج اخر والجواب عن مسئلة الهدم ان اليمين بقيت ببقا الجزا لان اليمين لا ينقسم على الجزا
كما لا ينقسم على الشرط فلما بقيت اليمين بالكلية صار كانه قال عند الدخول انت طالق ثلاثا وهو يملك
الثلاث فيقع وعن مسالة العبد ان تعلق عتقه انما لا يبطل اليمين بعد البيع لان محلية العتق لم تبطل
بالبيع وقد كان محلا للعتق بصفة الرق وهي باقية بعد البيع حتى اذا اعتقه لا يبقى اليمين لفوات المحل
وعن مسئلة الظهار ان محل الظهار لم يفت بتنجيز الطلقات الثلاث لان حرمة الظهار غير حرمة
الطلاق لان الاولى منتهية بالتكفير والثانية بالزوج الاخر وانما لا يصير مظاهرا بعد التطليقات
الثلاث لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا يتحقق ذلك الا بعد التزوج م ولو قال لامراته اذا
جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه المهر ش اي العقر
وهو مهر المثل م وان اخرجه ثم اولجه ش من الايلاج وهو الادخال م وجب عليه المهر وكذا ش
اي وكذا لا يجب المهر باللبث والمكث م اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف انه
اوجب المهر في الفصل الاول ايضا ش وهو ما اذا لبث ساعة بعد الادخال م لوجود الجماع بالدوام
عليه ش اي على اللبث ومعناه انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي م
الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد ش اي اتحاد الايلاج الحلال مع اللبث الحرام من حيث المقصود وهو

دضا الشهوة فكان الجماع واجزاء من وجه واوله غير موجب للحد فيسقط الحد ووجب العقر لان البضع
المحرم لا يخلو عن عقر او حد وعلى هذا الخلاف اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة م وحد الظاهر س
اي ظاهر الرواية م ان الجماع ادخال الفرج في الفرج س ولم يوجد ذلك بعد الطلقات والعتق م ولا
دوام للادخال س حتى يكون لدوامه حكم الابتداء كمن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنث باللبث
ساعة وكذا لو حلف لا ادخل دابتي في الاصطبل وهي فيها فامسكها فيه لا يحنث م بخلاف ما اذا اخرج
ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب بشبهة الاتحاد س اي بين الاخراج
والايلاج م بالنظر الى المجلس س اي بالنظر الى اتحاد المجلس م والمقصود س وهو قضاء الشهوة م فاذا لم
يجب الحد وجب العقر س اي مهر المثل وفي ديوان الادب العقر مهر المراة اذا وطئت عن شبهة والمراد
منه مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير م اذ الوطء المحرم س اي لان الوطء
المحرم م لا يخلو عن احدهما س اي عن احد العقر والحد م ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث س اي باللبث
والمكث م عند ابي يوسف خلافا لمحمد س فانه لا يصير مراجعا عنده لانه لم يوجد الدخول والدوام على الدخول
ليس بدخول م لوجود المساس س هو دليل ابي يوسف اي مقصود المساس بشهوة م ولو نزع ثم اولج
صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع س النزع الاخراج والايلاج الادخال قال الله تعالى يولج الليل في
النهار ويولج النهار في الليل **فروع** لو قال انت طالق لو دخلت الدار كان شرطا مثل ان عند
احمد وروي ذلك عن ابي يوسف وقيل لا يتعلق لانها للمضي وكانه قال امس **وفي جوامع الفقه**
لا يقع وقال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله يقع في الحال ولا يتعلق وكذا لو قال انت طالق لولا دخولك
الدار اولا مهرك اولا ابوك او حسنك لا يقع وفي المغني قال انت طالق اذ دخلت الدار يقع واذ للمضي
ويحتمل ان لا يقع وهو له امس وعندنا يقع فيهما وفي جوامع الفقه قال ادخلي الدار وانت طالق يتعلق
لان جواب الامر كالشرط بالفاء وفي المبسوط والذخيرة قال ادي الي الفا وانت طالق لا يقع حتى يؤدي
لانه جواب الامر وفي المبسوط لان الواو للحال ولو قال ادي الي الفا فانت طالق يقع في الحال لان الفاء
للتعليل ولو قال ان وطئتك فيمينه على الجماع وقال ابن قدامة وعن محمد بن الحسن يمينه على الوطء
بالقدم ولو قال اردت به الجماع لم يقبل وقد غلط ابن قدامة في النقل عن محمد رحمه الله قال محمد في
ايمان الجامع لو قال لها ان وطئتك فهو على الجماع في فرجها بذكره ولو نوى الدوس بالقدم لا يصدق في
الصرف عن الجماع ويحنث بالدوس بالقدم ايضا لاعترافه به على نفسه ولو قال ان وطئت من غير ذكر
فهو على الدوس بالقدم وهو اللغة والعرف وذلك باتفاق اصحابنا ولو قال وجعل لامراته غيره اذا دخلت الدار
فانت طالق فبلغ الزوج فاجاز صح حتى لو دخلت بعد الاجازة تطلق وقبلها لا م **فصل في الاستثناء**
ش اي هذا فصل في بيان حكم الاستثناء وهو التكلم بالباقي بعد الثنيا وهو استفعال من الثني وهو الصرف
يقال ثنيت اي عطفته والحق الاستثناء بالتعليق لانهما في بيان التغيير ولان الشرط يمنع كل الكلام والاستثناء
بعضه والجزء مقدم على الكل م واذا قال لامراته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق س قيل كان
ينبغي ان يذكر هذه المسئلة في الفصل المتقدم لانها ليست استثناء بل هي تعليق واجيب بان التعليق
بمشيئة الله تعالى شبيها قويا بالاستثناء لان بالاستثناء يقع حكم صدر الكلام عما كان قبل الاستثناء
بحيث لا يتوقف وجوده على وجود الشرط فلذا حكم صدر الكلام يمتنع اصلا في التعليق بمشيئة الله تعالى
ولا يتوقف على وجود الشرط فلهذه المناسبة ذكر التعليق بالمشيئة في فصل الاستثناء قوله متصلا
نصب على انه صفة لمصدر محذوف اي قولا متصلا والمراد من الاتصال ان لا يقطع قوله ان شاء الله عن
قوله انت طالق بكلام اخر او سكوت واما العطاس لانقطاع النفس فلا عبرة به لعدم امكان التحرز عنه
ولو اتى بحروف الاستثناء بحيث لا يسمع يقع الاستثناء صحيحا وهو اختيار الكرخي لان السماع ليس بشرط
صحة الكلام ولهذا صح استثناء الاصم وان لم يسمع هو ايضا وعلى شرط الاتصال جمهور العلماء وهو
قول الائمة الاربعة ومنهم من جوز الاستثناء ما لم يقم من المجلس وبه قال الحسن البصري وطاوس وعن ابن
عباس جوازه الى مدة سنة وعنه جوازه ابدا وقال سعيد بن جبير بعد اربعة اشهر وقال قتادة بعد
سنتين وقال احمد له الاستثناء ما دام في ذلك الامر ومثله عن اسحق بن راهويه الا ان يسكت ثم
يعود الى ذلك الامر ولو جرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد لا يقع طلاقه لان الاستثناء وجد حقيقة

وهو صريح في بابه والصريح لا يفتقر الى النية لقوله انت طالق ومطلقة وطلقتك وفيه خلاف
الشافعية قوله لم يقع الطلاق وبه قال طاوس وابراهيم النخعي والحكم والشافعي واسحق وابو عبيد وابو ثور
وهو قول عطاء ومجاهد والزهري والشعبي وحماد وعبد الرزاق وسعيد بن المسيب والاوزاعي وعثمان
البتي وبه قالت الظاهرية وابو سليمان وقال مالك ومكحول وقتادة وابن ابي ليلى واحمد في ظاهر الرواية عنه
يقع الطلاق في الحال ولا يتعلق وفي اليمين اختلفوا يعني بالطلاق وغيره قال اصحابنا لا شيء عليه وبه
قال الشافعي وابن ابي ليلى واسحق وابو عبيد وقال مالك لا استثناء في الطلاق والعتاق والمشي والصدقة
ويعتبر في اليمين والنذر وعند احمد لا يرفع الطلاق خاصة ويرفع العتاق والايمان ثم اختلفوا في عمله
اي عمل الاستثناء فقال ابو يوسف ابطال وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال محمد تعليق وبه قال
بعض اصحاب الشافعي وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق فعند ابي يوسف
انه لا يطلق لابطال الكلام سواء قدم او اخر بحرف الفاء او بغيره وعند محمد يقع لانه للتعليق فاذا قدم الشرط ولم
يذكر حرف الجزاء لم يتعلق فبقي الطلاق بلا شرط كذا في الجامع الكبير لقاضي خان وذكر في الفتاوى الصغرى
الفتوى على قول ابي يوسف وذكر في الايضاح الاختلاف على ما اختلف ابو يوسف ومحمد في الطلاق المقرون
بالاستثناء في موضع يصح الاستثناء هل يكون يمينا قال ابو يوسف ومحمد يكون يمينا حتى لو قال لها ان
حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لها انت طالق ان شاء الله يحنث في قول ابي يوسف وقال محمد لا يكون يمينا
ولا يحنث ولم يقع الطلاق وكذا العتاق لو قال لعبده ان حلفت بعتقك فانت حر ثم قال انت حر ان شاء الله م
لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به فلا حنث عليه ش اي لقول النبي
صلى الله عليه وسلم وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب وروى اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب
السختياني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال
ان شاء الله فلا حنث عليه بلفظ الترمذي وقال حديث حسن وقد روي عن نافع عن ابن عمر موقوفا وروي
عن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم احدا رفعه غير ايوب السختياني وقال اسمعيل بن ابراهيم كان ايوب
احيانا يرفعه واحيانا لا يرفعه ولفظ ابي داود فيه فقد استثنى وروى الترمذي والنسائي وابن ماجه
من عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن ابيه عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه قال الترمذي سالت محمدا عن هذا الحديث فقال اخطا
فيه عبد الرزاق اختصره من حديث معمر عن ابن طاوس عن ابيه عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ان سليمان عليه السلام قال لاطوفن الليلة وفيه لو قال ان شاء الله لكان كما قال وروى ابن عدي في
الكامل عن اسحق بن ابي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن ابي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما
من قال لامراته انت طالق ان شاء الله او لغلامه انت حر او علي المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول
باسحق الكعبي بان ذلك ليس في الحديث الذي رواه اصحاب السنن متصلا به وقد روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا اجيب بمنع باسحق الكعبي
صحة هذا او بعد التسليم بصحته فنقول ان الاستثناء كان من قوله لاغزون قريشا الذي سبق قبل سنة
لانه يحتمل ان الاستثناء كان من كلام اخر متصل به ولئن سلمنا ان الاستثناء كان منه لكن لا نسلم ان قصد
النبي صلى الله عليه وسلم كان لنا الاستثناء فلم لا يجوز ان يكون قصده الى اسناد ذلك المامور به الغائب في
قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت م ولانه ش اي ولان
المستثنى اتى بصورة الشرط م اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقة الشرط لان حقيقة الشرط عبارة
عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك وما هو كذلك م
فيكون تعليقا من هذا الوجه ش يعني من حيث الصورة م وانه ش اي قوله ان شاء الله م اعدام ش التعليق
قبل وجود الشرط م والشرط ش وهو مشيئة الله تعالى م لا يعلم هنا ش اي في صورة التعليق بمشيئة الله
لانا لا نطلع عليها م فيكون اعداما له ش اي للجزاء من الاصل اي من الاصل لعدم العلم بالمشيئة فصار
كانه لم يقل انت طالق اصلا ش فكان ابطالا للكلام م ولهذا ش اي ولان في الاستثناء معنى الشرط م
يشترط ان يكون متصلا به ش وعليه جمهور العلماء وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب م بمنزلة سائر الشروط
ش لكونه بيان تغيير وشرط الاتصال م ولو سكت ش اي المتكلم زيادة على قدر التنفس ثم قوله

بكسر النون م

انت طالق وبين قوله ان شاء الله م بطل حكم الكلام الاول س وهو وقوع الطلاق لانه لا يصح الاستثنا
المنفصل في مذهب الجمهور م فيكون الاستثنا س في قول محمد والاستثنا بالنصب لانه يكون التعليق
بمشية الله تعالى استثنا عن الكلام الاول ويجوز بالرفع على ان يكون تامه او ناقصة يكون خبرها الجار
والمجرور اعني قوله عن الاول م او ذكر الشرط س في قول ابي يوسف اي او يكون ذكر الشرط وهو قوله ان شاء الله
م لغوا س اي بعد قوله انت طالق م رجوعا عن الاول س اي عن الكلام الاول وانما قلنا يكون الاستثنا
على قول محمد والشرط على قول ابي يوسف لان محمدا يقول ان قوله ان شاء الله اعدام لانه بمنزلة الاستثناء
وابو يوسف يقول انه شرط وهذا اثاره في الفتاوى الصغرى انت طالق ان شاء الله هو يمين عند ابي يوسف حتى
لو قال لامراته ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها انت طالق ان شاء الله حنث عند ابي يوسف وعند
محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به عنده م قال وكذلك لو ماتت س وفي بعض النسخ وكذا ان ماتت والبيرنيه
لفظ قال وهو معطوف على قوله لم يقع في اول الفصل يعني اذا ماتت المراة بعد قوله انت طالق م قبل
قوله ان شاء الله س اي لا يقع الطلاق م لان بالاستثنا خرج الكلام من ان يكون ايجابا س فاذا ابطل
الايجاب بطل الحكم م والموت منافي للموجب س جواب عن سوال مقدر تقديره ان يقال الموت منافي لقوله
انت طالق حتى لا يقع الطلاق به بعد موتها فينبغي ان يكون منافيا للاستثنا وهو المبطل فيقع الطلاق
فاجاب بقوله والموت منافي للموجب س وهو قوله انت طالق م دون المبطل س وهو الاستثنا اعني قوله
ان شاء الله لان الموجب يستدعي المحل ولهذا لو قال لامراته انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة لا
يقع لان الموت ينافي المحليه والاستثنا مبطل وانه يستدعي صحة الايجاب التي تقوم بالروح والموت
لا يمنه في الابطال م بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لا يبطل به الاستثنا س اي بخلاف ما اذا مات
الزوج قبل قوله ان شاء الله حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل الغير وهو الاستثنا باول كلامه فانا لا نعلم
اراده الاستثنا بقوله فلذلك اي اطلق امراتي واستثني م ولو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت
ثنتين وان قال الا ثنتين س اي وان قال انت طالق ثلاثا الا ثنتين م طلقت واحدة س ح في ذكر المثالين
اشارة الى القليل والكثير سوا خلافا للفرا فانه لا يجوز الا الاكثر بدعي انه لم يتكلم به العرب وفي الغاية
وذهب النحاة من اهل الكوفة والبصرة الى ان استثنا الاكثر غير جايز واختلفوا في جواز استثناء
النصف وتبعهم احد فيهما وذهب بعض المالكية الى هذا ايضا وفي البدايع والميزان روي عن ابي يوسف
وهو قول الفرا انه لا يجوز استثنا الاكثر من الاقل وصوابه من الكل وفي الاسبيجابي وروي عن ابي يوسف
لا يجوز استثنا الاكثر وهو الصواب وزعموا ان العرب لا يوجد في كلامهم له على عشرة الا تسعة ولم
يتكلم به ولا يصح استثنا الكل من الكل وذكر ابن طلحة في مختصره المعروف بالمدخل قولين في جواز
الكل من الكل وقال الامدي منع بعض اهل اللغة استثنا العقد ولا يقال له على مائة الا عشرة بل
الا خمسة وذهب ابو بكر من الحنابلة الى ان الاستثنا لا يكون في الطلاق فاذا قال انت طالق ثلاثا الا
واحدة وقع الثلاث وهذا باطل ولو قال انت طالق اربعا الا ثلاثا صح الاستثنا ويقع واحدة وفي
المحيط لو قال انت طالق ثنتين وثنتين الا ثنتين ان نوى استثنا الاولى والاخيرة لا يصح لانه استثنا
الكل فيقع الثلاث وان نوى واحدة من الاولى وواحدة من الثانية صح ويقع ثنتان وكذا عند
عدم النية خلافا لزفر واحمد وفي الذخيرة هذا قول ابي يوسف وروى هشام عن محمد لو قال
انت طالق ثنتين وثنتين الا ثلاثا يقع الثلاث لانه يؤول الى استثنا الكل ولو قال ثلاثا الا نصفا يقع
ثنتان عند ابي يوسف وعند محمد رحمه الله يقع الثلاث وبه قال مالك والشافعي واحمد ولو قال انت
طالق واحدة ونصفا الا واحدة ونصفا يقع ثنتان وعن ابي يوسف يقع واحدة ولو قال انت طالق واحدة
وواحدة وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثنا ولو قال انت طالق ثنتين وواحدة او واحدة وثنتين الا
ثنتين فهي ثلاث ولو قال انت طالق واحدة وثنتين الا واحدة يقع ثنتان ويصير مستثنا الواحدة
من الثنتين ولو قال ثنتين واربعا الا خمسا يقع الثلاث ذكره القدوري وفي المنتقى قال انت
طالق ثلاثا وثلاثا الا اربعا فهي ثلاث عند ابي حنيفة ويروى عن محمد ويصير قوله وثلاثا ثانيا لغوا
فاصلا وقال ابو يوسف تطلق ثنتين وهو الظاهر في قول محمد ولو قال انت طالق عشرا الا ثلاثا الا
تسعا يقع واحدة ولو قال الا ثمانيا يقع ثنتان ولو قال الا سبعا يقع الثلاث ولو قال هذه طالق

٩٨

وهذه وهذه الا هذه كان الاستثنا باطلا ولو قال انت طالق خمسا الا واحدة يقع الثلاث وفي
وجه للحنابلة يقع ثنتان م والاصل ان الاستثنا تكلم بالحاصل بعد الثنيا س بضم الثا المثلثة
وسكون النون وهو اسم بمعنى الاستثنا ومعناه ان يصير الكلام بعد الاستثنا عبارة عما وراء
المستثنى يدل عليه قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما معناه لبث فيهم تسعمائة وخمسين
عاما م هو الصحيح س احتراز عن ما قال البعض انه اخراج وفيه معنى المعارضة وموضعه الاصول
م ومعناه س اي معنى الثنيا م انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القايل لفلان علي درهم
وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثنا البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح
الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شي ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه س الضمير في بعده يرجع الى
استثنا الكل وفي به يرجع الى الباقي وكذا في اليه وهذا كما اذا قال لامراته انت طالق ثلاثا الا ثلاثا
تطلق ثلاثا لبطلان الاستثنا وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وظن بعض مشايخنا ان استثنا الكل
رجوع وان الرجوع عن الطلاق باطل وليس كذلك لما انه ابطل استثنا الكل في الوصية مع ان الوصية
يحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته ان استثنا الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ
واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثنا الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نساي
طوالق الا كل نساي لا يصح الاستثنا ولو قال نساي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا
تطلق واحدة منهن وان كان هو استثنا الكل من الكل وهذا لان الاستثنا تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه
اللفظ دل انه يبنى الحكم على الكلام لفظا فكذا فيما يقع اذ لو كان الاستثنا يتبع الحكم الشرعي لما صح في
قوله انت طالق عشرا الا تسعا لانه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بالاتفاق م وانما يصح س الاستثنا
اذا كان موصولا به س اي بالاستثنا م كما ذكرنا من قبل س اي في قوله انت طالق ان شاء الله يعني كما لا يصح قوله
ان شاء الله الا متصلا لا يصح قوله الا واحدة وقوله الا ثنتين الا متصلا م اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول س
اراد به استثنا الواحد من الثلاث م يبقى منه س اي يبقى من المستثنى منه م ثنتان فيقعان وفي الثاني
س اي في الفصل الثاني اراد به استثنا الثنتين من الثلاث م واحدة س اي يقع واحدة م ولو قال الا
ثلاثا يقع الثلاث س يعني لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا م يقع الثلاث لانه استثنا الكل من الكل فلم يصح
الاستثنا س لعدم بقا شي بعد الاستثنا يصير الكلام عبارة عنه والله اعلم باب
طلاق المريض ش اي هذا باب في بيان حكم طلاق المريض ولما فرغ عن بيان طلاق الصحيح شرع في
بيان طلاق المريض لان المرض عارض والاصل عدمه والمرض معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبايع
الاربع م واذا طلق الرجل امراته في مرض موته طلاقا باينا فمات وهي في العدة ورثته س اي ورثت المراة
زوجها المطلق ميراثها الشرعي م وان مات بعد انقضا العدة فلا ميراث لها س في هذا اربعة عشر قولا
الاول انه لا يقع طلاقه وعن ابن حزم الى عثمان رضي الله عنه الثاني يقع طلاقه وترثه بشرط قيام العدة
وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وابي بن كعب وعايشة رضي الله عنهم وبه قال المغيرة والنخعي وابن سيرين
وشريح وربيعة بن ابي عبد الرحمن وطاوس والاوزاعي وابن شبرمة والليث بن سعد وسفيان الثوري
وحماد بن ابي سليمان والحارث العكلي الثالث ترثه ما لم تتزوج زوجا اخر وان انقضت عدتها وهو قول ابن
ابي ليلى واحمد واسحق وابي عبيد الرابع ترثه وان تزوجت عشرة ازواج وبه قال مالك والليث في رواية
عنه ذكره ابن رشد في القواعد الخامس ترثه وترثها وبه قال الحسن البصري السادس ان صح منه ومات
من مرض اخر لا ترثه عندنا وقال الزهري والثوري والاوزاعي وزفر واحمد واسحق ترثه ان مات
قبل انقضا عدتها منه ذكره عنهم ابن حزم في المحلى السابع ترثه وترثها اذا كان بها حمل او نفد المضارة
وهو قول عروة بن الزبير الثامن ترثه وتنتقل عدتها الى عدة الوفاة ما لم تنكح وبه قال الشعبي التاسع تعتد
بابعد الاجلين من ثلاث حيض واربعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد العاشر ترثه قبل الدخول ولها نصف
الميراث ولا عدة عليها قاله مجاهد ومالك وبكير الحادي عشر لها الميراث وجميع الصداق وقبل الدخول
وعليها العدة وهو قول الحسن واحمد واسحق وابي عبيد الثاني عشر لو خيرها فطلقت نفسها ثلاثا او
منه او حلف بطلاقها على دخولها الدار وهو صحيح عند الحلف مريض عند الدخول او قال وهو صحيح اذا قدم
فلان فانت طالق ثلاثا فقدم وهو مريض فطلقت ثلاثا لا ترثه عندنا وعند مالك ترثه في الكل الثالث عشر

يجب الصداق ولها كاملا ولا ميراث لها ولا عدة عليها وبه قال جابر بن زيد والرابع عشر لا ترثه اصلا فبكل الدخول وبعده وهو الظاهرية وابي ثور واختاره ابن المنذر في الاشراف وهو الجديد للشافعي وفي القديم الزوج فار والميراث فيه ثلاثة اقوال الاول مثل قولنا والثاني مثل قول احمد والثالث مثل قول مالك ابدا م وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين ش اي قبل العدة وبعدها وفي شرح الاقطع وللشافعي اقوال احدها انها لا ترث سواء مات في العدة او بعد العدة والاخر انها ترث ما لم تتزوج بزوج اخر وان انقضت العدة وهو قول مالك والاخر انها ترثه وان تزوجت بزوج اخر وهو قول ابن ابي ليلى م لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض س اي بعارض الطلاق البائن م وهي السبب ش اي الزوجية هي سبب الميراث م ولهذا س ايضاح لقوله لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض م لا ترث اذا ماتت س لان سبب الارث قد زال فلا يثبت الحكم بلا سببه م ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله س اي ابطال ارثها م فيرد عليه قصده بتاخير عمله س اي عمل الطلاق م الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها س اي لاجل دفع الضرر عن المراة وكان الطلاق لم يوجد في حق الارث م وقد امكن س جواب عما يقال ان كان سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي فيه الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعدها فاجاب بقوله م وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الاثار س من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت ونكاح اربعة سواها م فجاز ان يبقى في حق ارثها منه س دفعا للضرر عنها م بخلاف ما بعد انقضاء العدة لانه لا امكان س اي لا امكان ش لتاخير عمل الطلاق لعدم بقاء النكاح اصلا م والزوجية في هذه الحالة س هذا جواب عن قوله ولهذا لا ترث اذا ماتت اي الزوجية فيما اذا كان الزوج مريضا مرض الموت م ليست بسبب لارثه لانه لم يتعلق حقه بمالها لكونها صحيحة م فيبطل في حقه ش قال السغناقي فيبطل بالنصب لانه جواب النفي وقال الاكمل وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير والكل منها وجه ولا قوله لا غير فانه اوجه له انتهى قلت اراد بقوله بعض الشارحين الاترازي فانه قال في شرحه قوله فيبطل في حقه بالرفع لا غير اي فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت لبطلان الزوجية اصلا بخلاف ما اذا مات الزوج حيث يرثها المراة لان الزوجية وان بطلت بالطلاق البائن حقيقة جعلت باقية حكما في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها ولا يجوز ان يقال بالنصب جوابا للنفي لانه حينئذ ينعكس الغرض لانه يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارث الزوج عنها ولكنها ليست بسبب فاذا لم يبطل الزوجية يجب ان يرثها ولا يقول به احد لا نحن ولا الشافعي والذي وقع في بعض الشروح بنصب اللام سهو انتهى قلت الكاكي تبع السغناقي فقال فيبطل بالنصب لانه جواب النفي والذي قاله الاكمل هو الوجه فافهم م خصوصا اذا رضي به س اي لا سيما ان الزوج اذا رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم على الطلاق ثم اعلم ان اصحابنا استدلوا في هذا الباب بالنقل والعقل وصاحب الهداية لم يذكر شيئا من النقل فنقول بالاجماع الصحابة على يورث امراة الفار وبيانه ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امراته تماضر في مرض موته فورثها عثمان رضي الله عنه ولم ينكر احد عليه من الصحابة رضي الله عنهم فحل محل الاجماع فان قلت لا نسلم الاجماع لانه روي عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما في حديث تماضر انه قال لو كان الامر الي لما ورثتها قلت اجيب بانه قد صح عن ابن الزبير انه قال هذا الكلام في وقت امارته بعد سبق الاجماع والخلاف المتاخر لا يرفع الاجماع السابق وقال الاترازي ولئن سلمنا انه قاله وقت تورث تماضر فنقول قوله ما ورثتها خفا وجه الاكساء على او نقول كانت تماضر سالت الطلاق فاعتقد ابن الزبير ان سؤالها يسقط الارث ونحو به نقول ولكن عثمان لما ورثها عند وجود سؤال الطلاق فعند عدمه اولى انتهى وفي الشرح واجابوا عن قول ابن الزبير في خلافته لو كنت انا لم اكن اورثها انه لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء

وفي البدايع

وفي البدايع وكان الاجماع قد انعقد على ذلك وخلافه بعد وقوع الاجماع من الصحابة لا يقدح فيه لان انقراض العصر ليس بشرط لصحة الاجماع او خالفه لتوريثه بعد سؤالها وقد روي ذلك ولعل عثمان كان يرى ان ذلك لا يسقط ارثها وفي الجواهر والمحلى في رواية عثمان توريثها بعد انقضاء العدة ورواه هشام عن عمر بن ابي سلمة عن ابيه انه كان بعد العدة وروى عنه ابو عوانة كان في العدة وقال ابن حزم وعمر هذا ضعيف لكن حديث مرطوبه عبد الرزاق عن ابن جريج عن ابي مليكة انه سال عبد الله ابن الزبير قال عبد الرحمن بن عوف بنت الاصبغ الكلبية فبتها ثم مات في العدة فورثها عثمان رواه عنه الحجاج بن المنهال وسعيد بن منصور وقد اتفقا على ان توريثها كان في العدة وهو قول الجمهور ويحمل قول من قال انه ورثها بعد انقضاء العدة مع ضعفه انه كان تاخير المحاصة والقسمة وقع بعد العدة وكان موته قبل انقضاء العدة يدل عليه قوله فلم يلبث يسيرا حتى مات وتماضر بضم التاء المثناه من فوق وتخفيف الميم وكسر الضاد المعجمة وفي اخره راء بنت عمرو بن الشريد السلمية قال ابو عمر هي الخنساء الشاعرة بنت عمرو بن الشريد بن رباح بن ثعلبة بن عصية ابن خفاف بن امرى القيس بن بهثة بن سليم قدمت على النبي صلى الله عليه وسلم مع قومها من بني سليم فاسلمت فذكروا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستنشدها ويعجبه شعرها فكانت تنشده وهو يقول هيه يا خناس ويومي بيده عليه السلام واجمع اهل العلم بالشعر انه لم يكن امراة قط قبلها ولا بعدها اشعر منها وقالوا اسم الخنساء تماضر وكانت حضرت حرب القادسية ومعها بنوها اربعة رجال واستشهد الاربعة فيها وكان عمر رضي الله عنه يعطي الخنساء ارزاق اولادها الاربعة لكل واحد مايتي درهم حتى قبض رضي الله عنه وفي السروجي وروي عن عثمان رضي الله عنه انه لما قضى بتوريثها قال قضيت من كتاب الله وروي عنه انه قال ما قررت من كتاب الله اي ما قضيت الفرار من كتاب الله وخصلها بالصلح عن ربع ثمنها ثمانون الفا وذكر بعض اهل الحديث انها كانت دنانير وذكر عند العيني في الاربعين ان ورثته كانوا يقطعون سبايك الذهب بالفوس ويقتسمونها ومن الدليل في هذا الباب ما روي عن ابرهيم النخعي انه قال جاء عروة البارقي الى شريح من عند عمر رضي الله عنه بخمس خصال منهن اذا طلق المريض امراته ثلاثا ورثته اذا مات وهي في العدة وعن الشعبي ان ام البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان فلما حوصر جاءت الى علي رضي الله عنه بعد ما قتل واخبرته بذلك فقال تركها حتى اذا اشرف على الموت فارقها فورثها منه وعن عايشة رضي الله عنها ان امراة الفار ترث ما دامت في العدة ثم اعلم ان الذي ذكره صاحب الهداية مع الخلاف فيه انه اذا كان طلاق المريض باينا كما صرح به واما اذا كان رجعيا فبالاولى ان ترث لان حكم النكاح قايم فان قلت فعلى ما ذكرت كان ينبغي ان لا ترث ايضا في البائن قلت زمن مرض الموت زمن تعلق حق الوارث بمال المورث ولهذا يمنع من التبرع بما زاد على الثلث فبقي النكاح في حق الارث فان قلت يمنع قيام النكاح اصلا ولهذا يجب عليه الحد اذا وطيها ولا ترث اذا كان الطلاق برضاها وكذلك اذا كان الطلاق قبل الدخول وكذا لا ترث اذا كان بعد انقضاء العدة وكذا لا ترث اذا ابرء ثم مات وهي في العدة قلت اجيب بان وجوب الحد باعتبار ارتفاع الحل ولم يدل على ارتفاع النكاح اصلا بل هو باق من وجه ولهذا لا يجوز للمعتدة ان تتزوج بزوج اخر وان الطلاق برضاها يبطل حقها ولا فرار منه وان الطلاق قبل الدخول باعتبار عدم وجوب العدة فلم يمكن ابقاء النكاح حكما وان انقضاء العدة يمكنها من التزوج بزوج اخر فوجد المنافي للنكاح الاول فلم يجعل قايما حكما وان المراة لم يكن حقها متعلقا بمال الزوج زمن الطلاق ولم يوجد قصد ابطال الحق وان موت المراة لا يبقى الزوجية في حقه لا حقيقة ولا حكما وفي مختصر الكافي وان كانت المراة امة او يهودية او نصرانية فابانها في مرض بغير امرها ثم اعتقت الامة واسلمت الكافرة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه لانه لم يكن فارا من ميراثها يوم طلق لانه لم يتعلق حقها بماله م وان طلقها ثلاثا بامرها ش اي قالت له طلقني ثلاثا فطلقها ثلاث طلقات في مرض موته م او قال لها اختاري ش اي او خيرها في مرض موته م فاختارت نفسها س او قالت اخترت نفسي م او اختلعت منه س اي او اختلعت المراة من الزوج م ثم مات س اي الزوج والحال انها في العدة وهو معنى قوله م وهي في العدة م

لم ترثه س جواب المسايل الثلاث اي لم يرث الزوج م لانها رضيت بابطال حقها والتاخير
س اي تاخير عمل الطلاق في بطلان ارثها الى انقضا عدتها م لحقها س وقد رضيت بسقوطه
وفي المحيط لو جات الفرقة من قبلها في مرضها لم يرث منه لانها باشرت سبب بطلان حقها
ولو جات الفرقة منها في مرضها ورثها الزوج فينبغي ان لا يرثها لانا جعلنا قيام العدة كقيام
النكاح في حقها ولا عدة عليه عند موتها فلم يبق النكاح حكما بعد العدة فيكون جوابه بلا كلام
مجموع عن ابطال حقه بقينا النكاح في حق الارث دفعا للضرر عنه او رد القصد بها ابطال
حقه كما حكمنا في مستعجل الارث بحرمانه رد القصد وكذا لو حصلت الفرقة بسبب الجب
والعنة وخيار البلوغ والعتق في مرضه لا ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب
الاضطرار لم يكن من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة وفي الجامع لو فارقته في مرضها
بخيار العتق والبلوغ ورثها الزوج لانها جات من قبلها وهذا لم يكن طلاقا وفي الينابيع جعل
هذا قول ابي حنيفة ومحمد م وان قالت طلقني للرجعة وطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا
يزيل النكاح فلم يكن سوالها راضية ببطلان حقها س السوال مصدر سال الشيء وهو من اضافة
المصدر الى الفاعل والمفعول متروك اي بسوال المراة الطلاق الرجعي وفي بعض النسخ بسواله بتذكير
الضمير المضاف اليه وهو من اضافة المصدر الى المفعول والفاعل متروك اي بسوال الطلاق الرجعي
مع كل واحد من الاستوا والتقدير على هذا الوجه سوال المراة اياه الطلاق الرجعي م وان قال لها
س اي وان قال رجل لامراته م في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته
س اي المراة صدقت زوجها بذلك فلا ميراث لها لان الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة م ثم اقر
لها بدين س بان قال لها في ذمتي كذا الفا درهم مثلا م او اوصى لها بوصية س من تركته م فلها الاقل
من ذلك س اي من الميراث والمقر به والوصية م عند ابي حنيفة وقالا يجوز وصيته واقراره لها س
يعني لها جميع ما اقر لها او اوصى لها سوا كان اقل من الميراث او اكثر م وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها
س بان قالت له طلقني في مرض فطلقها ثلاثا م ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك
ومن الميراث في قولهم جميعا س اي في قول ابي حنيفة وصاحبيه وفي الجامع جعل هذا قول ابي ح
وحده م الا زفر فان لها جميع ما اوصى به وما اقر لان الميراث لما بطل بسوالها زال المانع من صحة الاقرار
والوصية س ولا ميراث لها لانها اسقطته بسوالها م وجه قولهما س اي قول ابي يوسف ومحمد م في
المسئلة الاولى س اي فيما اذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته
م انهما س اي ان الزوجين لما تصادقا على الطلاق س اي على وقوعه م وانقضا العدة س اي وعلى انقضا
العدة م صارت اجنبية عنه س اي عن الزوج م وانعدمت التهمة س لوجود التصادق م الا ترى
س ايضاح لانعدام التهمة م انه س اي ان الشان م يجوز نكاح اختها ووضع الزكوة فيها س لان
اقراره صار كاقراره لساير الاجانب وكذا وصيته لعدم التهمة بهذه الاحكام م بخلاف المسئلة
الثانية س وهي ما اذا طلقها ثلاثا في مرضه بامرها م لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على
دليل التهمة س اي الحكم يترتب على دليل التهمة ويثبت به م ولهذا س اي ولكون الحكم دائرا على
دليل التهمة م يدار على النكاح س حيث لا يجوز شهادة الزوجين لاجل التهمة م والقرابة لانعدام
التهمة فكذا اطلقوا م والمراد لم يكن الاخ من عيالها اخيه م ولا عدة في المسئلة الاولى س لتصادقهما
على انقضا العدة وليس فيها دليل التهمة م ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قايمة س بسبب
التواضع م لان المراة قد تختار الطلاق ليفتح باب الاقرار والوصية عليها س على المراة وهو يتعلق
بقوله ليفتح م فيزيد س بالنصب عطفا على قوله ليفتح م حقها بالرفع لانه فاعل فيزيد م
والزوجان قد يتواضعان س في التواضع وهو عبارة عن وضع الشخصين راسهما على شيء واحد وكذا المواضعة
م على الاقرار وانقضا العدة ليبرها الزوج بماله زيادة س اي لاجل الزيادة م على ميراثها وهذه التهمة في
الزيادة فرددناها س اي الزيادة م ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه س اي قدر الميراث م ولا مواضعة
عادة س جواب عن استشهادهما م في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام س لان القرار
وتهمة الايثار يتحقق في حق الارث لا في حق هذه الاحكام فاعتبرت في حق الارث دون غيره وفي الذخيرة

لابد من تحكيم الحال فان كان حال الخصومة وغضب يقع الطلاق عليها بهذا الاقرار وان لم يكن كذلك لا يقع
م ومن كان محصورا س وفي اكثر النسخ م قال م اي قال محمد في الجامع الصغير ومن كان محصورا س هذا البيان
ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شي يقرب به الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت م او في صف القتال
س اي او كان في صف القتال في الحرب م فطلق امراته ثلاثا لم ترثه س اي لم ترث المراة زوجها م وان كان س اي
الذي في صف القتال م بارز رجلا س من المبارزة في الحرب وهي الخروج من الصف لطلب القتال م او قدم
س على صيغة المجهول اي اقدم الرجل ليقتل في قصاص س كله في قصاص للتغليب اي لاجل قصاص او لخوف لان
الذي لم يتعين به وفي الحديث اي امراة دخلت النار في هرة اي لاجل هرة م او رجم س اي او قدم لاجل رجم
بسبب الزنا م ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل س اي او قتل بسبب اخر فيه دليل على انه لا فرق
بينما اذا مات بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش المرض اذا قتل هذا ظاهر الرواية عن اصحابنا
وهو المذكور في مختصر الكافي والمبسوط والشامل وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه كان عيسى بن ابان
يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت
ولكنا ان الموت اتصل بالمرض والسبب الاخر يكون متمما له ولا منافاة فيثبت الفرار فترث م واصله س اي
اصل ثبوت حكم الفرار ما بينا س اي في اول الباب ان امراة الفار ترث استحسانا س لا قياسا كما هو احد
قول الشافعي رحمه الله لان سبب الارث انتها النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات والحكم لا
يثبت بدون السبب ووجه الاستحسان ما مر وهو اتفاق الصحابة على ذلك كما ذكرناه مفصلا م وانما يثبت
حكم الفرار بتعلق حقها بماله س اي بمال الزوج م وانما يتعلق س اي الفرار م بمرض يخاف منه الهلاك غالبا
كما اذا كان صاحب فراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوايجه س كالذهاب الى المسجد والقضا حاجته وعن
شمس الائمة الحلواني ان المعتبر في حق الفقيه ان لا يقدر على الخروج الى المسجد وفي السوقي ان لا يقدر على الخروج الى
الدكان وفي المراة ان لا تقدر على الخروج الى السطح ولو كان المريض يقوم بحوايجه في البيت كالمشي الى الخلا ولا يقوم
بحوايجه خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ بخارى وعند عامة
مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح وقال بعض المشايخ من المتاخرين اذا كان بحال يمكنه ان يخطو ثلاث خطوات
من غير ان يستعين بغيره فهو بمنزلة الصحيح وهذا ضعيف فان المريض جدا لا يعجز عن هذا وقيل الذي يتعذر
عليه ادا الصلاة جالسا وقيل لا يقدر ان يقوم الا ان يقيمه انسان وقيل ان لا يقدر على المشي الا ان يهادى
بين اثنين وفي المراة ان يعجز عن القيام بمصالح بيتها والمراة في حال الطلق في حكم المرض م كما يعتاده الاصحاب س اي
في القيام بحوايجه ولا اصحاح صحيح م وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب س
بكونه سببا في حكم مرض الموت قالان بوصفه المصنف رحمه الله م وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت
حكم الفرار س وان كان يخاف منه الهلاك فلا يعطى له حكم المرض م فالمحصور س قوله ولهذا جواب ايضاح
لما قبله وبيان له فلذلك ذكره بالفا والمحصور هو المحبوس يقال حصره حصرا اذا احبسه م والذي في
صف القتال س الذي خرج للمبارزة م الغالب منه السلامة س اي من كل واحد من المحصور والذي في صف
القتال السلامة غالبا وان كان يقع الهلاك نادرا م لان الحصن لدفع باس العدو س هذا التعليل للمحصور
لان الغالب الذي في الحصن يامن من باس العدو م وكذا المنعة س تعليل للذي في صف القتال لان حوله
من يمنع باس العدو والمنعة بالسحاب يقال فلان في منعة من قومه اي في عز وامن م فلا يثبت به حكم
الفرار س تتحد لما قبله م والذي بارز س اي في الصف للقتال م او قدم س على صيغة المجهول م ليقتل
س في قصاص او رجم م الغالب منه الهلاك س والخلاص نادر م فيتحقق به الفرار س نتيجة لما قبله م ولهذا
اي لهذه الصور المذكورة م اخوات س يعني في الصور الاخرى م تخرج على هذا الحرف س اي على هذا الاصل
المذكور وحرف كل شي حده وجانبه والاصل المذكور هو ثبوت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك
الغالب وعدم ثبوته فيما كان الغالب منه السلامة س الاول النازل في المسبعة والراكب في السفينة
والمحبوس لاجل قود او رجم والخايف من العدو ومن الثاني الذي انكسرت في سفينته وبقي على لوح او
في المحيط وفي جوامع الفقه كان في سفينة فاضطربت الامواج وكان الغالب منه الغرق فهو كمرض
الموت وكذا الواقع في فم السبع والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو من الثاني وفي الاصل
الاول وصاحب جرح او قرحة او وجع لم يضنه على الفراش بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره م وقوله س

اى قول محمد فى الجامع الصغير م اذا مات فى ذلك الوجه او قتل ش بان قتله انسان لا فرق فيما اذا ماتت بذلك السبب
او بسبب اخر لصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل ش وقد مر الكلام فيه عن قريب م واذا قال الرجل لامراته
وهو صحيح ش اى والحال انه صحيح م اذا جاء راس الشهر او اذا ش اى او قال لها م دخلت الدار او اذا صلى فلان
الظهر او اذا دخل فلان الدار ش وهذه اربع صور لتعليقه وقوله م فانت طالق ش جواب لها اى طالق بائن لان
حكم الفرار حيث بالباين م فكانت ش اى وجدت وحدث فكان تامة م هذه الاشياء ش اى مجى راس
الشهر ودخول المراة الدار وصلاة فلان الظهر ودخول فلان الدار م والزوج مريض ش اى والحال ان
الزوج كان مريضا وقت وجود هذه الاشياء م لم ترث ش جواب اذا فى الصور المذكورة الا فى الصورة
المستثناة على ما يجى الان وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط قلنا لا ترث
لانه لم يوجد منه الفرار وحين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزوج لان الشرط امر سماوى او فعل
الاجنبى والزوج ليس بقادر على ابطال التعليق ولا على منع الفعل السماوى ولا على منع الاجنبى من
ايجاد الشرط فلم يكن فارا فلا ترث لعدم قصد الفرار وان كان من الزوج م الا فى قوله اذا دخلت الدار ش هذا
الصورة المستثناة من الصور الاربعة المذكورة م فهذا ش اشارة الى المذكور من الصور منها اى قوله
اذا دخلت الدار بالخطاب الى المراة والى نفسه م على وجوه اربعة الاول هو قوله م اما ان يعلق الطلاق
بمجى الوقت ش بان قال اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان هذه الدار و الثالث هو قوله م او بفعل
نفسه ش بان قال ان دخلت هذه الدار م وكل وجه ش اى من الوجوه المذكورة م على وجهين ش
احدهما هو قوله م اما ان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض ش والاخر هو قوله م او كلاهما ش اى
التعليق والشرط وجد كلاهما م فى المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجى الوقت بان قال
اذا جاء راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبى بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان
التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه ش اى من الزوج م مباشرة
التعليق فى حال تعلق حقها بماله ش وهو حال المرض الذى يخاف منه الهلاك ولهذا لا يجوز له ان يوصى
باكثر من الثلث الا باجازة الورثة م وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وقال زفر ترث
لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا فى المرض ش اى فكان المعلق بالشرط
ايقاعا فى المرض م ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ش يعنى من حيث الحكم
لا من حيث القصد يعنى نسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولهذا لو كان عاقلا عند التعليق
ومجنونا عند الشرط يقع الطلاق ولو كان التعليق تطليقا لما وقع لعدم القصد منه ولذا لو حلف بعد
التعليق ان لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان التعليق تطليقا عند وجود الشرط ينبغى ان يحنث م
ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه ش لانه علق ثم تعلق حقها بماله فلم يوجد من جهته صنع بعد وجود
الشرط ولا يقدر على ابطال التعليق ولا على منع الاجنبى من ايجاد الشرط م واما الوجه الثالث وهو
ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض او كانا ش اى او كان التعليق
والشرط فى المرض م والفعل مما له منه بد ش اى الفعل شى لا بد للزوج منه كالاكل والصلوة ونحو ذلك
م يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط فى المرض وان لم يكن له من فعل الشرط
بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها ش اى عن المراة م واما الوجه الرابع وهو ما اذا
علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل ش اى وكان الفعل م فيما لها منه بد ككلام زيد
ونحوه ش مثل دخول الدار م ترث لانها راضية بذلك ش اى باسقاط حقها حيث باشرت الشرط
م وان كان الفعل مما لها منه بد ش فى اكثر النسخ وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر
ش قال الاترازى بتقييد صلاة الظهر اتفاقى لا احترازى لان الحكم فى سائر المكتوبات كذلك او تخصيصها
باعتبار انها اسبق فى الفهم بحسب الاولية لانها اول صلوة فرضت قلت هذا الوجه ذكره السغناقى
م وكلام الابوين ترث لانها مضطرة فى المباشرة لما لها فى الامتناع من خوف الهلاك فى الدنيا ش
كالاكل فانها لو لم تاكل خاف على نفسها الهلاك فى الدنيا م او فى العقبى ش او من خوف الهلاك فى
العقبى كالصلوة المكتوبة وكلام الابوين فان فى الامتناع عنهما خلاف الهلاك اى العقوبة فى الاخرة م
ولا رضى مع الاضطرار واما اذا كان التعليق فى الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه ش
اى ان السان م لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد ش اى لا ميراث لها م وهو قول زفر ش اى
قول محمد وهو قول زفر ايضا م لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابى حنيفة وابى يوسف
ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة ش اى الى جعل فعلها الذى لا بد لها منه علة لاسقاط حقها م فينتقل الفعل
اليه كانها ش اى كان المراة م الة له كما فى الاكراه ش يعنى اذا اكره زيد عمرا على اتلاف مال الغير فالمفسد عمرو ويضمن زيد لان
الاكراه بفتح الراء صار كانه الة للمكره بكسر الراء فانتقل فعل المكره الى الملجى فكذا فيما نحن فيه فلما كانت المراة مكرهة
انتقل فعلها الى الزوج فصار كانه فعل الشرط فى مرض موته فورثت لكونه فارا م قال ش اى محمد فى الجامع
الصغير وليس فى بعض النسخ لفظ م واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ش اى واذا طلق رجل امراته ثلاث تطليقات
والحال انه مريض م ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث ش لم يذكر فى الجامع الصغير خلاف زفر وكذا لم يذكر
فى الايضاح ولا ذكره الحاكم فى مختصره وانما ذكره شمس الائمة السرخسى فى شرح المختصر وبقول زفر قال
الثورى والزهرى والاوزاعى واحمد واسحق بن راهويه ودليل زفر هو قوله م لانه ش اى لان الزوج م قصد الفرار
حين اوقع ش الطلاق م فى المرض وقد مات ش اى والحال انه قد مات م وهى فى العدة ش ولا يعتبر البرء المتخلل
فكانه لم يبرا بين الطلاق والموت م ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به
مرض الموت فتبين انه لا حق متعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ش قيل هذا اذا كان به حمى ربع وصاحب
فراش فانقطعت وصح منها ثم مات بحمى غب او غيرها من الامراض اما لو صح من الربع ثم عادت حمى ربع
ومات فجعل الثانية غير الاولى لا يحكم بزوالها فينبغى ان ترث على هذا وفيه نظر لانه لم يحكم بزوالها لما
بقى تعلق حقها بماله فلا يتحقق قصد الفرار م ولو طلقها ش اى ثلاثا او بائنا م فارتدت والعياذ بالله
ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهى فى العدة ش اى والحال انها فى العدة م لم ترث ش لان الردة منافية للارث
م وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها فى الجماع ورثت ووجه الفرق ش بين المسئلتين م ان بالردة ش اى
المراة م ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له ش اى للارث م بدون الاهلية وبالمطاوعة
ش اى بمطاوعة ابن زوجها م ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافى الارث وهو الباقى ش اى
الارث هو الباقى م بخلاف ما اذا طاوعت فى حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية
ببطلان السبب ش اى سبب الارث وهو النكاح م وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة
لتقدمها عليها ش اى لتقدم الطلقات على المطاوعة يعنى اهلية الارث لم تبطل بالمطاوعة وامكن ابقاء
النكاح فى استحقاق الارث فى هذه الحالة كما كانت فان قيل ينبغى ان لا ترث لانا بقينا النكاح حكما
فى حق الارث وان النكاح الباقى حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق وصار كما لو طاوعت ابن زوجها قبل
الطلاق كالمسئلة الاولى اجيب بان الردة تنافى نفس الحق وهو الارث كما ان المرتد لا يرث احدا
فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل واما المحرمية فانها تبطل الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم
يوجد لان النكاح قد بطل بالثلاث والمنافى فى حق الارث خاصة وبالمطاوعة فى حال قيام النكاح تقع
الفرقة مضافا اليها فلا يجب ابقاء النكاح فى حق الاستحقاق نظرا لها مع رضاها ببطلان السبب لذا
فى الكافى م فافترقا ش اى افترق ارتداد المراة بعد الابانة ومطاوعتها بعد الابانة حيث لم ترث فى الا
وورثت فى الثانية م ومن قذف امراته وهو صحيح ش اى والحال انه فى الصحة م ولاعن فى المرض ورثت
منه وقال محمد لا ترث ش وبه قال زفر لعدم الفرار لان سبب الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه فى زمان
تعلق حقها بماله م وان كان القذف فى المرض ورثت فى قولهم جميعا وهذا ش اى هذا الحكم م ملحق بالتعليق
بالتعليق الذى لا بد لها منه اذ هى ملجاة الى الخصومة ش يعنى مضطرة اليها م لدفع عار الزنا عن نفسها
ش فلم تكن راضية ببطلان حقها بجعل الزوج مطلقها فى المرض حكما باعتبار الشرط فكان لها الميراث لوجود
الفرار منه بالطلاق فى المرض م وقد بينا الوجه فيه ش اى بينا وجه هذه المسئلة فى التعليق بفعل لا
بد لها منه عند قوله وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد الى اخره م وان الى وهو صحيح ش اى
وان آلى رجل من امراته والحال انه صحيح م ثم بانت بالايلاء ش يعنى بمضى الاربعة الاشهر م وهو مريض ش اى
والحال انه مريض م لم ترث ش لان البينونة مضافة الى ايلاء الزوج وقد وقع ذلك فى حال الصحة ولم
يوجد من الزوج فى المرض شى اخر من مباشرة علة او شرط فلا يكون فارا وهذا فرع التعليق بمجى الوقت م
وان كان الايلاء ايضا فى المرض ورثت لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى اربعة اشهر خالية عن الوقاع

فيكون ملحقا بالتعليق بمجي الوقت س فان قيل لا نسلم ان الايلا نظير لتعليق الطلاق بمجي الوقت لان الايلا
في الصحة لما انه يتمكن من ابطال الايلا بالفي واذا وسطه في حال المرض صار كانه انشا الايلا في المرض وهناك
يرث فلذلك هاهنا فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لقدرته على التمكن
من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاه فكذلك هاهنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه
ابطال الايلا الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة م وقد ذكرنا وجهه ش اي وجه
التعليق بمجي الوقت م قال س اي قال المصنف رحمه الله والطلاق الذي يملك به الرجعة ترث به في
جميع الوجوه س اي في جميع الصور سوا نجز او علق بالوجوه الاربعة المذكورة في التعليق لما بينا ش فيما
مضى م انه س اي ان الطلاق الرجعي م لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب س اي سبب الارث
م قايما ش وهو النكاح حكما وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات س اي الزوج م وهي في العدة ش اي والحال
انها في العدة م وقد بيناه ش في اول الباب بقوله واذا طلق الرجل امراته في مرض موته طلاقا باينا فمات
وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضا عدتها فلا ميراث لها

باب الرجعة

ش اي هذا باب في بيان حكم الرجعة ولما كانت الرجعة متاخرة عن الطلاق طبعا اخرج وضعا لتناسب الوضع
الطبع والرجعة من ثلاثي وهو رجع يرجع رجعا ورجوعا ورجعته الى اهله اي رددته اليهم ويقال الى الله مرجعك
ورجوعك ورجعاك وربما قالوا رجعانك وطلق فلان امراته يملك الرجعة والرجعة قاله في ديوان قلت
يعني بفتح الراء وكسرها والفتح افصح وفي المنافع رجع يستعمل لازما ومتعديا فالرجوع مصدر اللازم كا
كالقعود والجلوس والخروج والدخول من اللازم قوله تعالى لين رجعنا الى المدينة فلما رجعوا الى ابيهم
وانا اليه راجعون ومن المتعدي قوله تعالى فان رجعك الله الى طايفة منهم ثم ارجع البصر والرجع مصدر
المتعدي وفي الشرع استدامة ملك النكاح ولها شرايط احدها تقدم لفظ صريح الطلاق او بعض
الفاظ الكناية كما تقدم الثانية ان لا يكون بمقابلته مال الثالثة اي لا يستوفي الثلاث من الطلاق والرابعة
ان تكون المراة مدخولا بها والخامسة ان تكون العدة دايمة ولا خلاف لبشر وغيرهما الاحد لثبوتها بالكتاب
والسنة والاجماع م واذا طلق الرجل امراته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها
رضيت بذلك او لم ترض ش وهذا باجماع اهل العلم م لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف ش لا امساك هو
الابقا وقبله فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف يعني اذا بلغن منتهى عدتهن فانتم
بالخيار ان شيتم فالرجعة والامساك من غير ضرار وان شيتم فالمفارقة من غير ضرار وروى ابو داود عن عمر
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها وفي حديث ابن عمر
انه عليه السلام قال له مر ابنك فليراجعها الحديث متفق عليه م من غير فصل ش يعني ان الحديث لم يفصل
بين رضى المراة وعدمه بل اثبت الرجعة مطلقا م ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك س ولا
ملك بعد انقضا العدة م الا ترى انه سمي امساكا س توضيح لما قبله بيانه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا
وذلك باجماع اهل التفسير م وهو الابقا ش اي الامساك هو الابقا م وانما يتحقق الاستدامة في العدة
لانه لا ملك بعد انقضايها س فاذا انقضت العدة لم يبق محل الامساك والطلاق الرجعي في الحال سبب
لزوال الملك عند انقضا العدة ولزوال حل المحلية عند استيفا عدد الطلاق م والرجعة ان يقول ش
اي كيفية الرجعة ان يقول الذي طلقها طلقة او طلقتين لامراته م راجعتك ش بالخطاب ان كانت حاضرة او راجعت
امراتي ش اي او يقول راجعت امراتي بالغيبة م ولا خلاف فيه س اي في هذا يعني بالقول م بين
الايمة س اراد ان الرجعة بالقول تصح بالاجماع وفي المحيط ولذا اذا قال ارتجعتك او رجعتك او رددتك
او مسكتك او امسكتك وهذه الالفاظ صريحة في الرجعة غير مفتقرة الى النية ومن الكنايات في الرجعة
انت عندي كما كنت او قال انت امراتي ونوى به الرجعة صار مراجعا ذكره في الذخيرة وفي الحاوي
عزاه الى محمد بن مقاتل الرازي قاضي قضاه بغداد وفي الروضة في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان
لمالك فنكاح الهازل واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج وفي الذخيرة لو قال راجعتك بمهر الف درهم
ان قبلت صحت والا فلا لانها زيادة في المهر فيشترط قبولها وفي المرغينا في الحاوي راجعتك على الف قال ابو بكر
لا يجب الالف ولا يصير زيادة في المهر كان الا قاله م قال س اي القدوري م او يطاها س اي او يطا التي
طلقها م او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة س وفي المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر

الى اخر فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد الشهوة في التقبيل في الكتاب وفي البدايع وهو قول محمد المرجوع اليه
واما النظر الى موضع الجماع من دبرها فليس برجعة واختلف في الدبر فقيل ليس برجعة اليه اشار القدوري
والفتوى على انه رجعة م وهذا عندنا ش اي كون الرجعة بالوطي او باللمس بشهوة او بالنظر الى فرجها م
بالشهوة عند اصحابنا الحنفية وهو قول سعيد بن المسيب والحسن البصري ومحمد بن سيرين وطاوس وعطا
ابن ابي رباح والزهري والاوزاعي والثوري وابن ابي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك واسحاق
اذا اراد به الرجعة فهو رجعة م وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه ش اي على
القول ان لم يكن اخرس او معتقل اللسان اما اذا كان كذلك فيصح بالاشارة وبه قال ابو ثور والظاهر وهو احمد
مضطرب وفي الحلية هو رجعة عندنا م لان الرجعة بمنزلة ابتدا النكاح عنده ش اي عند الشافعي م حتى
يحرم وطيها س اي عنده م وعندنا هي س اي الرجعة وفي بعض النسخ هو على تاويل الرجوع وتذكير الوقت على
التاويل سايغ كما في قوله ولا ارض ابقل ابقالها اي ولا مكان م استدامة النكاح على ما بينا س اي قوله الا
ترى انه سمي امساكا م وسنقرره ان شا الله تعالى س في اخر هذا الباب عند قوله والطلاق الرجعي لا
يحرم الوطي م والفعل س نحو اللمس م قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار س فان من اشترى
على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم وطيها في مدة الخيار يكون وطيه دليلا على استدامة الملك فيسقط الخيار فكذلك
في الطلاق الرجعي يدل الوطي على استدامة الملك م والدلالة فعل يختص بالنكاح لا يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهو البيع وها
لا يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهو الطلاق لانه لا يقبل الفسخ م والدلالة فعل يختص بالنكاح س اي الدلالة
تحصل بفعل مخصوص بالنكاح لا بكل فعل م وهذه الافاعيل س اي النظر الى الفرج الداخل بشهوة
والتقبيل بشهوة والمس بشهوة م تختص به س اي بالنكاح فيقع دلالة م خصوصا في الحرة ش قيد
بالحرة احترازا عن الامة لان في الحرة لا تحل هذه الافاعيل الا بسبب نكاح فكانت مختصة بالنكاح فدلت
على استدامة ملك النكاح بخلاف الامة فان هذه الافاعيل تحل فيها بملك المتعة وملك اليمين ايضا م بخلاف
النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما ش مثل الخاتنة والشاهد
في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة م والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها
في العدة م فلو كانت س اي لو كانت هذه الافاعيل عن غير شهوة م رجعة لطلقها ش لانه لا يريدها للحلف
الواقع م فتطول العدة عليها س وفيه ضرر بالمراة فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف
او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وان قال لست قد ذكرنا تقبيل الرجل ومسه اياها
بشهوة ونظره الى فرجها بشهوة فاذا قبلته المراة بشهوة او لمسته او نظرت الى فرجه بشهوة كيف
يكون حكمه قلت قال شمس الايمة السرخسي في المبسوط ثبتت الرجعة عندهما ولا تثبت عند ابي
يوسف لان صحة الفعل من الزوج دليل استيفا الملك والنية لا بد ان تستيفا الملك ولا يكون فعلها به رجعة
وهما يقولان فعلها به كفعله بها فان الحل مشترك بينهما وهذا اثبت المصاهرة بفعلها هذه الاشيا فكذلك
الرجعة م قال س اي القدوري م ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين ش صورة الاشهاد ان يقول
لاثنين من المسلمين اشهدوا اني قد راجعت امراتي وفي المبسوط استحباب الاشهاد على الرجعة قول ابن
مسعود وعمار م وان لم يشهد صحت الرجعة س وبه قال مالك م وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح س
بلا اشهاد وهو قوله القديم وقوله الجديد ان الاشهاد مستحب فيها كقولنا ذكره في البسيط وفي الروضة
الاشهاد ليس بشرط على الاظهر وفي المحيط الاشهاد لا يلزم عند الشافعي ولا يصح الا به عنه وفي المبسوط
في احد قولي الشافعي رحمه الله الاشهاد واجب وعن احمد روايتان في الاشهاد ذكرهما في المغني ولا يفتقر
الى ولي ولا مهر ولا رضاها وهو اجماع وقال ابن حزم الاشهاد عند الرجعة شرط واذا راجعها ولم يشهد
او اشهد ولم يعلمها حتى انقضت عدتها بانت منه وفي الاشراف لم يختلف اهل العلم ان الاشهاد فيها
سنة وان الرجعة الى الرجل ما دامت في عدتها وان كرهت وذلك بغير مهر ولا عوض م وهو قول مالك ش
اي قول الشافعي هو قول مالك وقد ذكرنا اي قول مالك كقولنا م لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
والامر للايجاب س في الحقيقة الاستدلال بظاهر الاية للظاهرية ومن تابعهم لان مذهب الشافعي رحمه الله
في الاظهر ومذهب مالك واحمد كقولنا الا في رواية عن احمد كقولهم م ولنا ان اطلاق النصوص عري عن
قيد الاشهاد ش النصوص هي قوله وبعولتهن احق بردهن وقوله بامساك بمعروف وقوله عليه السلام

ثم ابنك فليراجعها قال عليه السلام لعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين طلق ابنه عبد الله امرأته وكان
...هو عن قيد الاشهاد ... الاشتراط الاشهاد ... ولا يجوز
[illegible]
الحال والرجعة فى العدة صحيحة م وقد ... الرجعة س اى قد سبقت اخبارها الرجعة بانقضا
العدة ... الرجعة ... العدة م ... س اى ولاجل ... اخبارها م لو قال لها طلقتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق س ... اخبارها ... مسئلة الطلاق على الخلاف والاصح
انه يقع لاقرار الزوج بالوقوع ... بعد انقضا العدة لانه طلقها فى العدة كان ... خلاف
الرجعة ... لو اتفقا على انقضا العدة واختلفا فى الرجعة فالصحيح ان القول لها وعليه الجمهور ولو
اتفقا على الرجعة يوم الجمعة ... انقضت ... يوم السبت ... ويمينه
ام هي ام السابق بالدعوى فيه ثلاثة اقوال الصحيح الاول ولو كانت العدة ماضية فالصحيح ان القول له لانه
يملك الانشا فلا تهمة فى الاخبار وقيل القول قولها ولا ابى حنيفة رضى الله عنه انها س اى ان الرجعة
م صادفت حالة الانقضا س اى صادفت زمان انقضا العدة فلا تصح الرجعة زمان الانقضا م لانها

اى لان المراة

اى لان المراة م امينة فى الاخبار عن الانقضا س لانها امينة فى الاخبار عما فى ارحامهن قال الله تعالى ولا يحل
لهن ان يكتمن ما خلق الله فى ارحامهن م فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضا واقرب احواله س اى اقرب احوال
الانقضا م حالة قول الزوج س لان الاخبار يقتضى سبق المخبر عنه ولا دليل على تقدم معين فيعتبر حال قول
الزوج بخلاف ما اذا سكتت ساعة فان اقرب الاحوال الانقضا حال السكوت م ومسئلة الطلاق على الخلاف
س هذا منع لاستشهادهما بما لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق يعنى لا
نسلم ان مسئلة الطلاق على الخلاف ثم اشار الى الجواب بطريق التسليم بقوله م ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضا س اى بعد انقضا العدة انه طلقها فى العدة م والمراجعة لا تثبت به
س اى بالاقرار بعد الانقضا فانه تهمة لانه تصرف على حق الغير م واذا قال زوج الامة بعد انقضاء
عدتها كنت راجعتها فى العدة وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها س اى قول الامة م عند
ابى حنيفة س وبه قال زفر والشافعى ومالك واحمد وابو ثور م وقالا القول قول المولى لان بضعها
مملوك له س اى للمولى م فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج س فلا يرد له م فشابه الاقرار عليها بالنكاح
س اى شابه اقرار المولى على الامة بالنكاح بان قال زوجت امتى من فلان حيث يكون القول قوله م
وهو يقول س اى ابو حنيفة يقول حكم الرجعة مبنى على العدة س بقا وانقضا م والقول فى العدة
قولها س دون قول المولى م فكذا فيما يبتنى عليها س اى على العدة ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالزوج
م ولو كان على القلب س اى لو كان الامر والخلاف على القلب بان صدقته الامة وكذبه المولى م فعندهما س
اى عند ابى يوسف ومحمد م القول قول المولى وكذلك عنده س اى وكذلك القول قول المولى عند ابى حنيفة
م فى الصحيح س من الرواية عنه م لانها منقضية العدة فى الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى س لان منافع
بضعها فى الحال خالصة حق المولى م فلا يقبل قولها فى ابطاله س اى فى ابطال حق المولى م بخلاف
الوجه الاول س هو الوجه الذى فيه صدق المولى الزوج وكذبته الامة حيث يكون القول فيه قولها م
لان المولى بالتصديق فى الرجعة س اى بتصديقه الزوج فى الرجعة م مقر بقيام العدة عندها س اى
عند الرجعة م ولا يظهر ملكه س اى ملك الزوج م مع العدة س فلا يعتبر قوله م وان قالت س اى الامة
م قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة فى ذلك س اى فى قولها قد انقضت
عدتى م اذ هى العالمة به س اى لان الامة هى العالمة بالانقضا وهو تعليل لكونها امينة فيقبل قولها انقضت
عدتى م واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل س لان انقطاع
الرجعة معلق بانقضا العدة وهو معلق بالخروج عن الحيضة الثالثة وهو معلق بشرط حصول الطهارة
فاذا كان ايام حيضها عشرا تحصل الطهارة بمجرد الانقطاع لان الحيض لا يحتمل الزيادة على العشرة
فلما حصلت الطهارة انقطعت الرجعة وان لم تغتسل ذكره ابو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى
فى باب العدة قد روى عن عمر وعلى وعبد الله فى اخرين من الصحابة رضى الله عنهم اعتبار الغسل من الحيضة
الثالثة م وان انقطع س اى الحيض م لاقل من عشرة ايام لم تنقطع س اى الرجعة م حتى تغتسل او يمضى عليها
وقت صلوة م مع القدرة كامل س بالرفع لانه صفة الوقت وفى البنا بيع او يمضى عليها وقت اوقات
الصلوة مع القدرة على الاغتسال م لان الحيض لا مزيد له على العشرة س هذا تعليل لانقطاع الدم من
الحيضة لعشرة ايام اى لان الحيض لا يزيد على عشرة ايام لان ما زاد على العشرة استحاضة الا اذا كانت
لها عادة ترد الى ايام عادتها فيجوز ان تقضى بعدها قبل العشرة اذا لم تنقطع على العشرة م فبمجرد الانقطاع
س اى فبمجرد انقطاع الحيض عشرة ايام م خرجت من الحيض فانقضت العدة س
لانها تنقضى بخروجها من الحيضة الثالثة م وانقطعت الرجعة س لعدم بقا المحلية م وفيما دون العشرة س
اى انقطاع الحيض فيما دون عشرة ايام م يحتمل عود الدم س لانه فى مدة الحيض م فلا بد من ان يعتضد الانقطاع
س اى يتقوى م بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات س وهو وجوب الصلوة بمضى وقت
الصلوة س يعنى ان الوقت اذا مضى صارت الصلوة فرضا فى ذمتها وهو من احكام الطاهرات مع القدرة على الاغتسال
وفيه خلاف زفر م بخلاف ما اذا كانت س اى المراة م كتابية س نصرانية او يهودية م لانه ~~يتوقع وصلت~~
س ~~يعنى اذا انقطع دم~~ اى لان الشان م لا يتوقع فى حقها س التوقع عبارة عن انتظار وقوع امر م امارة زائدة بدعة س
بفتح الهمزة اى علامة زائدة على انقطاع حيضها عند تمام مدة حيضها م فاكتفى بالانقطاع س اى بمجرد

الانقطاع لانها لاتكلف بالاغتسال ولا يجب عليها الصلوة م وينقطع اى الرجعة م اذا تيممت وصلت ش
يعنى اذا انقطع دم المعتدة لاقل من عشرة فتيممت وصلت مكتوبة او تطوعا م عند ابى حنيفة وابى يوسف
وهذا استحسان ش اى قولهما استحسان يعنى الانقطاع لايكون الا بالتيمم والصلوة ايضا م وقال محمد
اذا تيممت انقطعت ش اى بمجرد التيمم تنقطع الرجعة عنده وبه قال زفر واحمد م وهذا قياس ش اى
قول محمد هو القياس م لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة ش لانه يقوم مقام الماء عند عدمه م حتى
يثبت ش بالرفع لان حتى هنا للابتداء للغاية م به ش اى بالتيمم م من الاحكام ش نحو دخول المسجد وقراءة
القرآن ومس المصحف وجواز اداء الصلوات م ما يثبت بالاغتسال ش اى الذى يثبت به وهو فاعل
يثبت الذى بعد حتى م فكان ش اى التيمم م بمنزلته ش اى بمنزلة الاغتسال م ولهما ش اى لابى
حنيفة وابى يوسف م انه ش اى ان التيمم م ملوث غير مطهر ش يعنى حقيقة لا شرعا وانما قال ملوث
بحسب الثالث وان كان يجوز بالحجر الاملس عند ابى حنيفة وبالرمل بالاتفاق ولا غبار ثم ولا تلويث م
وانما اعتبر طهارة ش اى وانما اعتبر التيمم طهارة شرعا م ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات ش اى لاجل
ضرورة دفع تضاعف الواجبات لانه لو لم يعتبر حتى يجد الماء لكان يمضى عليه اوقات صلوات متعددة
فيحصل الضرر م وهذه الضرورة ش اى الضرورة المذكورة م تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات
ش اى لا يتحقق فيما قبل حال اداء الصلوة فلا يكون قبلها طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة م والاحكام
الثابتة ايضا ضرورية ش هذا جواب عن حرف محمد يعنى ان الاحكام التى ذكرها محمد ايضا
ضرورية تثبت اقتضاء لان الضرورى اذا ثبت ثبت بجميع لوازمها ومن لوازم ثبوت الصلوة عند ادائها
انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضى العدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولا دم لازم اللازم
فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعل ابى حنيفة وابى يوسف التيمم هنا طهارة ضرورية وفى باب
الامامة طهارة مطلقة وجعل محمد بالعكس فقد مضى هناك مستوفى م ثم قيل تنقطع ش اى الرجعة م
بنفس الشروع ش فى الصلوة م عندهما ش اى عند ابى حنيفة وابى يوسف م وقيل بعد الفراغ اى الصلاة
م ~~عندهما~~ ش ليتقرر حكم جواز الصلوة ش وهو الصحيح لان الحال بعد الشروع فيها كالحال قبله الا ترى انه
لو راى الماء فى الصلوة لا سعى لتيممه اثر بخلاف ما بعد الصلوة كذا فى المبسوط م واذا اغتسلت ش اى اذا
اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة م ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا ش اى فان كان
الذى لم يصبه الماء عضوا م فما فوقه ش اى فما فوق العضو م لم تنقطع الرجعة ش استحسانا م وان كان
اقل من العضو ش قال فى المحيط نحو الاصبع ولذا العضو الساعد وبعض العضو لا كامل كاليد والرجل م انقطعت
ش اى الرجعة م قال هذا استحسان م اى قال المصنف هذا المذكور استحسان اعلم ان محمدا لم يذكر فى كتابه
موضع القياس فى العضو فما فوقه وما هو دونه وروى عن ابى يوسف فى العضو فما فوقه ان القياس
ان تنقطع الرجعة وفى الاستحسان لا تنقطع وعند محمد فيما دونه ان القياس ان تبقى الرجعة وفى الاستحسان
ان تنقطع فعلم ان عند كل منهما قياس واستحسان وانظر الان فى عبارة المصنف كيف يفهم منها كل ذلك
وهذا يدل على قوة صدق وغاية ادراكه رحمه الله م والقياس فى العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت
الاكثر ش اى اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اغتسلت جميع البدن والقياس فيما دون العضو ان تبقى ش
اى الرجعة م لان حكم الجنابة والحيض مما لا يتجزى ش بان يكون البعض بحكم الحوار والبعض بحكم م ووجه
الاستحسان وهو الفرق ش بين العضو الكامل وما دونه م اى ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته
فيعتبر بعدم وصول الماء اليه وفى المحيط حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه لا تنقطع الرجعة م
فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج ش تزوج آخر م اخذا بالاحتياط فيهما ش اى فى انقطاع
الرجعة والتزوج م بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة ش اى عن
العضو الكامل م فافترقا ش اى العضو الكامل وما دونه م وعن ابى يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق
كترك عضو كامل ش والواو فى قوله والاستنشاق بمعنى او كما فى قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع يعنى ذلك
اذا اغتسلت عن الحيضة الثالثة فيما دون العشر لكنها تركت المضمضة او الاستنشاق فعن ابى يوسف
روايتان فى رواية هشام عنه لا تنقطع الرجعة اشار اليها بقوله م كترك عضو كامل ش حيث لا
تنقطع الرجعة فيه وفى رواية اخرى رواها الكرخى عنه تنقطع اشار اليها بقوله م وعنه ش اى عن ابى

١٠٤

يوسف م وهو ش اى ترك المضمضة والاستنشاق ولفظه هو فى محل الرفع على الابتداء وقوله م وهو قول محمد
ش جملة معترضة بينه وبين خبره وهو قوله م بمنزلة ما دون العضو ش اى بمنزلة ترك ما دون العضو حتى
اذا تركه تنقطع الرجعة م لان فى فرضيتهما ش اى فى فرضية المضمضة والاستنشاق فى الغسل م
اختلافا ش فان عند مالك والشافعى هما سنتان فى الغسل كما فى الوضوء ايضا وعندنا واجبان فى الغسل سنتان
فى الوضوء وعند ابن ابى ليلى وعبد الله بن المبارك واحمد واسحق فرضان فيهما جميعا الكرخى قال احمد الاستنشاق
الا دون المضمضة واذا كان فيهما اختلاف فى فرضيتهما فالاحتياط فى ابقاء الرجعة م بخلاف غيره من
الاعضاء ش فانه لا خلاف لاحد فى فرضيته م ومن طلق امراته وهى حامل ش اى والحال انها حامل م او ولدت
منه ش اى والحال انها ولدت منه فى نكاحها قبل الطلاق م وقال لم اجامعها فله الرجعة ش ولا يعتبر قوله
لم اجامعها م لان الحمل متى ظهر فى مدة يتصور ان يكون منه جعل منه ش لانها اذا كانت حاملا يوم الطلاق
وظهر ذلك بان ولدت لاقل من ستة اشهر فصار الحبس ثابتا منه م لقوله عليه السلام ش اى لقول النبى صلى الله
عليه وسلم م الولد للفراش ش هذا الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم عن ابى هريرة
رضى الله عنه اخرجه الائمة الستة من حديث سعيد بن المسيب عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وفى لفظ للبخارى الولد لصاحب الفراش وعن عائشة رضى الله عنها
اخرجه الستة الا الترمذى من حديث عروة عنها قالت اختصم سعد بن ابى وقاص وعبد بن زمعة
فى غلام الحديث الولد للفراش وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما اخرجه ابو داود من حديث
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قام رجل فقال يا رسول الله الحديث وفيه الولد للفراش وللعاهر الحجر وعن
عثمان رضى الله عنه اخرجه ابو داود ايضا فيه طول وفيه الولد للفراش وعن ابى امامة رضى الله عنه
اخرجه الترمذى عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله قد اعطى كل ذى حق
حقه فلا وصية لوارث الولد للفراش وللعاهر الحجر م وذلك ش اى جعل الحمل منه م دليل الوطى منه
وكذا اذا ثبت النسب الولد منه جعل واطيا واذا ثبت الوطى تأكد الملك والطلاق فى ملك متأكد يعقب
الرجعة ويبطل زعمه ش بفتح الزاى وضمها لغتان فصيحتان قاله ابن دريد واكثر ما يقع الزعم على الباطل
م بتكذيب الشرع اياه ش وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح
والصريح يفوق الدلالة والثانى انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق يستحق له وتكذيب الشرع لا
يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده وطب اليدان بالتسليم الى المقر له وان صار
مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشرع اقوى
لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثانى بانه لم يتعلق باقراره ها هنا حق الغير والموجب للرجعة
وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به
فان المانع ثمة موجود وهو تعلق حق الغير م الا ترى ش توضيح لقوله والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة
م انه ش اى ان الشأن م يثبت بهذا الوطى الاحصان فلان يثبت الرجعة اولى ش بيان الاولوية
ان الاحصان له مدخل فى وجوب العقوبة ومع هذا ثبت بهذا الوطى فلان يثبت به الرجعة التى
ليست فيها جهة العقوبة اولى ولانه لا يلزم من ثبوت الرجعة ثبوت الاحصان كالامة والنصرانية م
وتأويل مسألة الولادة ان تلد قبل الطلاق ش قال الاتراري هذه المسألة من خواص الجامع الصغير ولو
تبع المصنف لفظ محمد فى الجامع الصغير لكان لم يحتج الى التأويل وصورته فى الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابى حنيفة فى رجل تزوج امراة ثم طلقها وهى حامل فقال لم اجامعها قال له عليها الرجعة وكذلك
ان كانت ولدت قبل ذلك م لانها لو ولدت بعد الطلاق تنقضى العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة ش
لفوات المحل م فان خلا بها ش اى بالمراة م واغلق بابا وارخى سترا ش ذكر وارخى سترا بالواو وذكر
فى كتاب الطلاق او ارخى بكلمة او وهو الصحيح لان احد الامرين فى اغلاق الباب وارخاء الستر كاف فى
ثبوت الخلوة الصحيحة م وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطى وقد اقر
بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه ش فيصدق فى حقه اذا قال لم اجامعها م ولم يصر
مكذبا شرعا ش جواب عما يقال قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا
كان الطلاق بعد الدخول واجاب بقوله ولم يصر مكذبا شرعا م لان تأكد المهر المسمى يبتنى على

تسليم المبدل س اى البضع م لا على القبض س اى قبض المبدل وهو الوطى يعنى ان تاكد المهر بالخلوة الصحيحة لم يدل على كون الرجل واطيا حكما لان المهر يتاكد بتسليم البضع ولا يتوقف على الوطى فلم يلزم من ثبوت الوطى من ثبوت حال المهر وذلك ان المراة قادرة على تسليم نفسها وليست بقادرة على جعل الرجل واطيا فتاكد المهر بالتسليم دفعا للضرر عنها م بخلاف الفصل الاول س فيه نظر لانه لم [illegible] مكذبا شرعا والفصل الاول هو ثبوت النسب بظهور الحبل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق [illegible] مكذبا شرعا في قوله لم اجامعها حيث جعله الشرع واطيا حكما لان الرجعة تبتنى على الدخول وقد ثبت النسب فثبت الدخول لانه لا نسب بلا ماء ولا ماء بلا دخول فصحت الرجعة لوجود الدخول فان راجعها م معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم س اى من يوم الطلاق لا من يوم الرجعة م صحت تلك الرجعة س اى الرجعة السابقة م لانه يثبت النسب منه س فيثبت الدخول لا محالة والطلاق بعد الدخول معقب للرجعة م اذ هى س اى لان المراة لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة س ولا يكون ذلك الا بالدخول م فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثانى س وهو كونه واطيا بعد الطلاق لان المذكور الاول هو كونه واطيا قبل الطلاق م يزول الملك بنفس الطلاق س لا الصريح م لعدم الوطى قبله س اى قبل الطلاق م فيحرم الوطى س لانه انما يطا بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام س ولا يرضاه لغيره فيحمل على الدخول قبل الطلاق حملا لامر المسلم على الصلاح م واولى لها س اى ان قال رجل لامراته م اذا ولدت فانت طالق فولدت س ولدا م ثم اتت بولد اخر س لاقل من سنتين بيوم او اكثر م فهى رجعة س اى الولادة الثانية رجعة م معناه من بطن اخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين ما لم تقر بانقضاء العدة س كله اى الوصل يعنى لما كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان تكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان تكون اكثر في ثبوت الرجعة م لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثانى من علوق حادث منه س اى من الزوج حال كونه م في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا س لان العلوق الحادث بعد الطلاق في العدة معقب للرجعة فان قيل ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاكثر من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفي الاقل من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثانى قلنا قد سقط هذا الاحتمال هنا لانهما اذا كانا في بطنين كان الثانى من علوق حادث ضرورة ولا يصار مع الولد الاول من بطن واحد والاتحاد لا يثبت بالشك م وان قال كلما ولدت فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة س المراد من البطون المختلفة ان يكون بين الولد ستة اشهر فصاعدا م فالولد الثانى رجعة وكذلك الثالث لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق وصارت معتدة س لان العدة تعقب الطلاق م وبالثانى س اى وبالولد الثانى م صار مراجعا لما بينا س ثم قبل م ان يحمل العلوق من وطى حادث في العدة ويقع الطلاق الثانى بولادة الولد الثانى لان اليمين معقودة بكلمة كلما س وهى تقتضى تكرار الجزاء عند تكرار الشرط م ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا س اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى اخره م ويقع الطلقة الثالثة بولادة الولد الثالث ووجبت العدة بالاقراء س اى بالحيض م لانها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق س وذوات الحيض عدتها بالحيض ولو ولدت ثلاثة اولاد في بطن واحد يقع عليها طلقتان لا غير وتنقضى العدة بوضع الولد الثالث لان شرط الطلاقين وجد في الملك فوقعا بخلاف الطلاق الثالث فان شرطه وجد في غير الملك [illegible] الرجعة قبل ذلك لانهم ولدوا من بطن واحد فلم يقع لو قوعه في غير الملك وانقضت العدة بالولد الثالث لانه وضع جميع ما في بطنه الان لو ولدت ولدين في بطن واحد تطلق بالولد الاول واحدة وتنقضى العدة بالولد الثانى ولا يقع به الطلاق لانه حينئذ ليست بمنكوحة ولا معتدة م والمطلقة الرجعية تتشوف س لفظ محمد في الاصل المعتدة من طلاق رجعة تتشوف لزوجها وتتزين له وقال ابن دريد تشوفت الشيء اشوفه شوفا اذا جلوته وجلته وقيل تتشوف المراة اذا تزينت وفي ديوان الادب رايت النساء يتشوفن اى ينظرن ويتطاولن وقيل التشوف التزين لكنه خاص بالوجه والتزين عام يستعمل في الوجه وغيره

قلت اذا كان التشوف والتزين بمعنى واحد يكون قوله م وتتزين س عطف تفسير واذا كان التزين عاما يكون عطف العام على الخاص م لانها س اى المراة م حلال له س اى للزوج م اذ النكاح قائم بينهما س اى لان النكاح قائم بين الزوجين حتى يجرى التوارث بينهما وكذا جميع احكام النكاح وتدخل في قوله كل امراة م ثم الرجعة مستحبة س لما جاء في حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال لعمر مر ابنك فليراجعها متفق عليه وروى ابو داود عن عمر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها وجاءت فيه احاديث اخرى تدل كلها على مشروعية الرجعة واستحبابها م والتزين حامل عليها س اى على الرجعة لان نظر الرجل اليها ليس بحرام فربما اذا نظر الى زينتها رغب فيها وراجعها م فيكون مشروعا س اى اذا كان الامر كذلك فيكون التزين مشروعا بخلاف المعتدة من طلاق بائن حيث لا تتشوف له لحرمة النظر اليها وعدم مشروعية الرجعة م ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها س اى على التى طلقها رجعيا م حتى يؤذنها س اى يعلمها بالتنحنح ونحوه م او يسمعها خفق نعليه س اى صوتهما حين يدخل من الباب وهو من خفق السراب خفقا اذا اضطرب وهو لفظ مشترك يقال خفق النجم خفوقا اذا اضاء ولالا وخفق القمر والنجم اذا انحط في المغرب وخلق الفلك خفقانا وخفق الرجل خفقة اذا نعس ثم انتبه م معناه س اى معنى كلام القدورى م اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا س وهو الفرج لانه اذا وقع نظره على فرجها يكون مراجعا م ثم طلقها س فان لم يكن من قصده مراجعتها م فتطول العدة عليها س فيحصل عليها الاذى بذلك لان فيه استئناف العدة وفي [illegible] والمبسوط الا ان يراها متجردة اذا كان لا يريد رجعتها وان راها لم يكن عليه شىء لانها فوق الرؤية وهو الوطى حلال وان راها او مسها او قبلها [illegible] وليس له ان يسافر بها س اى بالمطلقة الرجعية م حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك س اى للزوج م ان يسافر بها م لقيام النكاح س ما لم تنقض العدة م ولهذا س اى ولاجل قيام النكاح له ان يغشاها س اى يجامعها م ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الاية وجه الاستدلال ان الاية نزلت في الطلاق الرجعى بالنقل عن ائمة التفسير اى لا تخرجوهن حتى تنقضي عدتهن من بيوتهن من مساكنهن التى يسكنها قبل العدة وهى بيوت الازواج واضيفت اليهن لاختصاصها بهن من حيث السكنى فدلت انه اخراجهن للازواج لا يحل وكذا خروجهن بانفسهن الا ان يزنين فيخرجن لاقامة الحد عليهن وقيل خروجهن بانفسهن قبل انقضاء العدة فاحشة في نفسها م ولان تراخى عمل المبطل س عمدا دليل عقلى على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة بيانه ان تراخى عمل المبطل الذى هو الطلاق لحاجته س اى لحاجة الزوج م الى المراجعة س يعنى ان الطلاق مبطل لملك النكاح فكان ينبغى ان يبطل النكاح زمان وجود الطلاق الا ان حكمه تاخر الى وجود الشرط وهو انقضاء العدة لحاجة الزوج الى الرجعة م فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة س له الى الرجعة م فتبين ان المبطل للنكاح م عمل عمله من وقت وجوده س اى وجود المبطل فيمنع لذلك كالبيع الذى فيه الخيار تاخر عمل البيع في الملك لحاجة الاجارة فيعمل من وقت البيع ولهذا يملك الزوائد الحاصلة في مدة الخيار م ولهذا س اى ولاجل ان عمل المبطل من وقت وجود المبطل م تحتسب الاقراء من العدة س اى الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة تحتسب من العدة فلو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لا يحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق فاذا كان كذلك م فلم يملك الزوج الاخراج س اى اخراجها الى السفر لان عمل المبطل لم يكن مقتصرا على الانقضاء كانت المراة كالمبتوتة تقديرا فلا يملك اخراجها كالمبتوتة تحقيقا م الا ان يشهد س الزوج م على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج فلم يكن السفر فان قيل السفر بها دلالة الرجعة فيثبت الرجعة اشهد او لم يشهد اجيب بان كلامنا فيما اذا صرح بانه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع وجود الصريح ثم كما لا يباح اخراجها وخروجها الى السفر لا يباح ايضا الى ما دون السفر لاطلاق النص المحرم م وقوله س اى وقول محمد في الجامع الصغير م معناه الاستحباب س يعنى لا يريد به ان الاشهاد على الرجعة واجب بل الاشهاد مستحب عندنا م على ما قدمناه س يعنى في اوائل الباب عند قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة م والطلاق الرجعى لا يحرم الوطى وقال الشافعى

بحرمة س وبه قال احمد في رواية وقال النووي والاظهر انه ليس يشترط على الاظهر م لان الزوجية زايلة
لوجود القاطع وهو الطلاق س قال ابو نصر قال الشافعي رحمه الله فان وطيها قبل الرجعة فعليها المهر م
ولنا انها س اي ان الزوجية م قايمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا
للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم س واليه اشار الله تعالى بقوله لا تدري لعل الله يحدث
بعد ذلك امرا قال الزمخشري الامر الذي يحدثه الله تعالى ان يقلب قلبه من بغضها الى محبتها
ومن الرغبة عنها الى الرغبة فيها ومن عزيمة الطلاق الى الندم عليه فيراجعها والمعنى فطلقوهن
لعدتهن واحصوا العدة لعلكم ترغبون وتندمون فتراجعون م وهذا المعنى س اي ثبوته نظرا
للزوج م يوجب استبداده س اي استقلاله وتفرده م به س اي بحق الرجعة م وذلك
س اي تفرد الزوج بحق الرجعة م يؤذن س اي يعلم م بكونه س اي بكون حق الرجعة م استدامة
س للنكاح اي طلب دوامه كما كان م لا انشا س اي ليس انشا لنكاح جديد م اذ الدليل ينافيه
س اي لان الدليل الدال على الاستبداد ينافي الانشا اذ لو كانت الرجعة انشا لم ينفرد الزوج بالرجعة
بلا رضى المراة او رضى وليها م والقاطع اخر عمله الى مدة س جواب عن قول الشافعي ان الزوجية زايلة
لوجود القاطع تقريره ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى انقضا العدة م اجماعا
س يدل لان الرجعة بالقول تصح بلا رضى المراة عند الشافعي ايضا م او نظرا له س اي او ان القاطع اخر
عمله نظر للزوج م على ما تقدم س بيانه وهو قوله ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض
الندم

فصل م فيما تحل به المطلقة س اي هذا فصل في بيان ما تحل به

المراة المطلقة والموضوع من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي شرع في بيان ما يتدارك به غيره من الطلقات
فعلى الحرة فيما دون الثلاث التدارك بنكاح جديد وفي الثلاث باصابة زوج اخر بعد نكاحه وكذا
التدارك في الامة في الثنتين باصابة الزوج الاخر م واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث س بان كانت
واحدة باينة او ثنتين م فله س اي فللزوج م ان يتزوجها في العدة وبعد انقضايها لان حل المحلية باق
س اي لان حل المحلية باق لان محل النكاح انثى من بنات ادم غير المحرمات والمشركة والمعتدة عن الغير م
لان زواله س اي زوال الحل م متعلق بالطلقة الثالثة س واذا وجدت الطلقة الثالثة م فينعدم حلها
لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره اي فان طلق الثالثة م ومنع الغير في العدة
س جواب عن سؤال مقدر بان يقال لم لا يجوز نكاح المعتدة مطلقا بقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ
الكتاب اجله فاجاب بقوله ومنع الغير س اي غير الزوج عن النكاح في العدة م لاشتباه النسب س
اي لاجل اشتباه النسب صيانة م ولا اشتباه في اطلاقه س اي لا اشتباه فنسب في اطلاق الشارع
الزوج في نكاح معتدته هكذا فسره الاتراري والاحسن ان يقال ولا اشتباه في اطلاقه اي في تجويز
نكاح معتدته اذا الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير لا
الاجل واعترض عليه بالصغيرة والايسة وعند الوفاة قبل الدخول وبمعتدة الصبي والحيضة الثالثة
والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في هذه المواضع في العدة واجيب بان ذلك
بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا لبيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من المواضع
انتهى قلت اخذ هذا من كلام السغناقي م وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له
حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها س اي الزوج الثاني يدخل بالمراة م ثم يطلقها او يموت عنها
س انما قال لم تحل له مطلقا لانها لا تحل له بعد الطلقة الثالثة لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح
زوجا غيره واطلق الزوج ليشمل البالغ وغيره والمجنون وغيره اذا كان يجامع مثله بذلك صرح في شرح
الطحاوي عن زينب مافيه من المذاهب والاقوال وانما قيد بالنكاح الصحيح لان الزوج الثاني
اذا تزوجها نكاحا فاسدا لا تحل للاول سواء دخل بها الثاني او لم يدخل لانه عز وجل قال زوجا
غيره والزوج المطلق هو الذي صح نكاحه م والاصل فيه س اي الاصل في حكم هذه المسئلة م قوله
تعالى فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره س اي فان طلق الطلقة الثالثة بعد التطليقتين المذكورتين
في قوله تعالى الطلاق مرتان اي مرة بعد اخرى والمراد الطلقة الثالثة س اي المراد من قوله فان طلقها
الطلقة الثالثة كما ذكرنا هذا في حق الحرة م والثنتان س اي الطلقتان م في الامة كالثلاث س

اي كالطلقات الثلاث م في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية س اضافة التنصيف الى الرق مجاز المعنى
ان الرق سبب لتنصيف حل المحلية لكونه نعمة وقد مر بيانه قبيل باب ايقاع الطلاق وفي فصل
المحرمات ايضا على ما عرف س اي في الاصول م ثم الغاية س اي الغاية بكلمة حتى في قوله تعالى حتى
تنكح زوجا غيره م نكاح الزوج مطلقا س يعني ذكر من غير قيد بصفة م والزوجية المطلقة س اي
الكاملة م انما تثبت بنكاح صحيح س لان الوطي يحرم في الفاسد ويجب التفريق م وشرط الدخول
س هذا جواب عما يقال المشروط في قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره مطلق النكاح فمن اين شرط الدخول
فاجاب بقوله وشرط الدخول م ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح س في قوله حتى تنكح زوجا
غيره م على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة س يعني لو حملنا النكاح على العقد في الاية يلزم
ذكر العقد مرتين م اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج س في قوله زوجا غيره وايضا في حمل النكاح
على العقد يكون ذلك بالتبيين والتاسيس اولى من التاكيد فان قيل يلزم ان يكون المراة واطية على هذا
التقدير والمراة موطوءة وليست بواطية اجيب بجواز اضافة الوطي اليها وهذا تسمى زانية والزنا
هو الوطي الحرام الا انه لم يشتهر استعماله والحاصل ان المصنف استدل ههنا في شرط الدخول بوجهين
احدهما باشارة نص الكتاب على ما قررناه والاخر بقوله م او يزاد على النص س اي على قوله حتى تنكح زوجا
غيره م بالحديث المشهور س وقد عرف جواز الزيادة على النص بالحديث المشهور كما عرف في الاصول م وهو س
اي الحديث المشهور هو م قوله س اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة
الاخر س هذا الحديث رواه الايمة الستة في كتبهم من حديث عايشة رضي الله عنها قالت سئل رسول
صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امراته فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها
اتحل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الاخر من عسيلتها ما ذاق الاول م روي بروايات س اي روي
روي هذا الحديث بروايات مختلفة فروى الجماعة الا ابا داود عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله
عنها قالت جاءت امراة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي
فطلقني فابت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وان ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم عليه
السلام وقال اتريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ في
الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها اخر ثلاث تطليقات الحديث وفي لفظ للبخاري كذبت يا رسول الله
اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال عليه السلام فان كان ذلك لم
تحلين له حتى يذوق من عسيلتك الحديث وروى مالك في موطاه عن المسور بن رفاعة القرظي عن
الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امراته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وروى الطبراني في معجمه الاوسط من
حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة كانت امراة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت
عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رجل من قريظة ثم فارقها فارادت ان ترجع الى عبد الرحمن بن الزبير
فقالت والله يا رسول الله ما هو منه الا كهدبة ثوبي فقال والله يا تميمة لا ترجعين الى عبد الرحمن حتى
يذوق عسيلتك رجل غيره وهذا المتن عكس متن الصحيح وروى ابو موسى الحافظ محمد بن ابي بكر المديني
في كتاب الامالي باسناده الى مقاتل بن حيان قال قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره نزلت في عايشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضيري كانت تحت رفاعة بن وهب بن
عتيك وهو ابن عمها فطلقها طلاقا باينا فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فاتت
النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا نبي الله ان زوجي عبد الرحمن طلقني قبل ان يمسني فارجع الى ابن عمي
زوجي الاول فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حتى يكون مس فلبثت ما شاء الله ان تلبث ثم رجعت الى
النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجي الذي كان تزوجني بعد زوجي الاول كان قد مسني
فقال النبي عليه السلام كذبت بقولك الاول فلن اصدقك في الاخر فلبثت ثم قبض النبي صلى الله عليه
وسلم فاتت ابا بكر رضي الله عنه فقالت يا خليفة رسول الله ارجع الى زوجي الاول فان زوجي الاخر
قد مسني فقال لها ابو بكر رضي الله عنه قد عهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لك

[redacted]

وشهدته حين انتبته وعلمت ما قال لك فلا ترجعي اليه فلما قبض ابو بكر رضي الله عنه اتت عمر بن الخطاب
رضي الله عنه فقال لها لئن اتيتني بعد مرتك هذه لارجمنك واختلف في رفاعه فقيل هو انه رفاعة بن
سموال وقيل رفاعة بن وهب وفرق بينهما ابو جعفر عمر بن احمد بن عثمان بن احمد المروزي المعروف بابن شاهين
والظاهر انهما واحد وكذا اختلف في اسم المراة فقيل اسمها تميمة وقيل اسمها سهيمة واميمه والرميصاء
والغميصاء م ولا خلاف فيه س اي في شرط الدخول م لاحد سوى سعيد بن المسيب س بن حزن بن ابي وهب بن
عمرو بن عابد بن عمران بن مخزوم القرشي المخزومي ابي محمد المدني سيد التابعين ولد لسنتين مضتا من خلافة
عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومات سنة اربع وتسعين في خلافة الوليد بن عبد الملك وهو ابن خمس وتسعين سنة
روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعلي وابي سعيد الخدري وابي موسى
الاشعري وابي هريرة وكان زوج ابنته واعلم الناس بحديثه وعايشة وام سلمة وخوله بنت حكيم وفاطمه
بنت قيس رضي الله عنهم وروى عن ابيه المسيب بن حزن وله صحبة وقال ابو حاتم ليس في التابعين انبل
من سعيد بن المسيب وهو اثبتهم في ابي هريرة وقول صاحب الهداية ولا خلاف فيه سوى سعيد بن المسيب
ليس على اطلاقه لانه تبعه في هذا بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة والخوارج ولكن لا يلتفت اليهم اذا
م وقوله غير معتبر س لانه خلاف الاجماع وقال ابن المنذر لا نعلم احدا قال به من اهل العلم بقوله الا الخوارج
ولا يتبوع لاحد المصير اليه وقال ابو بكر الرازي لا اعلم احدا قال بقوله وقوله غير معتبر حتى لا يجوز لاحد
ان ياخذ بقوله لمخالفته الحديث المشهور ولو افتى مفتي بقوله لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ذكره في خلاصة
م حتى لو قضى القاضي به س اي بقول سعيد بن المسيب في هذا م لا ينفذ س ويرد عليه وعطاه في القنية
ولو افتى فقيه بمذهبه يعزر وذكر قاضي خان لا ينفذ قضاوه وفي القنية قال المتكلم والقاضي بديع
يحتال في التطليقات وياخذ الرشى ويزوجها للاول ون دخول الثاني هل يصح النكاح قال لا وما جزاء
من يفعل ذلك قال لو اسود وجهه وبعد وفي فتاوى العصر ان سعيدا رجع عن مذهبه هذا وقالوا العله
ان بلغه الحديث المشهور م والشرط س اي شرط حل المطلقة الثلاث للزوج الاول م الايلاج س اي الادخال
م دون الانزال س يعني انزال المني م لانه كمال س اي كان الانزال كمال في الايلاج م ومبالغة فيه س اي
في الايلاج م والكمال قيد س يعني قيد للنص المطلق فلا يجوز ولا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل
يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهو تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج
فكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال واللذة تحصل بالجماع قبل الانزال وبالانزال زوال اللذة
وتعمر الرغبة فلا يشترط الانزال وشذ الحسن البصري رحمه الله واشترط الانزال بظاهر الحديث م
والصبي المراهق في التحليل كالبالغ س وبه قال عطا والشافعي وابن المنذر م لوجود الدخول في نكاح صحيح
وهو س اي النكاح الصحيح م هو الشرط بالنص س لان الشرع علق حلها للزوج الاول بنكاح زوج اخر ووطيه
وقد حصل ذلك م ومالك يخالفنا فيه س اي في المراهق فان عنده الانزال شرط ولم يوجد وبه قال حماد
والحسن البصري كما ذكرنا م والحجة عليه س اي على مالك م ما بيناه س وهو قوله ان الانزال كمال ومبالغة
فيه وهو قيد لا دليل عليه وقال الانزاري والحجة عليه قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والمراهق يسمى
زوجا اذا وجد النكاح وقال الكاكي والحجة عليه ما بيناه وهو الحديث المشهور وما ذكرناه من الاسم
م وفسره س اي فسر محمد المراهق م في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراة وجب
عليها الغسل واحلها للزوج الاول س هذا كله تفسير محمد في المراهق وفي الجامع قال محمد اودع صبي
لعله ابن اثنتي عشرة سنة قلت ذكر هذا البدل على المراهق ينبغي ان يكون ابن اثنتي عشرة سنة وذكر ان
القاضي من الحنابلة يشترط ان يكون لاجل اثنتي عشرة سنة م ومعنى هذا الكلام س اي الكلام الذي
نقله عن محمد في المراهق م ان تتحرك الته وتشتهي س اي الشرط ان تتحرك اله المراهق ويشتهي الجماع
وانما شرط ذلك لانه عليه السلام شرط الذوق من الطرفين م وانما وجب الغسل عليها س هذا جواب
عما يقال اذا لم يكن الانزال شرطا فلم يجب الغسل على المراة فاجاب بقوله وانما وجب الغسل عليها
اي على المراة م لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها س واقيم السبب الظاهر مقام المسبب الباطن
وهو الانزال لتجب الغسل فان قيل لا نسلم انه سبب ظاهر وانما يكون كذلك اذا كان الشخص بالغا
وكلامنا في غير البالغ واجيب بان كلامنا فيما اذا كان الصبي يتحرك الته ويشتهي الجماع لا فيما دون ذلك

الاستشارة فتقبل رخ لاحرمة فلا يكون الاستشارة عاية لها م ولهما س اى ولابى حنيفة وابى
يوسف م قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا س اى سماه الشارع محللا اى جاعلا للحال
حلالا وجعله حلالا لا يكون الا باثبات الحل فيه م وهو المثبت للحل س اى الزوج الثاني هو مثبت للحل فيه
معنى الحل الجديد لانه لا يجوز ان يكون المراد الحل السابق لانه تحصيل الحاصل وهو فاسد لان الحل السابق
موجود فيما دون الثلاث فصارت المراة بالزوج الثاني ملحقة بالاجنبية فلم تحرم على الزوج الاول الا بثلاث
تطليقات لان حكم الحل الجديد هذا وقد ذكر الاترازى هنا اسئلة واطال الكلام فيها فنلخص كلامه
في السؤال الاول منع كون المراد بالمحلل هو الزوج الثاني لعدم ما يدل عليه ويجوز ان يكون المراد نكاح المتعة
لقرينة اللعن لانه كان مشروعا ثم انفسخ فالجواب ان الذين نقلوا هذا الحديث ثقات فكما يقبل نقلهم في
نفس الحديث فكذلك يقبل نقلهم فيما جاء فيه الحديث الثاني السؤال الثاني منع كون المراد بالمحلل الزوج
الثاني مطلقا لانه ان اريد به قبل الطلاق الثلاث فهو ممنوع لانه غير محلل قبله لوجود الحل وان
اريد به بعد الثلاث فمسلم لكنه لا يفيد لان النزاع فيما دون الثلاث والجواب ان المراد به الزوج
الثاني مطلقا عملا باطلاق الحديث ولا نسلم نفي كونه محللا قبل الثلاث لانه يثبت حلا جديدا بحيث
لا يحرم عليه الا بثلاث تطليقات مستقبلات فلا يلزم تحصيل الحاصل السؤال الثالث ان الحديث
متروك العمل بالظاهر لان الزوج الثاني بعد الطلقات الثلاث لا يثبت الحل ما لم يوجد الاصابة
والحديث يثبته مطلقا فكانت الاصابة هي المثبتة للحل دون الزوج الثاني والجواب منع كونه
من باب ترك العمل بظاهره لانه من باب التخصيص لان ما قبل الاصابة خرج عن عمومه بحديث العسيلة
فبقي الباقي على عمومه فيما دون الثلاث السؤال الرابع ان الحديث اذا كان مقتضيا للحل الجديد يلزم
المعارضة بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لانه يقتضي الحل مطلقا في عموم الاوقات فالحرمة التي
تثبت بثلاث تطليقات مغياة الى غاية الزوج الثاني فاذا انتهت به يثبت الحل الاصلي بالسبب
السابق فلا حاجة الى سبب مبتدا والجواب منع ثبوت الحل بالسبب السابق عند انتهاء الحرمة
من كل بد لجواز ثبوته بسبب اخر اذا دل الدليل عليه وقد دل اذ لو كان ثبوت الحل بالسبب السابق
لم يكن الزوج الثاني محللا وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم محللا وهنا سؤال اخر ذكره تاج الشريعة
مع جوابه وهو ان المحلل هو الذي يثبت الحل واثبات الحل يقتضي عدمه اذ اثبات الثابت محال
والجواب ان اثبات الثابت انما لم يعتبر اذا لم يفد اما اذا افاد فيعتبر الا يرى ان بيع الانسان ماله
بماله لا يصح وكذا شراؤه بماله اما اذا افاد فيعتبر كما اذا اشترى ماله من المضارب قبل ان يظهر
فيه ربح وان كان ماله لانه يفيد ملك التصرف م واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت
بزوج اخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك س هذه من مسائل القدوري
والمراد من قوله ودخل بي الزوج الزوج الثاني وبيان المدة التي تحتمل ذلك ياتي عن قريب م جاز للزوج
الاول س جواب اذا م ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة س قال الاترازى كلامه يوهم ان
اخبارها مقبول وان لم تكن عدلا لانه اطلق في التعليل وليس الامر كذلك فان الرواية منصوصة في
اخر كتاب الاستحسان بان الزوج الاول لا باس عليه ان يتزوجها اذا كانت عنده ثقة او وقع في قلبه انها
صادقة انتهى قلت اسند الاله برواية كتاب الاستحسان رد عليه قوله وليس الامر كذلك لانه
ذكر فيه كونها ثقة او وقوع صدقها في قلبه وقد صرح بذلك القدوري بقوله اذا كان في غالب
ظنه انها صادقة وتعليله مقيد بهذا وليس بمطلق حتى يترتب عليه الوهم الذي ذكره م لانه س
اى لان النكاح م معاملة س لكون البضع متقوما عند الدخول فاذا كان معاملة فخبر الواحد مقبول
فيها بشرط التمييز كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة م او امر ديني س اى او ان النكاح
امر ديني م لتعلق الحل به س اى بالنكاح فيقبل قولها فيه ايضا كما لو اخبرت بنجاسة الماء وطهارته
ودراية حديثها م وقول الواحد فيهما مقبول س اى في المعاملة والامر الديني اما في الديانات فلان الصحابة
كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد واما في المعاملات فعلى نوعين الاول هي التي ليس فيها معنى
الالزام كالوكالات ونحوها مما ذكرنا فيعتبر فيها خبر كل مميز عدلا كان او فاسقا صبيا كان او بالغا مسلما كان
او كافرا حرا كان او عبدا ذكرا كان او انثى من غير اشتراط العدد والعدالة دفعا للحرج والنوع الثاني الذي فيه

[illegible]

الزام من حقوق العباد فيشترط فيه العدد والعدالة وتخصيص لفظ الشهادة لانها تنبني على المنازعة
فاحتيج الى زيادة توكيد دفعا للتزوير والحيل م ويقوى مستند ش اي اخبار المراة المذكور عن امر
يستند فيه م اذا كانت المدة تحتمله ش اي اذا كانت المدة التي ذكرتها تحتمل ذلك لان القول قول الامين
فيما لا يستنكر م واختلفوا في ادنى هذه المدة ش اي اختلف ابو حنيفة وصاحباه في ادنى المدة التي تصدق
المعتدة في انقضاء العدة واعيان الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم اختلفوا في المدة التي تصدق
المراة في انقضائها على اقوال الاول قال ابو حنيفة رحمه الله اقلها شهران ثلاث حيض بستة وطهران بشهر
او ثلاثة اطهار بخمسة واربعين يوما وثلاث حيض بخمسة عشر يوما كل حيضة بخمسة ايام الثاني قال ابو
يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوما طهران ثلاثين يوما وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لاقل الحيض الثالث
قال شريح لو ادعت انها حاضت ثلاث حيض في شهر او في خمسة وثلاثين يوما وجاءت ببينة من
النساء العدول من بطانة اهلها انها رات الحيض وتغتسل عند كل صلاة وتصلي فقد انقضت عدتها
الرابع قال الشافعي رحمه الله انها تصدق في اكثر من اثنين وثلاثين يوما هذا مذهبه وقول منه ذكره ابن المنذر
الخامس قال ابو ثور لا تصدق في اقل من سبعة واربعين يوما على ان اقل الحيض يوم واقل الطهر خمسة عشر
يوما السادس قال مالك اربعون يوما ذكره في الجواهر السابع قال اسحق بن راهويه وابو عبيد ان كان لها
اقراء معلومة تعرفها بطانة اهلها تصدق على ما تبين به والا لا تصدق في اقل من ثلاثة اشهر الثامن
قالت الحنابلة اقله تسعة وعشرون يوما قالوا هذا ان قلنا اقل الطهر عشرة ايام وان قلنا خمسة عشر
يوما يزاد اربعة ايام فيكون ثلاثة وثلاثين وان قلنا القرء الطهر ثلاثة عشر يوما فازاد على ذلك اربعة ايام فيصير
اثنين وثلاثين وصارت الاقوال فيه احد عشر قولا م وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى ش اي
اي سنبين تلك المدة في باب العدة وقال الاترازي هذا وعد لم يتحقق بالانجاز وقال السغناقي في الحوالة
وقعت غير رائجة لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره وقال الكاكي يمكن ان يكون في عدة غير هذا الكتاب لانه
ما قال في عدة هذا الكتاب حتى يقع الحوالة غير رائجة وقال الاكمل في رد كلام السغناقي ورد من حيث اللفظ
والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعد الاحوالة فكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم
يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون وعد منجز الى باب العدة من كتاب اخر انتهى قلت الذي
الذي من جهة المعنى اخذ من شيخه الكاكي ومع هذا لم يجب احد منهم عن هذا ويمكن ان يقال انه وعد ولكنه
ذهل عن وفائه بسبب استغاله

باب الايلاء

ش اي هذا باب في بيان
حكم الايلا وهو مصدر من آلى يولي ايلاء اي حلف والاسم الالية قال الكاكي الايلا والالية اليمين لغة
وجمع الالية اليات كركية وركيات وقال الجوهري آلى يولي ايلاء بمعنى حلف والالية اليمين على
فعيلة والجمع الايا وكذلك الالوة بتثليث الهمزة قلت الايلا الاولا قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما
قبلها وفي المرغيناني الالية الحلف على الامتناع والحلف اليمين على الفعل والقسم اليمين فيهما م الايلاء
تفسير شرعا وهو الحلف على ترك قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا وشرط وهو كون اليمين معقودة
على المنكوحة واهلية وهو ان يكون من اهل الطلاق وحكم وهو تعلقه بالحنث المتعلق بالكفارة ومدة
وهي اربعة اشهر عند الجمهور على ما ياتي الخلاف فيه وسبب وهو قيام المشاجرة وعدم الموافقة كما في سبب
الطلاق الرجعي وقال الاترازي كان القياس ان يذكر الخلع قبل الايلاء لان الخلع نوع من الطلاق الا انه
لما كان بعوض تباعد عن الطلاق فاخر عن الايلا وقدم الخلع على الظهار لان الظهار منكر من القول وزور
وليس الخلع كذلك ثم قدم الظهار على اللعان لان الظهار اقرب الى الاباحة من اللعان لان سبب
سبب اللعان وهو القذف بالزنا لو اضيف الى غير الزوجة يجب الحد والموجب للحد معصية محضة لا
شائبة الاباحة م اذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول ش
اذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك اصله موليا فاعل اعلال ماض وهنا صورتان احدهما قوله والله
لا اقربك ابدا ففيها هو مول اجماعا والثانية قوله والله لا اقربك اربعة اشهر ففيها هو مول عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله ومالك واحمد واسحق فان عندهم لا يكون موليا حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر بناء
على ان الفيء عندهم بعد اربعة اشهر فلا بد من مدة زائدة على الاربعة اشهر حتى تزيد يوما عند مالك
ولحظة عند الشافعي ويرد قولهم ظاهر القرآن حيث لم يجعل التربص اكثر من اربعة اشهر وعشرا في عدة

الوفاة وثلاثة قروء في عدة الطلاق فلا تجوز الزيادة في مدة التربص فكذا في مدة الايلاء اعلم ان عند الائمة
الاربعة واصحابهم والجمهور الايلاء لا يكون بغير يمين ولا تعليق وعند ابن المسيب ويزيد بن الاصم من ترك
جماع زوجته بلا يمين يصير موليا نقله الرازي في احكام القرآن وعن [illegible] من غير يمين طلاق
وذكر ابن رشد عن مالك وعن بعض العلماء حلف لا يكلمها كان موليا وهذا كله شاذ مخالف للنص م لقوله تعالى
للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا الاية ش اي اقرا تمام الاية وهو فان الله غفور رحيم
وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم قال الواحدي في كتاب اسباب نزول القرآن باسناده
الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال كان ايلاء اهل الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك
فوقت الله اربعة اشهر فمن كان ايلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء وحكي عن ابن المسيب انه
قال كان الايلاء ضرار اهل الجاهلية كان الرجل لا يريد المراة ولا يحب ان يتزوجها غيره فيحلف ان لا يقربها
ابدا وكان يتركها لذلك لا ايما ولا ذات بعل فجعل الله الاجل الذي يعلم به ما عند الرجل في المراة
اربعة اشهر والمراد للذين يولون من نسائهم الاية م فان قربها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته
الكفارة ش اي كفارة اليمين م لان الكفارة موجب الحنث ش والايلاء حلف وقد حنث فيه فيلزمه
الكفارة في المبسوطين قال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه اذا حنث في يمينه لان الله وعد المغفرة وبعدما
صار مغفورا لا تجب الكفارة قلنا المغفرة في الاخرة فلا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا ولكن هذا في قوله
القديم وفي الحديث تجب الكفارة وهو الاصح من مذهبنا وبه قال مالك واحمد والجمهور وقال الحسن البصري
لا كفارة عليه في ذلك وقال قتادة خالف الحسن الناس م وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث ش
وهذا بالاجماع م وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بتطليقة بائنة ش وهو قول جابر بن زيد
ومسروق وشريح وعطاء والحسن البصري وابرهيم النخعي وعامر الشعبي وعبد الرحمن الاوزاعي
وسفيان الثوري وقبيصة بن ذويب وعكرمة وعلقمة وابن جريج وابن ابي ليلى ومنهم من قال يقع طلقة
رجعية وهو قول سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ومكحول والزهري
هكذا في الاشراف وفي المحلى هذا عن ثلاثة لا غير وهم الزهري ومكحول وابو بكر [illegible] م وقال الشافعي
تبين منه بتفريق القاضي ش متوقف بعد المدة م فاذا ابى في الفيء او الفرقة فرق القاضي بينهما اذا
طلبت المراة وكان تفريقها تطليقة رجعية وفي المبسوط تطليقة بائنة قال الكاكي وما وجدت ذلك
في كتبهم الا ان عند مالك لا رجعة له عليها الا ان يطاها ولا يطلقها الحاكم ثنتين او ثلاثا او يفسخ النكاح
وقال احمد للحاكم ان يطلقها رجعية او بائنة او ثنتين او ثلاثا او يفسخ النكاح والمختار عنده ان
يطلقها رجعية كما قال الشافعي رحمه الله ومالك وقالت الظاهرية لا يطلق الحاكم وتطليقه باطل ولكن
يجبره بالسوط ويحبسه الى ان يفيء او يطلقها وبه قال الشافعي رحمه الله في القديم وقال ابو ثور يطلقها
الحاكم طلقة بائنة اذ لا فائدة في الرجعية فانه يراجعها ويعود الامر ضرارا كقوله في العنة م لانه ش
لان المولي م مانع حقها في الجماع ش اي بثبوت الايلاء بقصد الاضرار والتعنت منع حقها في الجماع
م فينوب القاضي منابه في التسريح ش بالاحسان م كما في الجب والعنة ش اي كما ينوب القاضي منابه
في التفريق اذا وجدت زوجها مجبوبا او عنينا وجه القياس دفع الضرر عنها عند فوت الامساك
بالمعروف م ولنا انه ظلمها بمنع حقها ش المستحق عليه وهو الوطء في المدة م فجازاه الشرع بزوال
نعمة النكاح عند مضي هذه المدة ش تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائنا ولان
الايلاء كان طلاقا بائنا على الفور في الجاهلية بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء ابدا فجعله الشرع
مؤجلا بقوله تربص اربعة اشهر الى انقضاء المدة فحصلت الاشارة الى الواقع بالايلاء بائن لكنه مؤجل
وهو الماثور ش اي مذهبنا وهو وقوع البينونة بعد مضي مدة الايلاء مروي م عن عثمان وعلي ش اما
الماثور عن عثمان فقد رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة
ابن عبد الرحمن ان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر
فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة واما الماثور عن علي رضي الله عنه و
فرواه عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس قالوا اذا مضت اربعة اشهر
فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة م والعبادلة الثلاثة ش فهم عند الفقهاء عبد الله

جل م

ابن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وعند المحدثين هم اربعة بن عمرو بن عباس
وابن الزبير وابن عمرو بن العاص واخرجوا عبد الله بن مسعود لانه من كبار الصحابة فلا يدخل فيهم كذا في المغرب
وقال الاتراري وفيه نظر لان ما حكاه في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب انه
كان يقول اذا آلى الرجل من امراته لم يقع عليه الطلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما ان
يطلق واما ان يفي وهذا وروى البخاري في الصحيح انه لا يقع الطلاق حتى يطلق ويذكر ذلك عن عثمان
وعلي وابن عمر وابي الدرداء وعائشة كما قال صاحب الهداية واثني عشر رجلا من اصحاب النبي صلى الله
عليه وسلم فعلم ان مذهب عثمان وعلي وابن عمر ليس كما قال صاحب الهداية على ما قال البخاري قلت
روى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير
عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا اذا آلى فلم يفئ حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة
واخرج نحوه عن ... والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابي
سلمة رضي الله عنهم انتهى قلت قد علم ان الذي قال صاحب الهداية عن ابن عمر مثل ما قاله وكذا الذي
قاله عن عثمان وعلي مثل ما قاله كما مر الان عن عبد الرزاق م وزيد بن ثابت ش قد مر الان عن عبد
الرزاق انه رواه عن زيد بن ثابت بن الضحاك الانصاري البخاري كاتب وحي النبي صلى الله عليه وسلم
م وكفى بهم قدوة ش اي كفى بالمذكورين عثمان وعلي والعبادلة وزيد بن ثابت اقتداء ولذلك غيرهم من
الصحابة والتابعين في اصحابنا م ولانه ش اي ولان الايلاء م كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع
بتاجيله الى انقضاء المدة ش اي كان الايلاء طلاقا في الجاهلية على الفور بحيث لا تعزبها الشخص
بعد الايلاء ابدا فحكم الشارع بتاجيله الى ان تنقضي المدة ... فان في المدة حنث في يمينه
ويلزمه الكفارة ولا يقع طلقة بائنة بمضي المدة كما مر بيانه م فان كان حلف على اربعة اشهر ش اي فان
كان الرجل حلف وقال والله لا اقربك اربعة اشهر وهذا تفصيل حكم الايلاء على تقدير عدم الوطء في المدة
وهو ان يقال لا يخلو اما ان احد الامرين احدهما ان يحلف على اربعة اشهر فمضت المدة م سقطت اليمين
لانها كانت موقتة به ش اي بحلفه على اربعة اشهر والاخر هو قوله م وان كان حلف على الابد ش بان قال
والله لا اقربك ابدا او قال والله لا اقربك فقط بدون ذكر الابد ومضت المدة ووقعت البينونة م
فاليمين باقية لانها مطلقة ش اي لان اليمين مطلقة عن الوقت فكان موبدا م ولم يوجد الحنث
ش يعني الموجب للحنث وهو الوطء م لترتفع ش اي لترتفع اليمين بالحنث لانها كانت موبدة فبقيت
على حالها م الا انه لا يتكرر الطلاق ش استثناء من قوله فاليمين باقية يعني اليمين باقية لعدم الحنث
حتى اذا وجد الوطء بعد الوطء يلزمه الكفارة لكنه لا يتكرر الطلاق بمضي المدة الاخرى م مثل
التزوج ش قبل وجود التزوج وان كانت في العدة بان كانت ممتدة الطهر مثلا قال الاكمل هذا احتراز
عن قول ابي سهل الشرعي فانه قال تنعقد اليمين بعد مضي اربعة اشهر اخرى قبل انقضاء
عدتها وتقع تطليقة بمضيها وكذا الثالثة لان معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك
فانت طالق ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بينا فكذا هذا وقال الاتراري قال الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الكبير ولا نص في هذه المسئلة يعني عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد واختلف
مشايخنا فيها كان الفقيه ابو بكر الاعمش والفقيه محمد بن ابرهيم الميداني والفقيه الجليل
ابو احمد العياضي والشيخ ابو الحسن الكرخي والشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل والفقيه ابو
اسحق الحافظ يقولون لا يتكرر الطلاق في المولى منها وان تكررت المدة وهي في العدة وكان
الفقيه ابو سهل الشرعي يتكرر الطلاق بتكرر المدة وقد بينا كلامه واما وجه قول هولاء فقد
اشار اليه المصنف بقوله م لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة ش اي لا حق لها في الجماع بعد
البينونة فلا يكون الرجل ظالما م فان عاد فتزوجها ش اي فان عاد هذا الرجل المولي وتزوج هذه
المراة بعد البينونة بمضي اربعة اشهر وبعد انقضاء عدتها م عاد الايلاء فان وطئها ش في المدة م
والا وقعت بمضي اربعة اشهر طلقة اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها ش
وهو الوطء فقد منع الزوج ذلك بعد يمينه م فيتحقق الظلم م فيزال بالطلاق البائن م ويعتبر
ابتداء هذه المدة ش اي مدة الايلاء الثاني م من وقت التزوج ش قيل هذا احتراز عما

اذا تزوجها

١١

اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ثمة الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت كذا ذكره التمرتاشي م
فان تزوجها ثالثا ش قال الاتراري وفي بعض النسخ ثانيا ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج
قبل الايلاء واما الثاني فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء م عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ش
اي طلقة اخرى م ان لم يقربها لما بينا ش اشار به الى قوله لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت
حقها فيتحقق الظلم م فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بهذا الملك لانه
بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق منحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق م
وهي ش اي هذه المسئلة م فرع مسئلة التنجيز الخلافية م فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر م وقد مر
من قبل ش اي في باب الايمان في الطلاق م واليمين باقية لاطلاقها ش اي لاطلاق اليمين ويكون باقية
بعد الطلاق الثلاث م وعدم الحنث ش بالجر عطفا على لاطلاقها اي ولعدم الحنث اذ الكلام فيما اذا لم
يطأها قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امراته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا يبطل الايلاء عندنا خلافا
لزفر لان الايلاء طلاق موجل وانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث
عليها ولذلك لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج اخر لم يكن موليا الا عند زفر واما
الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث م فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث ش
فاليمين انحلت ووجبت الكفارة م فان حلف على اقل من اربعة اشهر ش بان يقول والله لا اقربك شهرا
وهو موضع المبسوط وقال لا اقربك شهرين او ثلاثة اشهر م لم يكن موليا ش وبه قالت الائمة الاربعة واكثر
العلماء منهم سعيد بن جبير وطاوس والاوزاعي وابو ثور وابو عبيد واختاره ابن المنذر وهو نص القران
وقال ابرهيم النخعي وقتادة وحماد وابن ابي ليلى واسحق من حلف على قليل المدة او كثيرها فتركها اربعة
اشهر فهو مول ونص ... تلك المدة لا يلائه وبه قالت الظاهرية وفي التحرير وكان ابو حنيفة رضي الله عنه
يقول به ثم رجع عنه الى قول ابن عباس لما صح عنده م لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلاء فيما
دون اربعة اشهر ش قال في الاصل بلغنا ذلك عن ابن عباس كذا نقله الاتراري والكاكي وغيره
من الشراح سكتوا عن تخريجه والاخصام لا يرضون بذلك قلت روى هذا ابن ابي شيبة في مصنفه
حدثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطا عن ابن عباس قال اذا آلى من امراته شهرا
او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء واخرج نحوه عن عطا وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي
فان قيل فتوى ابن عباس يخالف للنص ظاهرا لانه تعالى اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان
من آلى من امراته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص اربعة اشهر فالتقييد بمدة زيادة على
النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس واجيب بان فتواه تفسير المنص لا تقييد لان الراي في المقدرات
الشرعية م ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع ش بلا مانع خبر لا اي لان الامتناع عن
القربان حاصل بلا مانع واراد بالمانع اليمين بانه ان المولى من ترك قربانها في المدة ويلزمه شيء ومنا يتمكن
من قربانها بمضي الشهر من غير شيء ولم يكن موليا كما لو ترك مجامعتها في المدة من غير يمين كذا في المبسوط
قال الاتراري وقيد اكثر المدة ليس بتقدير لازم لان الامتناع عن القربان بلا مانع ربما يكون في اقل
المدة فان حلف لا يقربها ثلاثة اشهر مثلا فبعد مضي ثلاثة اشهر يبقى شهر آخر الى تمام المدة والامتناع
فيه بلا مانع لا محالة فلو قال صاحب الهداية رحمه الله في بعض المدة بدل قوله في اكثر المدة لكان
اولى لان البعض اعم واشمل وقال الكاكي قوله في اكثر المدة اي مدة الايلاء وهو مثلا ثلاثة اشهر قوله
بلا مانع وهو لزوم شيء قيل هو مشكل لجواز ان حلف على ثلاثة اشهر فلا يكون الامتناع عن القربان
في اكثر المدة بلا مانع واجيب عنه ان وضع المسئلة في الاصل فيمن حلف لا يقربها شهرا فعند الجمهور
لا يكون موليا وعند ابن ابي ليلى يكون موليا حتى لو لم يقربها اربعة اشهر طلق وقال في جوابه الامتناع
عن القربان في اكثر المدة بلا مانع لان المانع وهو اليمين معدوم في ثلاثة اشهر من هذه المدة وقيل
المراد بالاكثر اربعة اشهر وهو جميع المدة سماها اكثر باعتبار هذا الحلف لانها اكثر منها واذا
كان كذلك فالاشكال ان المانع غير موجود في جميع الصور التي في تلك المدة وان وجد المانع في
البعض لا ينتفي المجموع بانتفاء البعض وهذا ضعيف فانما يصح ان لو قال اكثر المدتين كذا في الكافي
وقيل لفظ الاكثر وقع مجاما م وبمثله ش اي وبمثل هذا الامتناع وهو الامتناع بلا مانع يمين م لا

يثبت حكم الطلاق فيه س اي في الامتناع ويجوز ان يرجع الضمير فيه الى الحلف على معنى ان يتمثل
هذا الامتناع الذي قلنا لا يثبت حكم الطلاق في الحلف لانه يمكنه القربان في بعض المدة بلا
شيء فلا يتحقق الايلاء م ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع
بينهما بحرف الجمع س وهو الواو م فصار كالجمع بلفظ الجمع س وفي بعض النسخ وصار كجمعه س
اي جمع المولى م بلفظ الجمع س اي نصا وكانه قال لا اقربك اربعة اشهر فيكون موليا وما حكي
فيه خلاف ولهذا لو قال لا اكلمه يوما ويومين صير مثل اليمين بلا ثلاثة ايام ولذا لو قال
نعت هذا الى شهرين شهرين كان الاجل شهرين كذا في فتاوى قاضي خان وفي جوامع الفقه قال والله
لا اقربك شهرين وشهرين او قال وشهرين قبل شهرين او قال وشهرين بعد شهرين فهو
كقوله اربعة اشهر م ولو مكث يوما س صرح قاضي خان يوما او ساعة ولذا صرح الحبوبي
ساعة وقيل يكون اليمين في مجلس او مجالس وبينهما اقل من يوم سعد عنه ابي حنيفة وابي
يوسف فقيد بيوم ليكون المسئلة اتفاقية م ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين
الاولين لم يكن موليا س وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور م لان الثاني س اي الكلام الثاني
م ايجاب مبتدا س اي ايجاب يمين مبتدا م وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد
الثانية س اي اليمين الثانية م اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع م فلا
يكون موليا والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث
بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما اذا فات احد
الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدا وعلى هذا لا يكون في المسئلة الثانية موليا لفوات
الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعاد اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا الى اخر ما ذكره
المصنف واذا لم يكن موليا هنا يكون كلامه يمينين مستقلتين ويلزمه بالقربان هنا كفارتان م
ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا س في حق وقوع الطلاق ولكن لو قربها في هذه
المدة يلزمه الكفارة قاله تاج الشريعة وقال الاترازي المراد من قوله لم يكن موليا اي في
الحال لانه يكون موليا اذا قربها يوما ومضى ذلك اليوم بغروب الشمس وبقي بعده الى تمام السنة
اربعة اشهر فصاعدا فان لم يبق اربعة اشهر لا يكون موليا الا اذا قربها مرة فبقي بعد القربان
في السنة اربعة اشهر فصاعدا وعلى ذلك نص في المبسوط وشرح الطحاوي م خلافا لزفر فانه
يكون موليا عنده وبه قال الشافعي وذكر شمس الائمة البيهقي في كتاب الشامل فيه قياسا
واستحسانا وقال يصير موليا قياسا ولا يصير موليا استحسانا ولم يذكرهما الحاكم في الكافي
وشمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح الكافي وكذا لم يذكرهما في شرح الطحاوي
وغير ذلك م هو س اي زفر م يصرف الاستثناء س وهو قوله الا يوما م الى اخرها س اي الى اخر
السنة م اعتبارا بالاجارة س اي كما اذا اجر داره سنة الا يوما وهذا لو قال والله لا اقربك
سنة الا نقصان يوم يصرف اليوم الى اخر السنة بالاتفاق م فتمكث مدة المنع س اي فيصرف
الاستثناء الى اخر السنة ثم مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا
بشيء يلزمه ويمكنه هنا س اي ويمكن المولي هنا قربان المراة بلا شيء يلزمه في يوم واحد اي
يوم كان من ايام السنة فلا يكون موليا وبين هذا بقوله م لان المستثنى يوم منكر مجهول شائع
في فصول السنة فلا يتعين بصرفه الى اخر السنة اخر الكلام على حقيقته لان اليمين مع
الجهالة تصح فلا ضرورة الى ان يراد به اخر السنة م بخلاف الاجارة لان التعريف س اي
صرف اليوم م الى الاخر س اي الى اخر السنة م لتصحيحها س اي لتصحيح الاجارة م فانها س
اي فان الاجارة م لا تصح مع التنكير س لعدم حصول المقصود وهو التمكن من استيفاء
المنفعة م ولا كذلك اليمين س لانها تصح مع الجهالة كما ذكرنا فافترق المسألتان م فان
قربها في يوم س وفي بعض النسخ ولو قربها في يوم اي في المسئلة المذكورة م والباقي اربعة اشهر
او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء س وقد مر الكلام فيه عن قريب م ولو قال وهو بالبصرة
س اي الحال انه كان بالبصرة م والله لا ادخل الكوفة وامراته فيها س اي والحال ان امراته بالكوفة

م لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة س بتوكيله او نائبه قبل
مضي اربعة اشهر فيقربها فلا يتحقق معنى الايلاء وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا يقربها
في مكان كذا او في مصر كذا او في ارض العراق لم يكن موليا لانه يقدر ان يخرجها من ارض العراق قبل
مضي اربعة اشهر فيطاها بغير حنث وقال ابن ابي ليلى هو مول وفي جوامع الفقه لو كان في بلد وامراته
في بلد اخر فقال والله لا ادخله وبينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انها تخرج فيلتقيان
فيقربها في اقل من اربعة اشهر وفي المرغيناني وفتاوى قاضي خان لو كان بينه وبينها مسيرة اربعة
اشهر نفسه باللسان ولم يعتبر خروج كل واحد منهما الى صاحبه م قال س اي القدوري م ولو حلف
بحج س بان قال ان قربتك فعلي حج البيت او العمرة او المشي الى بيت الله م او بصوم س بان قال ان قربتك
فعلي صوم سنة م او صدقة س بان يقال ان قربتك فعلي صدقة او اطعام مسكين م او عتق س بان
قال ان قربتك فعلي عتق رقبة م او طلاق س بان قال ان قربتك فصاحبتك طالق م فهو مول س في
كل الصور المذكورة على ظاهر الرواية من اصحابنا وفي بعضها خلاف ابي يوسف ان شاء الله تعالى م لتحقق
المنع س عن القربان م باليمين س وهو ذكر الشرط والجزاء م وهذه الاجزية س اشار بها الى الحج والصوم
والصدقة والعتق والطلاق م مانعة س اي مانعة من مباشرة الشرط معنى ان الجزاء الذي في وقوعه
مشقة على الحالف مانع من مباشرة الشرط م لما فيها س اي في الاجزية م من المشقة س لانه اذا باشر
الشرط يقع الجزاء لا محالة فيحصل المشقة فيكون الجزاء مانعا وبقولنا قال مالك والشافعي في الاظهر وعند
الايلاء لا يكون الا باليمين بالله تعالى او بصفة في الرواية لعزل الظاهرية وقال ابن عباس كل يمين منعت
الجماع فهي ايلاء وبه قال الشعبي والنخعي واهل الحجاز واهل العراق وابو ثور وابو عبيد واختاره
ابن المنذر وقال ابن المنذر الصحيح من قول الشافعي مصيرا ان كل يمين منعت الجماع فهي ايلاء وهذا هو الجديد
ولو قال ان قربتك فعلي صلوة او صلوة ركعتين او غزو فليس بمول عند محمد وقال محمد مول وبه
قال مالك والشافعي واحمد وزفر والحسن وهو قول ابي يوسف اولا وقال فعلي اتباع الجنازة او سجدة
التلاوة او قراءة القران او الصلوة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول اتفاقا ولو قال
فعلي ان اتصدق بهذا على هذا المسكين لم يصح لانه لما عين كان حق العبد وكذا في ماله هبة في المساكين
لم يصح الا ان ينوي التصدق به وفي الجرجانية عن ابي حنيفة قال ان قربتك فعلي ان اتصدق بهذين
الدراهم على هؤلاء المساكين لم يصر موليا ولو قال والله لا اقربك حتى ينزل عيسى ابن مريم او يخرج الدجال
او ياجوج وماجوج او الدابة او تطلع الشمس من مغربها فهو مول استحسانا وهو الصحيح من مذهب
الشافعي رحمه الله ولو قال والله لا اقربك حتى تصعدي الى السماء او حتى يشيب الغراب يصير موليا م
وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده س انما عين بيان صورة الحلف بقربان امراته
بعتق عبده لان فيه خلافا لابي يوسف ذكره شمس الائمة السرخسي في مبسوطه اشار اليه بقوله
م وفيه خلاف ابي يوسف فانه س اي فان ابا يوسف م يقول يمكنه البيع س بان يبيع عبده م ثم
القربان س اي ثم يمكنه قربان امراته بعد بيع العبد م فلا يلزمه شيء وهما س اي ابو حنيفة ومحمد م
يقولان س البيع موهوم س يعني يحتمل البيع ويحتمل ان لا يبيع م فلا يمنع المانعية فيه س اي في
الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنده لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء
بان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء وكذا ان ملكه بارث خلافا لمالك ولو جامعها بعد ما باعه
ثم اشتراه لم يكن موليا لسقوط اليمين لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد فكذلك
يسقط الايلاء لانه يمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء م والحلف بالطلاق ان
يعلق قربانها طلاقها او طلاق صاحبتها س ذكر في شرح الطحاوي والمختلف ان ابا يوسف قال لا
يكون موليا م وكل ذلك مانع س اي كل الاجزية المذكورة مانع عن الوطي لما ذكرنا م وان الى من المطلقة الر
كان موليا س باجماع الائمة الاربعة وجمهور العلماء الا رواية عن احمد م وان الى من المطلقة
البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى س اي في المطلقة الرجعية م دون البائنة س
اي المطلقة الثانية م ومحل الايلاء س يكون من نسائنا بالنص س وهو قوله تعالى يؤلون من نسائهم
وبعد الابانة بنفي الزوجية لانه اذا وطيها يلزمه الكفارة لانه ليس بمول في حق الطلاق دون

ان

الكفارة بخلاف المعتدة الرجعية حيث يصح ايلاوها لقيام الزوجية لان وطيها مباح عندنا فلو
انقضت العدة قبل انقضا مدة الايلا سقط الايلا لزوال محل الايلاء فات وقال الحاكم الشهيد
في الكافي ولو آلى من امته او ام ولده لم يكن موليا وان قربها لم يحنث م وان قال لاجنبية والله لا
اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا س اي ولا يكون مظاهرا م لان الكلام
في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك س اي بعد وقوع الكلام باطلا
وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه س اي في حق الحنث هذا اي في قوله والله لا
اقربك لا في قوله انت علي كظهر امي لان الاول يمين دون الثاني وقد وجد الحنث فيلزمه الكفارة
م ومدة ايلاء الامة شهران س حرا كان زوجها او عبدا وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه
قال الحسن والشعبي وقتادة والنخعي والثوري وهو رواية عن مالك واحمد والمشهور من مذهب مالك
رحمه الله ايلاء العبد شهران على الحرة والامة وهو قول عطاء والزهري واسحق ورواية عن احمد وقال
الشافعي واحمد في ظاهر الرواية عنه وابن المنذر والظاهرية الحر والعبد والحرة والامة سوا ومدة
الكل اربعة اشهر وبه قال ابو ثور وابو سليمان م لان هذه س اي مدة الايلاء م مدة ضربت اجلا للبينونة
فتتنصف بالرق س لانه بسبب الرق كما في طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان م كمدة العدة س حيث
تتنصف بالرق وقال الاتراري فيه نظر لانه في تعليل المصنف بقوله مدة ضربت اجلا للبينونة لقائل
ان يقول لا نسلم ان مدة الايلا شرعت اجلا للبينونة لان عند مالك والشافعي يكون الزوج مخيرا بعد
انقضا المدة بين ان يفي اليها او يطلق فاذا طلقها يكون له عليها الرجعة ما دامت في العدة فلا يكون
حينئذ مدة الايلا اجلا للبينونة فلا يصح قياسها على مدة العدة لعدم الجامع بين المقيس والمقيس عليه
وهو كون المدة اجلا للبينونة انتهى قلت الجامع موجود وهو كون الرق منصفا لحل المحلية م وان
كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع او كانت المراة مريضة او رتقا س اي بها الرتق يعني لم يكن لها خرق
الا المبال م او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة س بان يكون بينهما مسيرة اربعة اشهر فصاعدا
م لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت س في مدة الايلاء م فان قال ذلك
سقط الايلا س وان قربها كفر وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او لجب
او بالعنة او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان لا يعرفها وهي ناشزة او بينهما
اربعة اشهر او حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلاث ففيئه باللسان بان يقول فئت اليها
او رجعت او راجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها بشرط تمام العجز الى تمام المدة وفي البدائع او كان
محبوسا وفي شرح الطحاوي وان آلى منها وهي محبوسة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة اشهر
الا ان السلطان او العدو يمنعه عن ذلك لا يكون فيئه باللسان قال ويمكن ان يوفق بين القولين
في الحبس بان يحمل ما ذكر في شرح المختصر على امكان الوصول الى السجن بان يدخل عليه ليجامعها ومنع
العدو والسلطان نادر على شرف الزوال والحبس يجوز لا يعتبر في الفيء باللسان ونظم لغير حالة
وفي خزانة الاكمل المريض يفي بقلبه ولسانه وفيه ايضا لو كانت مريضة او صغيرة لا تجامع مثلها
ففيئها ان يرضى بالقلب وفي المرغيناني لا يكون الفيء بالقلب وذكر الجرجاني لو فاء بقلبه ولم يتكلم
بلسانه وقد مضت المدة ان صدقته كان فيئا وفي المغني قال في الفيء متى ما قدرت جامعتك
م وقال الشافعي رحمه الله لا فيء الا الجماع س وهو قول سعيد بن جبير وبه قال ابو ثور واحمد
الناطفي م واليه ذهب الطحاوي س اي الى قول الشافعي ذهب الامام ابو جعفر الطحاوي على ما نقل
عنه فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال الاتراري فيه نظر لان الطحاوي جعل في المولى باللسان
اذا كان بينه وبين امراته مسيرة اربعة اشهر والى منها او هو مريض او هي مريضة لا يصل
معه اليها فيها في مختصره قلت نظره غير وارد لان الذي نقله عنه رد نظره لانه جعل ذلك عند
العجز واما عند القدرة فالفيء بالجماع هو الاصل ولهذا نقل عن الشافعي رحمه الله حيث قال لولا
خلاف للشافعي ان الفيء باللسان انما يعتبر عند العجز عن الوطي م لانه لو كان فيئا لكان حنثا
س اي لان الفيء باللسان لو كان فيئا لكان حنثا لان التعلق بالفيء حكمان الكفارة وامتناع
حكم الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في حق الكفارة فكذا في الاخر وتحقيقه ان الفيء

رجوع

رجوع عن الظلم المتعلق بالبر فيكون الفيء بترك البر وترك البر بما يضاده وهو الحنث فاذا لم يكن
الفيء باللسان حنثا لا يصير به الانسان تاركا للبر فلا يكون فيئا م ولنا انه س اي ان الزوج م اذا اذاها س
اي اذى المراة م بذكر المنع س اي منع حقها في الجماع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان س لان الزوج
اذا كان عاجزا عن الجماع حالة الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه حينئذ
وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك الظلم يرتفع باللسان م واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق
س لان التوبة بحسب الجناية م ولو قدر على الجماع في المدة س وفي بعض النسخ فان قدر س اي المولى
المريض ان يجامعها في مدة الايلا م بطل ذلك الفيء س الذي كان باللسان م فصار فيئه بالجماع
لانه قدر على الاصل س الذي هو الفيء بالجماع م قبل حصول المقصود بالخلف س وهو الفيء باللسان
وصار كالمتيمم اذا وجد الماء في خلال صلاته ولا خلاف فيه للائمة الاربعة م واذا قال لامراته
انت علي حرام س هذا الكلام مبهم يحتمل الوجوه ولا يمتاز البعض من البعض الا بالارادة ولاجل
ذلك قال م سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال س يعني يكون كذبا م لانه نوى
حقيقة كلامه س لانها حلال له ولا يقع به طلاق ولا ايلا ولا غير ذلك م وقيل لا يصدق في القضا
لانه يمين ظاهرا س لانه تحريم الحلال واما فيما بينه وبين الله تعالى يصدق وهذا القول منقول عن
الطحاوي والكرخي فانهما قالا في مختصريهما انه لا يصدق في ابطال الايلا في القضا وقد اختلف اهل
العلم في لفظة الحرام اختلافا شديدا نزيد على خمسة عشر مذهبا الاول انه يسئل عن نيته وهو
قول ابي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعايشة رضي الله عنهم وبه قال الحسن البصري وعطاء
وطاوس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ورواية عن احمد وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعي
وابو ثور وكان ابن عباس يقول هو يمين الثاني ان الحرام ثلاث روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن عمر
وبه قال الحكم وابن ابي ليلى ومالك الا انه قال ينوي في غير المدخول بها الثالث ان فيه كفارة
الظهار روي عن ابن عباس وبه قال ابو قلابة واحمد الرابع هو على ما نوى بلا نية فثنتان هذا قول الزهري
ودون الخامس انه تطليقة بائنة لا غير وهو قول حماد بن ابي سليمان السادس التوقف فيه يروى عن
علي رضي الله عنه انه قال ما انا بمحلها ولا بمحرمها عليك ولا امرك ان تتقدم ولا ان تتاخر وفي المحلى ان
شئت فتقدم وان شئت فتاخر السابع اذا لم يكن له نية فليس بشي يروى ذلك رواية اخرى عن النخعي وعند
الشافعية فيه ثلاثة اوجه احدها مثل الرواية عن النخعي والثاني ان فيه الكفارة والثالث صريح
في حق الامة كناية في الحرة وان نوى به الطلاق فهو طلقة رجعية وان نوى ثنتين او ثلاثا فهو على ما نوى وان
نوى ظهارا فهو ظهار وان نوى التحريم فليس فيه الا الكفارة الثامن قاله مسروق والشعبي وهو مثل تحريم
قصعة ثريد لنا ليس بشي وبه قال ابو سلمة بن عبد الرحمن التاسع هو على ما نوى في الواحدة بائنة وان نوى
ثلاثا فثلاث وان لم يكن له نية فليس بشي وهو مذهب الثوري والعاشر انها تصير حراما بذلك ولم
يذكروا طلاقا روي هذا عن ابي هريرة وخلاس بن عمرو وجابر بن زيد انهم امروه باجتنابها فقط الحادي عشر
ان نوى واحدة او لم ينو شيئا فهو واحدة بائنة وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين فاثنتين يروى ذلك
عن ابرهيم وهو الذي عليه المتاخرون من مشايخنا الا في نية الثنتين فانها لا يصح عند ائمتنا الثلاثة
والثاني عشر هو يمين لكن كفارته عتق رقبة روي ذلك عن ابن عباس وقال آخرون هو يمين فقط
والثالث عشر في غير الزوجة وليس بيمين في الزوجة يروى عن الحسن وهو وجه الشافعية والرابع عشر
ليس بشي في الامة لا في الزوجة والطعام كالامة وبه قال مالك والخامس عشر ان ذلك باطل
وكذب وهي زوجته وان زاد كالميتة والدم ولحم الخنزير نوى بذلك كله الطلاق او لم ينو ذكره
ابن حزم في المحلى وزعم انه مذهب ابن عباس والشعبي وابي سلمة بن عبد الرحمن وابي سليمان الخطابي
وجميع الظاهرية م وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث س لانه من
الفاظ الكنايات يقع على الادنى مع احتمال الاكثر واذا نوى ثنتين كانت واحدة بائنة
عندنا لان اللفظ لا يحتمل العدد خلافا لزفر الا اذا كانت المراة امة لجنسه يقع الثنتان لان
ذلك جنس طلاقها م وقد ذكرناه في الكنايات س اشارة الى ان تقدم البحث في الكنايات ثم
وان قال اردت الظهار فهو ظهار س هكذا ذكر القدوري ولكنه ليس بظاهر الرواية عن اصحابنا

ولهذا الوجه ذكر الطحاوي والحاكم الشهيد في مختصريهما حكم ما اذا نوى الظهار وذكر شمس الائمة
السرخسي ناقلا عن النوادر انه يكون ظهارا عند ابي حنيفة وابي يوسف اشار اليه المصنف
بقوله م وهذا ش اي كونه ظهارا م عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام
التشبيه بالمحرمة ش لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولم يوجد التشبيه لعدم حرف التشبيه
وهو الكاف فلم يصح م وهو الركن فيه ش اي التشبيه المذكور هو الركن في الظهار م ولهما
ش اي لابي حنيفة وابي يوسف م انه ش اي ان القائل بقوله انت علي حرام م اطلق الحرمة ش حيث لم
يقيدها بشيء والمراة بان يكون تحريمه بالطلاق وتارة بالظهار ومطلق الحرمة يحتمل المقيد م و
الظهار نوع حرمة ش لانه اذا قال لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه حتى يكفر عن ظهاره
م والمطلق يحتمل المقيد ش فمن نوى محتمل كلامه صدق م وان قال اردت التحريم او لم ارد ش
اي او قال لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا ش حتى اذا قربها كفر وان لم يقربها حتى
مضت اربعة اشهر بانت بالايلا اما اذا اراد التحريم فانما يكون يمينا لان تحريم المباح يمين لقوله تعالى
يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما اذا لم يرد شيئا
فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى المحرمات لان في الايلا الوطي حلال قبل الكفارة وفي الظهار
ليس كذلك واذا اريد به الطلاق تحرم الوطي والايلا لا تحرم الوطي فلما كانت حرمة اليمين
ادنى المحرمات تعينت لتيقنها م لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا ش لان تحريم
الحلال ليس للعبد بل الى الله تعالى لانه قلب المشروع لكن العبد يمنع نفسه عن ذلك الشيء فاذا
باشر فظنه الكفارة م وسنذكر ان شاء الله تعالى ش اي سنذكر هذا الاصل في كتاب الايمان
ان شاء الله تعالى م ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق ش في قوله لها انت علي حرام م
من غير نية بحكم العرف ش لان العادة جرت بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون الطلاق
لهذا او اراد من المشايخ ابا بكر الاسكاف وابا بكر بن سعيد والفقيه ابا جعفر الهندواني وم
بن يحيى من علمائنا الماضين سلخ فانهم قالوا يقع الطلاق بدون النية وقال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ
ولذا الجواب في قوله كل حل علي حرام او حلال الله علي حرام او قال حلال المسلمين علي حرام وفي الذخيرة
هذا كله طلاق بائن وان كانت له اربع نسوة وقع على كل واحدة طلقة بائنة وفي فتوى الاوزجندي
والشيخ الامام مسعود بن الحسين الكساني انه يقع واحدة والبيان اليه قال صاحب الذخيرة
ونحو هذا والاشبه وفيه لو قال علي حرام ولم يكن له امراة لم يلزمه شي لانه يمين بالطلاق ولا
زوجة له فان تزوج امراة وباشر الشرط اختلفوا فيه قال ابو جعفر تبين المتزوجة وقال غيره لا
تبين وبه اخذ الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى ولو قال انت علي حرام الفتوى لتبين واحدة ولو
الحرة واحدة ثم قال انت علي حرام ينوي تبين لا يصح نيته وان نوى الثلاث صحت ويقع طلقتان اخريان
وان لم ينو اليمين فهو يمين لان تحريم الحلال يمين والتمييز في الزوجات ايلاء ولو قال انتما علي حرام
فنوى الثلاث في احديهما وواحدة في الاخرى كان كما نوى عند ابي حنيفة ذكره المرغيناني ولو قال
انت معي في الحرام فهو كقوله انت علي حرام ولو قالت انا عليك حرام او قالت خلال فقال انت معي او على
مثل ما انت علي جميع اهل المصر فهي طالق ان نواه ولو قال الطلاق يلزمني يقع واحدة وهذا الكلام
فاش في اهل مصر **فروع** آلى من امراته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا ولو
قال انت علي حرام ثم قال لاخرى اشركتك معها كان موليا منهما ولو قال ان وطئتك فعبدي هذا
حر فمات العبد او اعتقه بطل الايلاء وبه قال الشافعي ومالك واحمد ولو قال والله لا وطئتك في
الدبر او فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك ولو قال والله لا جامعتك جماع سوء سئل عن
نيته فان قال اردت الوطء في الدبر صار موليا ولو قال اردت به جماعا ضعيفا لا يزيد على
التقاء الختانين لم يكن موليا ولو قال اردت الختانين فهو مول كما لو قال والله لا اطاك الا فيما
دون الفرج وان لم يكن له نية فليس بشيء ولو قال ان قربتك فعلي ان امشي في السوق لا يكون موليا
عند الجمهور الا رواية عن احمد ولو قال الذمي والله لا اقربك فهو مول عند ابي حنيفة لانه من اهل
الطلاق وبه قال الشافعي ولا يطالب وبه قال احمد وابو ثور وقال مالك يسقط بالاسلام وقال
ابو يوسف ومحمد ان حلف بالله لا يصير موليا ولو حلف بالعتق والطلاق يصير موليا ولو حلف

بالصوم والحج والعمرة والصدقة لا يصير موليا بالاتفاق ولو آلى مسلم من امراته ثم ارتد
ثم تزوجها يكون موليا عند ابي حنيفة وروى ابو يوسف عنه يبطل الايلاء ولو ظاهر ثم ارتد
ثم اسلم فهو على ظهاره في قول ابي حنيفة وقالا يسقط وروى زفر عن ابي حنيفة الظهار
يبطل عنده ولو ابانها في مدة الايلاء ثم تزوجها بطل الايلاء بالحنث ولو فاء اليها بلسانه وهي
مبانة لا يبطل ويقع الطلاق بمضي مدة الايلاء لعدم صحة الفيء باللسان بعد البينونة ولهذا
لا يصح بعد مضي مدة الايلاء وان اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول للزوج لانه يملكه
الفيء وبعد مضي المدة فالقول لها لانه ادعى الفيء في حالة لا يملك فيها الفيء والله اعلم ش

باب الخلع ش اي هذا باب في بيان احكام الخلع وقال الاترازي الخلع
اسم من الاختلاع وكذا قال الكاكي وفي الاكمل الخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المراة زوجها
واختلعت منه بمالها فتلت قال الجوهري خلع ثوبه ونعله اي فايبع خلعا وخلع عليه خلعة وخلع
امراته خلعا بالضم انتهى كلامه ان الخلع بالفتح والخلع بالضم كلاهما مصدران غيران الفرق
بينهما انه اذا كان بمعنى النزع الحقيقي يستعمل بالفتح واذا كان بمعنى المجازي يستعمل بالضم لان كلا من
الزوجين لباس لصاحبه كما قال تعالى هن لباس لكم الاية فاذا فعلا ذلك فكانهما نزعا لباسهما فيكون من
باب ترشيح الاستعارة والفرق بينه وبين التجريد ان ترشيح الاستعارة ينظر فيه الى جانب
المستعار له كقوله راعت نجوما احسن عانيه من باب الترشيح على مال الجني وقال الجوهري
خالعت المراة بعلها اذا ارادته على طلاقها بفدية منها له فهي خالع والاسم الخلعة وقد تخالعا واختلعت
فهي مختلعة وخلع الوالي عزله واما معناه الشرعي فهو عبارة عن اخذ مال من المراة بازاء ملك النكاح بلفظ
الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المراة معاوضة
على قول ابي حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى م واذا تشاق
الزوجان ش اي اذا احتصما واختلفا مشتق من الشق وهو الجانب فكان الزوجين اذا تخاصما وتجاذا
يأخذ كل واحد شقا خلاف شق صاحبه ويجلس كل واحد في جانب خلاف جانب صاحبه م وخافا
ش اي علما لان الخوف من لوازم العلم والمراد من خوف العلم قاله ابو عبيد م ان لا يقيما حدود الله
ش اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية م فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به ش الضمير في
نفسها يرجع الى المراة لان لفظ الزوجين يدل عليه وفي منه يرجع الى الزوج بالوجه المذكور والضمير
المستتر في يخلعها يرجع الى الزوج والبارز الى المراة وفي به يرجع الى المال م لقوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به ش اي فلا اثم على الزوجين كما على الرجل فيما اخذ ولا على المراة فيما اعطت من مال الله
تعالى ما اعطت فداء من نفسها ولا ... اذا استقضى لما ان النساء عوان عند الازواج لان النبي
صلى الله عليه وسلم سمى النساء اسارى في قوله اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان رواه الترمذي
والعوان جمع عانية والعاني هو الاسير وروى البخاري من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما
ان امراة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما ثابت بن قيس ما اعتب عليه
في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر في الاسلام انتهى الى لشوة بعضها اياه لدمامته وجهه قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل
الحديقة وطلقها والاية نزلت في ثابت وامراته وهو اول خلع في الاسلام قاله الزمخشري رحمه الله
واختلفوا في امراة ثابت بن قيس فقيل حبيبة بنت سهل وقيل جميلة بنت سلول وسلول اسم
امه وقيل زينب بنت عبد الله بن ابي بن سلول والاول اشهر وانما قال لا باس بان تفتدي نفسها لان
الطلاق ابغض المباحات عند الله وروى الترمذي من حديث ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
المختلعات هن المنافقات وقال غريب وروى الترمذي ايضا عن ثوبان قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما امراة سالت زوجها الطلاق من غير باس فحرام عليها رائحة الجنة ثم اعلم ما
خالف في الخلع الا بكر بن عبد الله المزني فانه زعم ان الاية التي دلت على جوازه منسوخة باية النساء
وهي قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الاية وليس كذلك لان شرط النسخ تاخر الناسخ
والاختلاف وتعذر الجمع ولم يوجد واحد منها وقال ابن سيرين وابو قلابة لا يحل حتى يجد على بطنها

[illegible]

بعد الكفا

بعد الكفاءة وخيار البلوغ قبل التمام فكان في معنى الامتناع عن الاتمام فاما الخلع يكون بعد تمام العقد
والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد فان
قلت قال ابن عباس بحديث ثابت منسوخ لان رواية ابن عباس مع عمله بخلاف روايته دليل النسخ قلت
اجاب الكاكي عن هذا بقوله صح رجوع ابن عباس الى قول العامة مع انه روى عن ابن عباس انه قال انه عليه
السلام جعل الخلع تطليقة باينة انتهى قلت هذا مجرد دعوى بلا برهان للخصم ان يقول الذي صح رجوعه
وروايته ان كان الاعتماد على تصحيح روايته عن النبي صلى الله عليه وسلم كما في حديث الباب كيف
ونعت على حاله مع انه روي عنه خلافه كما ذكرنا م ولانه ش اي ولان الخلع م يحتمل الطلاق حتى
صار من الكنايات والواقع بالكناية باين ش سوى قوله انت واحدة واعتدي واستبرئي م الا ان ذكر
المال ش جواب عما يقال لو كان الخلع من الكنايات لكانت النية شرطا فيه وليست بشرط فاجاب بقوله
الا ان ذكر المال م اغنى عن النية هنا ش اي في الخلع تقريره اي جانب الطلاق يتعلق بذكر المال فوقع
بمقابلة انفسها فلم يحتج الى النية كما في حالة مذاكرة الطلاق م ولانها ش اي ولان المراة م لا
تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ش بيانه ان الخلع يحتمل الاخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما
ذكر العوض كان المراد الاخلاع عن النكاح لما ذكر م وذلك ش اشارة الى ما ذكر من سلامة النفس عند تسليم
المال ولا يكون ذلك م بالبينونة ش فعلنا يكون الخلع باينا م وان كان النشوز ش من نشزت المراة اذا
استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج هو الكراهة والاعراض من كل واحد من الزوجين الاخر وكذلك
النشوص يقال نشزت المراة عن زوجها ونشصت ثم ان كان النشوز م من قبله ش اي من قبل
الزوج م يكره له ان ياخذ منها ش اي من المراة م عوضا ش قليلا كان او كثيرا م لقوله تعالى وان اردتم
استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ش تمام الاية وآتيتم احداهن قنطارا
فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا واثما مبينا والزوج يشترك فيه الذكر والانثى كما في قوله تعالى
اسكن انت وزوجك الجنة والقنطار ملء مسك ثور ذهبا او فضة ويقال هو سبعون الف دينار
ويقال الف ومائتا اوقية كذا قال صاحب ديوان الادب والاوقية اربعون درهما وقال الزمخشري
القنطار المال العظيم والبهتان ان تستقبل الرجل بامر قبيح تقذفه به وهو بريء منه والاية نص عظيم
واصح على كراهة اخذ العوض ومع هذا لو اخذ العوض جاز لان النهي لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا
يعدم المشروعية كالبيع وقت النداء يوم الجمعة يجوز ويكره ويجوز الخلع على مال وبه قال الشافعي رحمه الله
واحمد ومالك في رواية ابن القاسم وقال الزهري ومالك لا يحل له اخذ شيء اذا كان النشوز منه ومع ذلك لو
خالعها لزمه الطلاق ورد ما اخذ منها وفي المحيط خالعها ثم قال لم انو به الطلاق فان خلع بلا عوض لا يصدق
ديانة وقضاء وان كان بعوض لا يصدق قضاء وفيه لو قضى لو يكون الخلع فسخا قال بعض اصحابنا ينفذ لانه
مروي عن ابن عباس وقال بعضهم لا ينفذ وفي كتب الشافعية الخلع طلقة اذا كان بلفظ الطلاق
وبلفظ الخلع والفسخ والمفاداة ان نوى الطلاق فطلاق وان لم ينو فثلاثة اقوال طلاق او فسخ او
ليس بشيء ولفظ الخلع صريح وفي قول كناية والمفاداة كالخلع في الاصح ولا خلاف في مذهبه ان الكناية
تقع بلا نية وخالف فيه الائمة الثلاثة م ولانه ش اي ولان الزوج م اوحشها بالاستبدال فلا يزيد
في وحشتها باخذ المال ش حتى لا يحصل لها ضرر من وجهين استبدال الزوج واخذ المال م
وان كان النشوز منها ش اي من المراة م كرهنا له ش اي للزوج م ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها ش
وهو احد الفصلين ما ساق اليها من المهر اما بمقدار المهر فلا يكره اخذه وهذه رواية كتاب طلاق الاصل م
وفي رواية الجامع الصغير طاب الفصل ايضا ش الفصل على مقدار مهرها لاطلاق ما تلونا ش
وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وهو باطلاقه يشمل القليل والكثير والمهر وغيره وفي
التمهيد وجوز مالك والشافعي الخلع بجميع مالها اذا كان النشوز منها لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما
افتدت به وعن مولاة لصفية بنت ابي عبيد انها اختلعت بكل شيء لها فلم ينكر ذلك ابن عمر
وقال ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم لا باس ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وهو قول عكرمة
ومجاهد وابرهيم واخرين وقال عكرمة ياخذ منها حتى قرطها وقال مجاهد وابرهيم ياخذ منها حتى
عقاص راسها وفي المحلى وكره علي بن ابي طالب والحكم بن عتيبة وحماد بن ابي سليمان وميمون بن مهران

ان يأخذ زيادة على ما اعطاها وفي الفتح هذا وهو قول الحسن وعطاء وطاوس وعن ابن المسيب والشعبي لا
يأخذ منها اكثر مما اعطاها اذا كان النشوز منه وهو مرضا وظاهر ما ذكرنا ولا يعني الآية التي بدا لانها
ولا من قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به م وجه الاخرى ش اي الرواية الاخرى وهي رواية القدوري
ان قوله لا ينبغي له ان يأخذ اكثر مما اعطاها وهي رواية الاصل قوله عليه السلام في امراة ثابت
ابن قيس بن شماس اما الزيادة فلا ش هذا روي مرسلا عن عطاء وعن ابن الزبير رضي الله عنه لحديث
عطاء رواه ابو داود في مراسيله عنه قال جاءت امراة الى النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال
أتردين عليه حديقته التي اصدقك قالت نعم وزيادة قال اما الزيادة فلا وحديث ابن الزبير اخرجه
الدارقطني في سننه عن ابن جريج قال اخبرني ابو الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده
زينب بنت عبد الله بن ابي بن سلول وكان اصدقها حديقته فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم
أتردين عليه حديقته التي اعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا
ولكن حديقته فاخذها وخلى سبيلها الحديث وقال الاترازي وجه ما روي في الاصل ما روى اصحابنا ان امراة
ثابت بن قيس بن شماس اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله لا انا ولا ثابت فقال عليه
السلام اتردين عليه حديقته قالت نعم وزيادة فقال اما الزيادة فلا فدل الحديث على الكراهة في اخذ الفضل
وقد كان النشوز منها ش الواو فيه للحال واعلم ان هذه الزيادة المذكورة في حديث ثابت بن قيس ليست ثابتة
في رواية البخاري وغيره في الصحاح وقال الاترازي اصحابنا نقلوها في روايتهم في كتب الفقه انتهى
قلت هذا غريب في حق الاصحاب لانهم ما نقلوها من عند انفسهم بل اعتمدوا فيها على مرسل ابي داود ومرسل ابن
الزبير اللذين ذكرناهما م ولو اخذ الزيادة ش اي ولو اخذ الزوج الزيادة فيما اذا كان النشوز من قبلها م
جاز في القضا وكذا اذا اخذ والنشوز منه ش اي وكذا اذا اخذ الزوج والحال ان النشوز منه م لان مقتضى
ما تلوناه ش وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به م شيئان ش تفسيره شيء اشار الى احدهما
بقوله م الجواز حكما ش اي شرعا واشار الى الاخر بقوله م والاباحة ش وهي الحل م وقد ترك العمل في
حق الاباحة لمعارض ش اي لاجل معارض وهو قوله عليه السلام اما الزيادة فلا م فبقي ش اي النص م
معمولا في الباقي ش وهو الجواز لانه لا يلزم من نفي الاباحة نفي الجواز كما في البيع وقت النداء فان
قيل الجواز والاباحة عبارتان عن معنى واحد منشأ لا ينفكان لانه لا جواز دون الاباحة ولا اباحة
دون الجواز فكيف يجوز نفي احدهما مع انتفاء الاخر اجيب بانهما شيئان مختلفان لان ضد الاباحة
الكراهة وضد الجواز الحرمة وضدهما يعني الاشياء دليل انهما شيئان لا ينفكان الا ترى ان البيع وقت النداء
جائز مع الكراهة وليس بمباح لما ان الاباحة عبارة عن عدم الكراهة واحتمال ان يكون الشيء جائزا مع
الكراهة وعند التامل النظر فان جميع صور النهي في الافعال الشرعية كذلك فان قلت الحديث الذي
فيه اما الزيادة فلا خبر واحد فكيف يعارض قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به قلت اجيب بان
النص اذا خص منه نوع وعورض بنص اخر مثله خرج عن كونه قطعيا فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان
هذا الحديث ان كان معارض النص فهو موافق لنص اخر وهو قوله فلا تأخذوا فكان هو في الحقيقة معارضة
الكتاب بالكتاب لا معارضة خبر الواحد فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين م وان طلقها على مال
بان قال طلقتك على الف درهم مثلا م فقبلت المراة ش ذلك في المجلس م وقع الطلاق ولزمها المال ش
المذكور وكذا الحكم اذا قال قد خلعتك على الف درهم او بارأتك على الف درهم وكذا اذا ابدأت المراة فقالت
طلقني على الف درهم او خالعني او بارئني م لان الزوج يستبد ش اي يستقل م بالطلاق تنجيزا
وتعليقا ش اي من حيث التنجيز بان قال انت طالق ومن حيث التعليق بان قال ان دخلت الدار
فانت طالق م وقد علقه بقبولها ش اي وقد علق الزوج طلاقها بقبولها المال لان الخلع معاوضة
من جانب المراة بدليل اقتصاره على المجلس وولاية الرجوع فلا بد من القبول لانه شرط في المعاوضات
م والمراة تملك التزام المال لولايتها على نفسها ش حاصله ان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاقدين
وصلاحية المحل اما اهلية الزوج فلا نزاع تستند بدلالة ما ذكرنا واما اهلية المراة فلانها تتولى
امور نفسها واما صلاحية المحل فقد اشار اليها بقوله م وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ش
هذا لانه جواب عما يقال كيف جاز الاعتياض في الخلع وليس البضع بمتقوم حالة الخروج فاجاب

بقوله وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه م وان لم يكن مالا ش وهو واصل بما قبله م كالقصاص ش
فانه ليس بمال لجواز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله قال الاكمل كذا في بعض الشروح
واراد به شرح الاترازي فانه قال في شرحه هكذا مكان الاكمل ما اعجبه هذا حتى نسبه الى غيره ولكن
لو كان عنده احد منه لبينه ثم قال الاترازي فان قلت لا نسلم ان الخلع تعليق الطلاق بالقبول
ولم لا يجوز ان يكون تعليقا بالاداء قلت ان الخلع من المعاوضات ولا يجب الاداء في المعاوضات الا
بالقبول فكان تعليقا بالقبول دون الاداء م وكان الطلاق ش اي الطلاق الواقع على المال م
بائنا لما بينا ش اشار به الى قوله والواقع بالكنايات بائن م ولانه ش اي ولان الطلاق المذكور
م معاوضة المال بالنفس ش لانها تخلص نفسها بالمال الذي تدفعه اليه م وقد ملك الزوج احد
البدلين ش وهو المال م فتملك هي ش اي المراة م الاخر ش وهو النفس تحقيقا للمساواة ش بينهما لان
نفسها لا تسلم لها الا بالبائن لان حق الزوج في الرجعي ليس بمنقطع فلو جعل الخلع رجعيا لذهبت
مالها بلا عوض ولم يحصل غرضها وذلك لا يجوز ولذلك لزمها المال لانها من اهل الالتزام وقد تضمنت في
خالص حقها فلو لم يلزمها لعد قبولها لزم الغرور على الزوج وذا لا يجوز لانه لم يرض بفوات حقه بلا عوض
م قال ش اي القدوري م وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة
فلا شيء للزوج ش بالاجماع م والفرقة بائنة ش اي يقع الطلاق البائن والحكم فيما اذا خالعها على دم او حر
كذلك وبه صرح في التحفة وفي المغني لو خالعها على خمر او خنزير او ميتة او دم او حر فهو كالخلع بغير
عوض لا يلزمها شيء عند الائمة الثلاثة واصحابهم ويقع عند مالك واحمد رجعيا وعند زفر ترد مهرها
وعند الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل ويقع طلاق بائن كقولنا انتهى واعلم ان الخلع والطلاق على ما لا يحل
كالخمر واخواتها جائز ويقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب له عليها شيء لا قالوا نحوه لان الخمر وان كانت مالا
لكنها ليست بمتقومة لان الشرع اهانها والامر في الميتة اظهر لانها ليست بمال اصلا بخلاف ما اذا غرته
وقالت اخلع مني بهذا الخل فاذا هو خمر فعليها ان ترد المهر الماخوذ في قول ابي حنيفة وفي قولهما عليها مثل
كيل ذلك من خل وسط كذا ذكر الخلاف في المبسوط لشمس الائمة السرخسي وانما لا يفسد الخلع ببطلان العوض
لان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة م وان بطل العوض في الطلاق كان ش اي الطلاق م رجعيا ش
اي في الموطوءة ودون الثلاث وبه قالت الائمة الثلاثة م فوقوع الطلاق في الوجهين ش يعني ببطلان العوض
في الخلع وببطلان العوض في الطلاق واشار به الى وجه الافتراق بينهما فقال م فوقوع الطلاق في الوجهين
للتعليق بالقبول ش اي لاجل تعليقه الطلاق بقبول المراة م وافتراقهما ش اي الوجهين في الحكم م
لانه ش اي لان الشان م لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع ش قال تاج الشريعة لفظ الخلع
بنصب العامل ورفع لفظ الخلع بخط المصنف انتهى واراد بالاول بطلان العوض في الخلع م وهو ش اي
لفظ الخلع م كناية ش لانه بعد بطلان العوض بقي من الفاظ الكناية والواقع بالكناية بائن سوى الالفاظ
الثلاثة التي مر بيانها فيما تقدم وقال الكاكي وهو كناية لا يكتفى به بل يجب ان يقال وهو كناية ولهذا لا دلالة
على قطع الوصلة لانه مشتق من خلع الخف او القميص وانما احتيج الى هذا التاويل لان من الكنايات ما هو
رجعي انتهى قلت هذا زيادة تعسف في التصرف على ما لا يخفى م وفي الثاني ش وهو بطلان العوض في
الطلاق م الصريح ش اي صريح الطلاق م وهو ش اي الصريح يعقب الرجعة ش لبقاء المحل م وانما لم
يجب للزوج شيء عليها ش اي على المراة م لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ش اي للزوج
فاذا لم تصر غارة فلا يجب عليها شيء م ولانه ش اي ولان الشان هذا دليل اخر م لا وجه الى ايجاب
المسمى للاسلام ش اي لاجل الاسلام لان المسلم ممنوع عن تسليمه وتسلمه م ولا الى ايجاب غيره ش
اي ولا وجه ايضا الى الزام غيره م لعدم الالتزام ش من جهة المراة بذلك م بخلاف ما اذا خالع على خل
بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار ش اي الزوج مغرورا ش لانها غرته حيث قالت على هذا الخل
بعينه فاذا هو خمر فيلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة وعندهما يجب كيل مثل ذلك في خل
وسط خالي الصداق ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شيء عليه وعند الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل وعند
احمد وابي ثور يجب قيمته م وبخلاف ما اذا كانت ش عبدا م او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك
المولى فيه ش اي في العبد م متقوم ش حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب م وما مضى ش في

الوطء م بزواله ش اي بزوال ملكه م مجانا ش اي بلا شيء قال الجوهري قولهم اخذه مجانا اي بلا بدل
وهو فعال لانه ينصرف انتهى قلت ذكره في باب مجن وقال المحوت اي لا يبالي الانسان ما صنع
وانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف تقديره ما رضي بزواله زوالا مجانا م اما ملك
البضع ش يعني في الخلع م في حالة الخروج غير متقوم ش فلم يلزم من بطلان البدل فساد
الخلع م على ما نذكره ش اراد به ما يذكره بعد هذا بقوله والفقه فيه الى اخره م وخلاف
النكاح ش اشار به الى الفرق بينه وبين الخلع حيث يصح النكاح ويجب مهر المثل ويصح الخلع
ولا يجب شيء م لان البضع حالة الدخول متقوم ش ولهذا اذا تزوج المريض امراة بمهر مثلها كان
من جميع المال م والفقه فيه ش اي في كون البضع غير متقوم في حالة الخروج ومتقوم في حالة
الدخول والفقه في اللغة الفهم ولكن العرف خصه بعلم الشريعة وخصصه بعلم الفروع منها
انه ش اي ان البضع م شريف ش يعني ان له مقدارا في نفسه م فلم يشرع تملكه الا بعوض ش
يقابله م اظهارا للشرف ش اي لاجل الاظهار انه شريف فلم يشرع تملكه بلا بدل اظهارا لخطر المحل
م فاما الاسقاط ش اي اسقاط ملك الزوج في البضع م فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال
لعدم لزوم اظهاره لانه المحل المحترم وقال السغناقي فنفسه شرف اي يشرف المراة حيث تعود مالكة
على نفسها من كل وجه كما كانت فلذلك لم يجب على الزوج شيء بخلاف النكاح فانه يجب عليه المهر لان في
النكاح استيلاء على محل محترم فيجب المال على مقابلة الاستيلاء وفي الكافي فلا حاجة الى ايجاب
المال الا اذا تراضيا على مال وفي الجوامع لما الليه خالعها على حرام وحلال صح بمثل خمر ومال ولا يجب
للزوج الا المال وهو قياس قول اصحابنا واحمد وقياس قول الشافعي يجب مهر المثل وفي جوامع الفقه
خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لانه مال لا يستحقه بحال ولا بد من القبول لوقوع الطلاق كخلع
المبانة والصغيرة ولو خالعها على براءتها من دين لها عليه غير المهر او على براءتها من كفالة نفس او على تاخير
دين لها عليه صحت البراءة والتاخير الى اجل معلوم ويكون الطلاق رجعيا ويصح التاجيل في بدل
الخلع الى اجل مجهول جهالة مستدركة كالحصاد والدياس والى العطاء وهبوب الريح لا يجوز
وكذا الى الميسرة لا يصح التاجيل وفي المحيط ويجب المال حالا وفي جهالة البدل تفسد التسمية
وهو قول احمد وقال ابو ثور تفسد بالجهالة وهو قول ابي بكر من الحنابلة وقال الشافعي رحمه الله يجب
مهر المثل كالنكاح م قال ش اي القدوري م وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ش وهذا
باجماع العلماء وانما لم يذكر عكسه حيث لم يقل وما لا يجوز ان يكون مهرا لا يجوز ان يكون بدلا في الخلع لان
من الاشياء ما لا يصلح للمهر ويصلح لبدل الخلع كدرهم الى تسعة دراهم م لان ما يصلح عوضا للمتقوم ش
هو البضع لانه متقوم حالة الدخول م اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم ش وهو البضع ايضا لانه غير
متقوم حالة الخروج ولهذا اذا اختلعت على ثوب موصوف جاز كما في المهر وان اختلعت على ثوب فالتسمية
فاسدة للجهالة كما في المهر وله المهر الذي اعطاها لانها غرته ولا يجوز ههنا ما لا يجوز ثمة كما اذا اختلعت
على ما لا يحل كالخمر والميتة لكن ههنا لا شيء للزوج على المراة اذا وقع الخلع بقبول الزوج بخلاف النكاح
على الخمر ونحوها حيث يجب مهر المثل م فان قالت له ش اي فان قالت المراة لزوجها م خالعني على ما في
يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها ش اي فلا شيء للزوج على المراة لان كلمة ما عامة م
تتناول المال وغيره م لانها لم تغره بتسمية المال ش اي لان المراة لم تغره وجها بذكر ماله قيمة
والمراد من اليد الحسية وكذا اذا اختلعت على ما في هذا البيت او على ما في شجري او نخلي او في بطون غنمي
فلم يكن شيء في تلك الساعة لا يرجع عليها لما ذكرنا اما اذا كان في تلك الساعة شيء فله ذلك لان
المنازعة الناشئة من الجهالة ترتفع بالاشارة الى المحل وفي النكاح يجب مهر المثل في هذه
الصور لان البضع متقوم عند الدخول وفي الصورة المذكورة تقع الطلاق فيه قال مالك واحمد
وفي البسيط لو وقع الخلع بدون ذكر المال فهل يجب المال لانه معروف فيه كالمشروط وفي
المنهاج وهو مهر المثل في الاظهر وقيل لا يجب المال كالطلاق النكاح واذا قلنا لا يجب هل يفتقر الى
القبول قيل يفتقر لان المخالعة مفاعلة كالمقابلة والمفاداة فلا بد منه والخلع قد يفتقر الى
القبول كخلع السفيه والصغيرة وفي الوسيط لو قال خالعتك على ما في كفك صح الخلع ان

صحيحا بيع الغائب وقول على ما في كفها وان لم يصح فسد العوض ويجب الرجوع الى مهر المثل قال
الغزالي وقال ابو حنيفة ان لم يكن في يدها شيء نزل على ثلاثة دراهم وعلل وقال السروجي مذهب
ابي حنيفة واصحابه انها لا يلزمه شيء المسمى من غير خلاف ونقله عنه غلط قبيح والتعليله وهم وخيال
باطل مبني على الخطا في الحكم والمجازفة فيه وقال وكان في الغزالي لا عالة تعصب على ابي حنيفة ومن في ايام
السلطان محمود رحمه الله واقتوا بقتله من اجل اعتقاده مذهب الحكماء فقال السلطان انا رجل
عامي لا اعرف هذا الامر وحسب قتله فاقتلوه فخلصه منهم الا رضا منديي من الحنفية ثم
صنف احيا علوم الدين وذكر فيه مناقب ابي حنيفة واطنب في مدحه بالعلم والزهد والورع وذكر
ابن عطية في تفسيره في سورة التكوير ذهب قوم من الملحدين كالغزالي الى ان الشمس نفس من ادم
والنجوم عيناه وحواسه والعشار ساقاه وذلك عند موته ولعقره بامور منها للبين في التمكن ابدع
من هذا العالم م وان قالت خالعني على ما في يدي من المال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها
لانها سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالمال الا بعوض ولا وجه لايجاب المسمى وقيمته للجهالة
ولا الى ش اي ولا وجه ايضا بالرجوع م الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج
ش لان الزوج لم يملكها شيئا اسقط حقه عنها م فتعين ايجاب ما قام به على الزوج ش اي ايجاب ما
قام به البضع بالمال على الزوج وهو المهر وبه قال القاضي من الحنابلة وفي المغني عليها ما يقع عليه اسم
المتاع عند احمد وعند الشافعي عليها مهر المثل قولا واحدا م دفعا للضرر عنه ش اي عن الزوج لانه
دفعا للغرور ولعدم الامكان ولا يقال البضع صار مستهلكا ولا امكان لفسخ الخلع فيجب قيمة
البضع عليها لانا نقول بطل ذلك بارتداد المراة فان استهلاك البضع حاصل ومع هذا لا رجوع بقيمة
البضع عليها وفي قاضي خان لو قال لها اخلعي نفسك بالمال او بما شئت وقالت اختلعت لا يقع الطلاق
لانه يصير مستزادا ومستنقصا وهو محال ولو قال بالف فقالت اختلعت ذكر في الوكالة انه
يقع وفي الطلاق انه لا يتم ولو قال اخلعي نفسك ولم يذكر ما لا ذكر خواهرزاده انه يقع طلقة واحدة
بائنة وفي المنتقى لا يصح ولا يكون خلعا الا بالمال الا ان ينوي الزوج الطلاق بغير مال ولو قال
لغيرها اخلع امراتي فليس له ان يخلعها الا بمال وذكر ابن سماعة عن محمد انه يكون طلاقا بائنا بغير مال
وبه اخذ اكثر المشايخ وفي جوامع الفقه لو قال بعتك نفسك بكذا فقبلت كان خلعا ولو لم يذكر البدل
في رواية هشام وابن سماعة عن محمد وعن الكرخي وابي القاسم انه ليس بخلع وفي موضع اخر انه يقع به
طلاق بائن ولا يبرا الزوج عن المهر وعن ابن سلام يبرا وهو اختيار الشهيد حسام الدين في الفتاوى
وفي الفتاوى لو نوى الطلاق يقع ولا يبرا من المهر ولو قال اخلعي نفسك بكذا فقالت فعلت لو لم يذكر البدل
كان سؤالا وطلبا للخلع حتى لو قال خلعتك بكذا يتوقف على قبولها هكذا في الاصل وعن محمد يقع بغير شيء
ولذا لو قالت اخلعني بمال وفي الفتاوى لو قال اشتري نفسك مني ولم يذكر مالا فقالت اشتريت لا يصح
بخلاف قوله اخلعي نفسك مني فقالت اختلعت ولو قالت اخلعني بكذا فقال نعم فليس بشيء كانها قالت
نعم خلعتني ولو قالت رضيت او اجزت صح م ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل
لم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة ش اي للبيان م
دون التبعيض لان الكلام مختل بدونه ش اي بدون من لانها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم كان
الكلام مختلا فكان صلة وبقي لفظ الجمع فيلزمها ثلاثة دراهم فان قلت ينبغي ان يلزمها درهم واحد لان
الجمع المعرف باللام يصير للجنس قلت نعم اذا كان الجمع مجردا عن الاضافة والاشارة لاختصاصه
بما تحويه يدي والدراهم جمع حقيقة فيجب اعتبار معنى الجمعية على انا نقول ان اللام الداخلة على الجمع
فيه اختلاف فعند البعض لمطلق الجمع ولعل المصنف ذهب الى هذا القول ولا يرد علينا ما اذا قال لامراته
اختاري من الثلاث ما شئت فانها اذا اختارت الواحدة او الثنتين يصح لان من فيه للتبعيض لعدم
اختلال الكلام بدونه بخلاف صورة الخلع فانه فيها للتبيين والصلة لاختلال الكلام بدونه ولا يقال
المفهوم من اختاري الثلاث ما شئت غير المفهوم من اختاري من الثلاث ما شئت لانا نقول المغايرة بين
المعنيين لا تقتضي الاختلال في الكلام لان المدعى صحة الكلام بدون ذكر من وصحته ليست بموقوفة على
عدم المغايرة م واذا اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه ش اوابه يعني لا تطيق على تحصيله

فقال طلقتك فيقع [illegible] وقيل
انتهى ولو قال طلقتك بالسنة فهو
ابتدا لا الاخبار وكذا الطلقتك
بكذا مع

ان وجدته سليمة والا فلا شيء عليها م لم تبرأ ش وعند مالك رحمه الله لا ضمان عليها وعند الشافعي رحمه الله
يجب مهر المثل ان صح الخلع وفي الاصح عنده لا يصح الخلع م وعليها التسليم عينه ش اي وعلى المراة تسليم عين
العبد م ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه ش اي لان الخلع م عقد المعاوضة يقتضي سلامة العوض
واشتراط البراءة عنه ش اي عن الزوج م عقد المعاوضة شرط فاسد فيبطل ش اي الشرط
م الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ش وكذا التبرعات لا تبطل بها فان قيل سلمنا ان الخلع
لا يبطل بالشرط الفاسد ولكن ينبغي ان يفسد التسمية ويرجع الزوج عليها بالمهر اجيب
ان مبنى الخلع على التوسع فلا يمتنع صحته باعتبار الاباق لان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه
من الشرط فاسدا ساقطا والساقط لا يؤثر فسادا في شيء فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى فكذا
يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها
عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق التسليم بوصف السلامة
الا ترى ان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع والشرط البراءة عن العيوب يجوز فلا يلزم من
جواز الادنى جواز الاعلى م وعلى هذا النكاح ش يعني على هذا الحكم اذا تزوجها على عبد ابق له باشتراط
البراءة عن ضمانه جاز النكاح ولم يبرأ عن ضمانه فيجب تسليم عينه اذا قدر والا فتسليم قيمته م واذا
قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف ش وبه قال الشافعي وعند مالك يقع
بالف وعند احمد يقع بغير شيء م لانها لما طلبت الثلاث بالالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف
وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض ش اي على اجزاء المعوض فيقابل كل طلقة
الالف فان قلت هذا يشكل بالبيع فلو قال بعت منك هؤلاء العبيد الثلاثة كل واحد بثلث الالف
فقبل البيع في واحد بعينه لم يجز ولم يجب ثلث الالف قلت الطلاق لا يبطل بالشرط الفاسد لقبوله
التعليق والاخطار ولا كذلك البيع م والطلاق بائن لوجوب المال ش اي بالاجماع م وان قالت طلقني
ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ش وبه قال احمد لقوله في الباء وقول مالك
كالكلام في الباء م ويملك الرجعة ش لانه لما لم يجب المال لان المشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط
كان الطلاق رجعيا لان الزوج كان مبتديا بايقاع الطلاق وصريح الطلاق معقب للرجعة في
المدخولة اذا لم يقل بالثلاث م وقالا ش اي قال ابو يوسف ومحمد م هي واحدة بائنة بثلث الالف ش
اي الطلقة واحدة بائنة وبه قال الشافعي رحمه الله م لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات ش يعني
تستعمل في المعاوضات بمعنى الباء والخلع معاوضة فيكون بمنزلة الباء لدخوله على المال دون الطلاق
والمال لا يقبل التعليق م حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء ش سوا بالرفع خبر
ان والباء تستعمل لمعان كثيرة منها تستعمل بفتحة الاستعلاء فيكون بمعنى على كما في قوله من ان تأمنه
بقنطار اي على قنطار واذا مروا بهم يتغامزون م وله ش اي ولابي حنيفة م ان كلمة على للشرط قال
الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ش اي بشرط ان لا يشركن وهذا في بيعة النساء والشرط
يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء وهذا لو قال انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا ولهذا
اذا قال بعت هذا العبد على انه خباز او كاتب كان شرطا فان قلت يشكل هذا اذا قال لها طلقي
وفلانة على الف فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء اجيب
بانه حملت هناك على الباء لانه لا غرض لها في طلاق فلانة لتحمل ذلك كالشرط ولها في اشتراط ايقاع
الثلاث غرض صحيح كذا في المبسوط م ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا ش
هذه المسألة للاستشهاد على ان على للشرط وليست هي بمسألة ابتدائية م وهذا لانه ش اي لان
حرف على م للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه ش اي لان الشرط م يلازم الجزاء ش بيانه ان
كلمة على للاستعلاء وهي حقيقة اللغوية كما تقول زيد على السطح ثم جعلت للالزام حقيقة
شرعية كما يقال لفلان على الف درهم لان لزوم الشيء على الشيء بمعنى الاستعلاء ثم اذا استعملت
للشرط تكون مجازا وجوز المجاز الاتصال من حيث الملازمة لان وجود الشرط مستلزم لوجود
الجزاء م واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع ش على صيغة المجهول يقال توزعوه اي تقسموه
وهذا يتعد كما ترى م على اجزاء الشرط ش لان المشروط لا يوجد الا عند وجود الشرط والشرط

عبارة عن جميع اجزائه فما لم يوجد جميع اجزائه لا يوجد الشرط فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء
من الشرط لعدم وجود الشرط م بخلاف الباء لانه للعوض ش اي عند قوله لان حرف الباء يصحب
الاعواض م وانما لم يجب المال بالطلاق كان مبتديا ش اي كان الرجل مبتديا بالطلاق عن منعي على سؤالها
م فوقع ش اي الطلاق وقع رجعيا وهو معنى قوله م ويملك الرجعة ش لان الطلاق الصريح يعقب الرجعة م
ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي
بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها ش لان رضاه بزوال ملكه بالالف لا يدل على رضاه بزوال ملكه باقل من
الالف م بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف ش فطلقها واحدة تقع واحدة بائنة م لانها لما رضيت بالبينونة بالف
كانت ش راضية م ببعضها ش اي ببعض الالف م ارضى ش يعني لما رضيت بتملك نفسها بوقوع البينونة
بالالف كانت راضية بوقوع البينونة باقل من الالف بالطريق الاولى م ولو قال لها انت طالق على الف
فقبلت طلقت وعليها الالف ش انما توقف على قبولها لانه ايجاب معاوضة فلا بد من القبول واذا قبلت
وقعت واحدة بائنة لوجوب المال لكن يشترط القبول في المجلس حتى اذا قامت قبل القبول بطل
ذلك لانه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الامر منها والتمليكات تقتصر على المجلس م وهو كقوله
انت طالق بالف ش اي حكم هذا الحكم ذلك كما ذكر وذكر التمرتاشي لو قال انت طالق بالف او على الف
او خلعتك على الف او بارأتك او طلقتك بالف يقع على القبول في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح
تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها اذا كانت
غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها المبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها
قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس م ولا بد من القبول في الوجهين ش اي في قوله انت طالق
على الف وفي قوله انت طالق بالف م لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك ومعنى قوله على الف بشرط
ان يكون الالف لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن
لما قلنا ش اي لوجوب المال م ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر
وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما ش اي على المرأة والعبد يعني لا يجب عليهما شيء
م عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا اذا لم يقبلا ش اي المرأة والعبد م وقالا ش اي قال ابو يوسف ومحمد
وبه قال الشافعي واحمد م على كل واحد منهما ش اي من المرأة والعبد م الالف اذا قبل ش اي كل واحد منهما
م واذا لم يقبل ش اي كل واحد منهما م لا يقع الطلاق والعتاق م وكذا ش اي في الخلاف م اذا قالت طلقني
ولك الف درهم ش ففعل الزوج وقع الطلاق ولم يكن له من الالف شيء عند ابي حنيفة م لهما ش اي لابي
يوسف ومحمد م ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ش اراد بهذا الكلام قوله وعليك الف وقولها ولك الف
وهو يستعمل للمعاوضة والخلع معاوضة ايضا م فان قولهم احمل هذا المتاع ولك على التحميل بمنزلة قولهم
بدرهم ش وكذا خيط هذا الثوب ولك درهم توضيحه ان الواو قد يكون للحال ولا وجه لتصحيح كلامه
الا بالحمل على ذلك فيصير كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها كما
لو قال ادي الي الفا وانت طالق ولعبده ادي الي الفا وانت حر فان الطلاق والعتاق لا يقعان الا بالمال م
وله ش اي ولابي حنيفة م انه ش اي قوله وعليك الف م جملة تامة ش مستقلة بنفسها لانها مبتدا
وخبر والاصل فيها الاستقلال م فلا ترتبط بما قبلها الا بدلالة الحال اذ الاصل فيها ش اي في الجملة م
الاستقلال اي الاستبداد بنفسها م ولا دلالة ش ههنا على الارتباط بما قبلها م لان الطلاق والعتاق يعريان
عن المال ش لان عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض م بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان
دونه ش اي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا م ولو قال انت
طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت ش اي قالت قبلت م فالخيار
باطل اذا كان للزوج ش والطلاق واقع م وهو ش اي الخيار م جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار
في الثلاث ش اي في الثلاثة الايام م بطل ش اي الطلاق م وان لم ترد ش اي الخيار م طلقت ولزمها
المال وهذا ش اي هذا الذي ذكرنا م عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين ش اي فيما اذا كان
الخيار من جانبها او من جانبه م والطلاق واقع وعليها الف درهم ش وبه قال الشافعي واحمد م لان الخيار
ش اي شرعية الخيار م للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ش يعني اثر الخيار في الفسخ بعد

ش المسألة الدورية وقوله ان قالت طلقني ثلاثا بالالف الا [illegible]

صحة الايجاب لا في المنع في الايجاب م والتصرفان ش اى ايجاب الزوج وقبول المراة م لا يحتملان الفسخ
من الجانبين ش اى من جانب الزوج وجانب اليمين لانه ش اى لان الخلع م في جانبه يمين ش لانه ذكر
شرط وجزا يعني واليمين لا يقبل الفسخ م ومن جانبها شرط ش اى شرط اليمين فان يمين الزوج يتم بقبول
المراة فاحد شقيها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ م ولابي حنيفة ان الخلع م في جانبها بمنزلة البيع
ش لانه تمليك مال بعوض م ثم هذا حتى لا يصح رجوعه منه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في
الايمان م وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ش يعني يصح الخيار من العبد اذا اخترته
في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المراة توضيحه اذا طلقها على مال وجعل لها
الخيار ثلاثة ايام جاز عند ابي حنيفة لانه في معنى البيع فكذلك اذا اعتق عبده على مال وجعل له
الخيار ثلاثة ايام جاز لانه في معنى البيع وعندهما لا يصح الخيار لان قبول المال شرط اليمين ولا يصح
الخيار في اليمين فكذا في شرطها فان قيل ثبوت الخيار ثبت خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قلنا
اثبتنا الخيار هنا بدلالة النص لا بالقياس فان ثبوت الخيار في البيع لدفع الغبن في الاموال
والغبن في النفوس اضر والحاجة الى التروي فيه اكثر فانه ربما يفوته هذا الازدواج على وجه لا
مثله ابدا فيصح فيه الخيار للتامل وهذا المعنى يعرفه كل لغوي فيكون ثابتا به لا لانه النص م ومن
قال لامراته طلقتك امس على الف فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ش اى مع يمينه
م ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري
ووجه الفرق ش اى بين المسئلتين مسئلة الطلاق ومسئلة البيع م ان الطلاق بالمال يمين من
جانبه ش لانه تعليق الطلاق بشرط قبول المراة واليمين يتم بالحالف م فالاقرار به ش اى باليمين وانما
ذكر الضمير على تاويل الحلف م لا يكون اقرارا بالشرط ش اى بوجود الشرط لانه اذا وجد الشرط انحلت
اليمين وانعدمت فلان القول قول الزوج مع اليمين م لصحته ش اى لصحة اليمين وجه تذكير الضمير
مر الان م بدونه ش اى بدون الشرط م اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به ش اى بالبيع م
اقرار بما لا يتم الا به ش الضمير المستتر في لا يتم يرجع الى البيع ايضا م فانكاره القبول رجوع منه
ش فلا يصدق م قال ش اى القدوري م والمباراة كالخلع ش المباراة من بارى شريكه اى ابرا كل
منهما صاحبه وهي بالهمز قال في المغرب ترك الهمزة خطا م كلاهما ش اى المباراة والخلع م يسقطان
كل حق لكل واحد من الزوجين مما يتعلق على الاخر بالنكاح ش اى بسبب النكاح مثل المهر والنفقة
الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمباراة النفقة والسكنى ما دامت في العدة وبه صرح الحاكم
الشهيد في الكافي وقوله مما يتعلق على الاخر بالنكاح احتراز عن دين وجب بسبب اخر فانه لا يسقط
على ظاهر الرواية ونفقة العدة لا تسقط ايضا الا بالتسمية وكذا السكنى بالاجماع ولو خالعها ولم يذكر
المال وقبلت لا تسقط شي من المهر في ظاهر الرواية وقال الشيخ الامام السعدي وشيخ الاسلام
يسقطان كان عليه ولا يجب عليها رد ما قبضت لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع هذا م عند ابي
حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما ش اى في المباراة والخلع م الا ما سمياه ش اى الزوجان يعني لا
يسقطان شيا سوى المسمى في عقد الخلع وبه قال الشافعي م وابو يوسف معه ش اى مع محمد م
في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة م لمحمد ان هذه ش اى المباراة والخلع م معاوضة وفي المعاوضات
يعتبر المشروط لا غير ش اى الذي وقع عليه الشرط م ولابي يوسف ان المباراة مفاعلة من
البراءة ش وباب المفاعلة يقتضي نسبة الفعل الى اثنين الى احدهما صريحا والى الاخر ضمنا فيثبت
براءة كل واحد منهما بالاخر وهو معنى م فيقتضيها ش اى يقتضي البراءة م من الجانبين وانه ش
اى ولفظ البراءة او الانه باعتبار المذكور م مطلق ش يعني غير مقيد بشي م فقيدناه بحقوق
النكاح لدلالة الغرض ش وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب
وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باسقاط ملك الوصلة كذا قاله
بعض الشراح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة
بالنكاح م اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام
ش اى سائر الاحكام لانها لم تكن بسبب وصلة النكاح م ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل

ومنه خلع النعل وخلع العمل ش وهو انفصال العامل عنه م وهو ش اى الخلع مطلق كالمباراة ش
فينصرف الى الكامل م فيعمل باطلاقهما ش اى باطلاق المباراة والخلع م في النكاح واحكامه وحقوقه
ش الواجبة به دون سائر الديون وقال الاترازي ثم بالخلع هل يقع البراءة عن دين اخر سوى دين
النكاح في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة يقع وكذلك المباراة هل يوجب البراءة عن
سائر الديون فيه اختلاف المشايخ والصحيح انها لا توجب كذا في الفتاوى الصغرى اما اذا كان العقد
بلفظ الطلاق على مال فهل يقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح ففي ظاهر الرواية لا يقع لان لفظ
الطلاق لا يدل على اسقاط الحق الواجب بالنكاح وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة يقع البراءة عنها
لاتمام المقصود ولو كان الخلع بلفظ البيع والشرا اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة قال في
الفتاوى الصغرى والصحيح انه كالخلع والمباراة م ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها ش
صورته خاطب الرجل ابا الصغيرة وقال خالعت ابنتك على صداقها او على مالها الاخر فقبل الاب لم يجز
ش وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يجوز لان ولايته نظرية م لانه لا نظر لها فيه ش اى في هذا الخلع م
اذ البضع ش اى لان البضع م في حالة الخروج غير متقوم ش ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث م
والبدل متقوم ش ولا نظر في الزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم م بخلاف النكاح ش بان زوج الرجل اذا
زوج ابنه الصغير امراة بمهر المثل صح لان البضع متقوم عند الدخول ش اى حالة الدخول م وهذا
ش اى ولاجل كون البضع في حالة الخروج غير متقوم ومتقوم عند الدخول م يعتبر خلع المريضة من الثلث
ش اى من ثلث التركة م ونكاح المريض ش اى يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال م فكانه مقابله
المتقوم بالمتقوم وهذا من وجوه النظر م واذا لم يجز ش اى الخلع م لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ش
اى لا يستحق الزوج مالها بدل الخلع م ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول ش اى
وقوع الطلاق م اصح ش كذا قاله الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير م لانه تعليق
بشرط قبوله ش اى لان الخلع تعليق الطلاق بشرط قبول الاب وقد وجد م فيعتبر بالتعليق بسائر
الشروط ش مثل ان يقول ان دخلت الدار وعمر وذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد ما علق
م فان خالعها ش اى فان خلع الاب الصغيرة م على الف على انه ش اى ان الاب م ضامن فالخلع واقع
والالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ش ومعنى الضمان ههنا
التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد
م ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب ش بل يبقى الكل ان دخل بها والنصف ان لم
يدخل بها م وان شرط الالف عليها ش اى وان شرط الاب الالف على الصغيرة م توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول اى ان كانت عاقلة وقال التمرتاشي ان كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها
م فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ش وهو القبول م ولا يجب المال لانها ش اى لان الصغيرة م
ليست من اهل الغرامة ش بل يجب الكل ان دخل بها او النصف ان لم يدخل بها م وان قبله الاب
عنها ش اى ان قبل بدل الخلع الاب عن الصغيرة م ففيه ش اى ففي هذا القبول قال الاكمل وقال
الاترازي اى في وقوع الطلاق م روايتان عن اصحابنا قلت الذي قاله الاكمل هو الصحيح م روايتان
ش في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول
الهبة وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك لا يحتمل النيابة كذا في مبسوط
فخر الاسلام وفي الكافي وهو الاصح م وكذا ان خالعها على مهرها ش اى وكذا الحكم ان خالع الصغيرة
زوجها على مهرها م ولم يضمن الاب عنها فعلى الروايتين ش قال تاج الشريعة يعني في قبول الاب
المهر روايتان في رواية يصح وهو قول عامة المشايخ لانه يقع محض وفي رواية لا يصح لان هذا القبول
شرط اليمين وذلك لا يحتمل النيابة م وان ضمن الاب المهر ش اى في صورة خلع الاب مع
الزوج م وهو ش اى المهر م الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه ش اى يلزم
الاب م خمس مائة استحسانا ش لان المسئلة مصورة في غير الموطوءة بدليل ايراد اصل
هذه المسئلة في الكبير التي لم يدخل بها ثم لما كانت الصغيرة غير موطوءة واضيف الخلع الى المهر
والمهر ما يجب بالنكاح والواجب بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمس مائة

اذا توقف على قبولها فان قبلت
طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب [illegible]

فكانه خالعها على خمسمائة م وفي القياس يلزمه الالف ش بحكم الضمان م واصله ش اي واصل ما
ذكر في هذه المسئلة م في الكبيرة ش اي في المراة الكبيرة م اذا اختلعت قبل الدخول ومهرها
الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة ش اي على المهر زائدة لان الصفقة تتبع المضاف اليه كما في قوله
تتبع بقرات ثمان لان الصداق اذا لم يكن معتوضا استحق الزوج عليها الفا باعتبار القبول في الخلع
ولها على الزوج خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيصير خمسمائة قصاصا بخمسمائة فيبقى للزوج عليها
خمسمائة زائدة م وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها ش اي يراد بالخلع
عادة حاصل ما يلزم للمراة على الزوج وقال تاج الشريعة وجه الاستحسان انهم يريدون في الخلع على المهر
ما يلزمه لها وهو خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعا على خمسمائة
وقد سقط عن الزوج فلا يبقى لها عليه شيء فافهم **فروع** لو قال خلعتك ولم يذكر عوضا فقالت
قبلت لا يسقط شيء من مهرها في ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام والسعدي برئ من مهرها ويرد المهر
لو قبضت وعن ابي حنيفة روايتان اذا لم يذكر العوض في الخلع والاصح برائته وفي شرح الشافي برئ
من المهر عنده وفي المحيط والصحيح انما تقبضه فهو لها وما كان باقيا في ذمته يسقط ولو شرطا البراءة
عن نفقة العدة ومؤنة السكنى سقطا بلا خلاف ولو شرطت البراءة عن السكنى لا يصح لان السكنى في
بيت المعتدة حق الله تعالى وفي المغني لا تصح البراءة عن نفقة العدة اتفاقا الا اذا اشترط في الطلاق
ولا يقع الابراء عن نفقة الولد والرضاع بالشرط ولو وقت له وقتا جاز ولو مات الولد قبل تمام الوقت
رجع الاب الى تمام المدة والحيلة الا يرجع عليها ان يقول الزوج خالعتك على انك بريئة من نفقة
ولدك فان مات فلا رجوع لي عليك ولا يدخل نفقة العدة في قوله خالعتك بكل حق لك علي لانه لم
يكن حق عليه عند الخلع وفي الينابيع لو ابرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح بخلاف الابراء عن
النفقة حال قيام النكاح قال صاحب الينابيع هكذا ذكره الطحاوي رحمه الله وفي العتبية خالعها
على نفقة ولده عشر سنين وهي معسرة وطالبته بنفقتها اجبر عليها وفي الذخيرة خالعها على رضاع
ابنه سنتين وعلى نفقته ابنه عشر سنين بعد الفطام يجوز ولو خالعها على ان يكسوه من مالها
في المدة ولا يضر الجهالة ولو لم يشترط ذلك فلها طلب كسوته ولو كان في بطنها والمسئلة بحالها
ولدته ميتا رجع عليها باجرة الرضاع سنتين ونفقة عشر سنين اختلعت على ان تترك ولدها عند
الزوج فالخلع جائز والشرط باطل قالت بعتك مهري ونفقة عدتي فقال اشتريت فالظاهر انها لا تطلق
ولكن الاحوط تجديد النكاح المختلعة يلحقها صريح الطلاق في العدة عندنا وبه قالت الظاهرية وهو
قول ابن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وهو قول ابن
ابن مسعود وابي الدرداء وعمران بن حصين رضي الله عنهم وعند الشافعي ومالك واحمد لا يلحقها والانبناء
الطلاق في قوله نساي طوالق عندهم

باب الظهار

ش اي هذا باب في بيان احكام الظهار وهو مصدر ظاهر يظاهر ظهارا وفي الصحاح يقال ظاهر امراته وتظاهر
واظهر واظهار وتظهر وظهر كل ذلك قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي والظهر في قوله عليه السلام
لا صدقة الا عن ظهر غنى مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وظاهر اذا اعانه وظاهر بين ثوبين اذا
لبس احدهما فوق الاخر وعدي بمن وان كان ظاهر استعمل بالا لانهم اذا ظاهروها تباعدوا منها كما في الايلاء
وفي المحيط والمنافع الظهار لغة مقابلة الظهر بالظهر والرجل بالمراة اذا كان بينهما شحناء ادبر كل واحد
ظهره الى الاخر وفي المبسوط الطوسي يسمى ظهارا اشتقاقا من الظهر خصه به دون البطن والفرج
والفخذ لان كل دابة تركب ظهرها فلما كانت الزوجة تركب وتغشى شبهت بذلك والمعنى ركوبك علي
حرام كركوب ظهر امي وفي جامع الاصول انهم ارادوا انت علي كبطن امي اي يعني في جماعها فكنوا عن
البطن بالظهر لانه عمود البطن وللمجاورة وقيل ان اتيان المراة من ظهرها كان محرما عندهم فيقصد
مطلق التغليظ في تحريم امراته تشبيهها بالظهر ثم لم يقنع بذلك حتى جعلها كظهر امه واما الظهار شرعا
فهو تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه التابيد كالام والاخت والخالة والعمة سواء كانت من نسب
او من رضاع او مصاهرة وفي قال الشافعي في قول ومالك واحمد وفي قوله القديم تقتصر التشبيه
بالام وفي قول يلحق بها الجدة ثم الظهار له ركن وهو قوله انت علي كظهر امي ويقع الظهار به سواء

وجدت النية او لم توجد لانه صريح في الظهار وكذا اذا شبه بعضو شايع او يعبر عن جميع البدن
كما في الطلاق وشرط وهو ان تكون المظاهر مسلما حتى لا يصح ظهار الذمي عندنا خلافا للشافعي واحمد وبقولنا
قال مالك ومن شرطه ان يكون المشبه منكوحته حتى لا يصح الظهار من امته او مدبرته او ام ولده
وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك والثوري يصح الظهار من كل امة ومن شرطه ان يكون اهلا لسائر التصرفات
وهو العاقل البالغ فلا يصح ظهار الصبي بالاجماع وحكم وهو حرمة الوطء ودواعيه موقتا الى وجود
الكفارة مع بقاء اصل النكاح كما في حالة الحيض وسبب وهو النشوز فان اية الظهار نزلت في خولة
وكانت ناشزة م اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا
تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل
ان يتماسا ش الاصل في الظهار قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من
قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وسبب نزول الاية ما روى الواحدي في كتاب
اسباب النزول القران باسناده الى عروة قال قالت عايشة رضي الله عنها تبارك الذي وسع سمعه
كل شيء اني لاسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهو تشتكي زوجها الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهي تقول يا رسول الله ابلى شبابي ونثرت له بطني حتى اذا كبر سني وانقطع ولدي ظاهر مني اللهم
اني اشكو اليك قالت فما برحت حتى نزل جبريل عليه السلام بهذه الايات قد سمع الله قول التي تجادلك
في زوجها وتشتكي الى الله الاية قال الزمخشري هي خولة بنت ثعلبة امراة اوس بن الصامت اخي
عبادة بن الصامت انتهى قلت الذي قاله مروي عن عكرمة وعروة ومحمد بن كعب وقال ابو عمر خولة بنت
ثعلبة بن اصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف وقيل ان التي نزلت فيها هذه الاية جميلة امراة اوس بن
الصامت وقيل هي خولة بنت دليج ولا يثبت شيء من ذلك م والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر
الشارع اصله ش اي اصل الظهار م ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ش ولا خلاف
فيه لاحد من العلماء م وهذا ش اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة م لانه
ش اي لان الظهار م جناية لكونه منكرا من القول وزورا ش كما في قوله تعالى وانهم ليقولون منكرا من
القول وزورا اراد بالمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع وبالزور الكذب والباطل حيث شبه من هي
في غايات الحل بمن هي في اقصى غاية الحرمة م فيناسب المجازاة عليها بالحرمة جزاء على جنايته م وارتفاعها
ش اي ارتفاع الجناية م بالكفارة ش قال تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وقال عليه السلام اتبع
السيئة الحسنة تمحها وفي المنافع الكفارة تجب بالظهار والعود لان الظهار منكر من القول وزور
وهو كبيرة محضة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة او الغالب فيها معنى العبادة فلا يكون سببها محضا
محضا فتعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك بالمعروف بعد الظهار وهكذا
في الينابيع والحواشي وفي المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء والظهار شرط فيتكرر الحكم بتكرر
سببه لا شرطه الامر على العكس فان الكفارة تتكرر بتكرر الظهار وان تكرر العزم على الوطء وفي
المبسوط بمجرد العزم على الوطء لا تستقر الكفارة عندنا حتى لو ابانها بعد هذا او ماتت لا تجب
الكفارة وهذا دليل على ان الكفارة هو واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل
موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه لا بد من الكفارة حتى لو لم يرد ذلك ولم يطلب المراة لا
تجب عليه الكفارة اصلا وفي الينابيع رضي ان يكون حرمة ولا يعزم على وطئها لا تجب الكفارة
ولو عزم ثم ترك لا تجب ايضا فعلم ان الكفارة لا تجب بمجرد الظهار وهو قول احمد ومالك في
الصحيح وعنه في قول تجب بنفس الظهار واختلف اهل العلم في العود المذكور في قوله تعالى ثم
يعودون فعندنا هو العزم على اباحة الوطء والقول الثاني قال مالك ارادة الوطء في رواية انتهت
والثالث ارادة الوطء مع استدامة العصمة وان لم يجمع على الوطء لم تجب الكفارة ولو فعل يجزيه وهو
قول مالك وعندنا يجزيه وفي شرح مختصر الكرخي لو بانت منه بالطلاق او تزوجت بغيره ولم يصح
التكفير والرابع العود الوطء نفسه رواه عبد الوهاب عن مالك فعلى هذا لا يجزيه التكفير قبل
الوطء والخامس ان يسكت عن طلاقها عقيب الظهار في زمان يمكنه طلاقها وبه قال الشافعي ر

واصحابه وبعض الظاهرية والسادس العود ان يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانية ولا يجب عليه بالاولى
وهو قول داود الظاهري والسابع هو العود في الاسلام لا نفس القول بالظهار الذي كانوا يظاهرون به
في الجاهلية في تعاطي الظهار وهو قول الثوري م ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه ش وهي اللمس والقبلة
لانهما داعيان الى الوطء وبه قال الزهري والاوزاعي والنخعي ومالك والشافعي في احد قوليه واحمد
في رواية وقال الشافعي في قول لا يحرم الدواعي وبه قال احمد في رواية م كيلا يقع فيه ش اي في الوطء
م كما في الاحرام ش اي في حالة الاحرام في الحج حرم الوطء ودواعيه ايضا وكذا في الاعتكاف والاستبراء
لان من حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه م بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم
الدواعي يفضي الى الحرج ش وهو منتف بالنص م ولا كذلك الظهار والاحرام ش فانهما يقعان
قليلا فلا يفضي حرمة الدواعي فيهما الى الحرج م فان وطئها قبل ان يكفر عن يمينه استغفر الله ولا
شيء عليه غير الكفارة الاولى ش الكفارة الاولى هي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص
وهو قول الجمهور ومالك والشافعي واحمد وقال عمرو بن العاص وقبيصة بن ذويب وسعيد بن جبير
والزهري وقتادة وعبد الرحمن بن مهدي تجب كفارتان وقال الحسن البصري والنخعي تجب ثلاث
كفارات ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ظاهر
عن امراته ووقع عليها قبل ان يكفر قال ما حملك على ذلك قال رايت خلخالها في ضوء القمر قال فلا
تقربها حتى تفعل ما امرك رواه ابو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة وفي الكشاف هو سلمة بن صخر
البياضي قلت في رواية الترمذي عن سلمة بن صخر عن النبي صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان
يكفر قال كفارة واحدة ثم قال هذا حديث حسن غريب وسلمة بن صخر هذا يعرف بالبياضي وليس منهم و
انما كانت عونة فيهم فنسب اليهم وهو من الخزرج سلمة بن صخر بن سلمان بن الصمة بن حارثة بن الحارث
ابن زيد مناة بن حبيب بن عبد حارثة بن مالك بن غضب بن جشم بن الخزرج الانصاري قال الترمذي ويقال
في اسمه سلمة او سلمان م ولا يعاود ش اي ولا يعاود الوطء م حتى يكفر لقوله عليه السلام ش اي لقول
النبي صلى الله عليه وسلم م للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ش وقد
ذكرنا هذا الحديث آنفا عن ابن عباس رضي الله عنهما وعن سلمة بن صخر م ولو كان شيء آخر واجبا عليه ش
هذا وجه الاستدلال بالحديث المذكور اي ولو كان يجب على المظاهر الذي وطئ شيء آخر واجبا عليه غير الكفارة
الاولى م لنبه عليه ش اي لنبه النبي صلى الله عليه وسلم عليه م قال ش اي قال المصنف رحمه الله تعالى
م وهذا اللفظ ش يعني قوله انت علي كظهر امي م لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ش حتى لو نوى الطلاق
او الايلاء لم ينو شيئا يكون ظهارا م ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به ش لانه
تغيير موضوع الشرع وليس الى العبد ذلك ولان النية تعين محتملات اللفظ واللفظ صريح فلا يحتمل
غيره فلا يصح به الطلاق ولهذا اذا نوى به اليمين لانه صريح في الظهار وكذا اذا اراد به الخبر
عن الماضي كاذبا لا يصدق قضاء م واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر ش لان
الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه ش
احترز به عن التشبيه باليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر اليه وقالت الظاهرية يختص
الظهار بظهر الام وقال الشافعي ومالك واحمد لو قال انت علي كيد امي او كرجلها او كراسها او كتفها
او كعضدها يكون مظاهرا ايضا كما في الظهر المتلذذ به ولو قال كشعرها او كسنها او ظفرها لا يكون
مظاهرا لعدم التلذذ بها وقال الماوردي قال ابو حنيفة ما يحل بعد فقدها لا يصير مظاهرا به
وما لا يحل بفقده يكون مظاهرا بالتشبيه به قال الكاكي وفي نقله ذلك الضابط عن ابي حنيفة
غلط فان بعد زوال الراس لا يحيى قطعا وقد ذكرنا انه لا يصير به مظاهرا وبقطع فخذها جاز ان يحيى
وتصير مظاهرا بل الاصل ما ذكر في المتن م وكذا ش اي وكذا يكون ظهارا م اذا شبهها بمن لا يحل له النظر
اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاع لانهن في التحريم المؤبد كالام
وام المراة وامراة الاب وقال ابو نصر قال الشافعي اذا شبهها بالام والجدة فهو ظهار وان شبهها
بالبنت والاخت ففيه قولان وان شبهها بمن كانت حلالا ثم حرمت كام امراته لم يكن مظاهرا لو
واحد قولي العتابي والولوالجي لو شبهها بامراة زنى بها ابوه او ابنه فهو مظاهر عند ابي يوسف لانها

محرمة على التابيد وقال محمد لا يكون مظاهرا للاختلاف فيه وان شبهها بامراة قد فرق الحاكم بينهما باللعان
قال ابو يوسف لا يكون مظاهرا لان موجب اللعان وان كان الحرمة المؤبدة عنده يسوغ فيه الاجتهاد ولهذا
لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز فلم يكن في معنى الام كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وغيره وقال ايضا
ولو شبهها بمن تحل في حال كاخت المراة او بامراة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان الحرمة
مما تقبل الزوال وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال لامراته انا منك مظاهر او قد ظاهرت
منك او انت مني كظهر امي او انت عندي كظهر امي او انت معي كظهر امي فهذا كله ظهار ش اي ولهذا
يكون ظهارا م ان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك او بدنك
لانه يعبر بها عن جميع البدن ش فيكون تشبيه هذه الاعضاء من المراة كتشبيه ذات المراة فيكون
مظاهرا ولهذا اذا قال جسدك وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ولو قال جنبك او ظهرك
علي كظهر امي لم يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك ورجلك م ويثبت الحكم في الشائع ش اي يثبت
حكم الظهار في الجزء الشائع اولا م ثم يتعدى ش اي ثم يسري الى سائر البدن م كما بيناه في الطلاق
ش كما في الطلاق وقد بيناه هناك م ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه ش
وبه قال الشافعي وذلك لانه يحتمل وجوها في التشبيه م فان قال اردت الكرامة ش يعني انت عندي
في استحقاق الكرامة والمنزلة مثل امي م فهو كما قال ش يعني يحمل على ما قال فلا يلزمه شيء م لان
التكريم بالتشبيه فاش في الكلام ش فاش من الفشو وهو الانتشار وقال الجوهري فشا الخبر
يفشو فشوا اي ذاع وافشاه غيره وفاش اصله فاشي باعلال قاض م وان قال اردت الظهار
فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها ش اي بجميع امه فاذا شبهها بظهرها وهو عضو منها كان ظهارا فلان
يكون ظهارا وقد شبهها بجميعها وجميعها مشتمل على الظهر اولى واحرى م وفيه ش اي وفي قوله
انت علي مثل امي م تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية ش لانه لما كان غير
صريح صار كالكناية فلا يزول الابهام منه الا بالنية م وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن
لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى به الطلاق وان لم يكن له نية فليس
بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة ش وبه قال اصحاب الشافعي في وجه
لانه محتمل ولا تعيين م وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها
اولى ش وبه قال مالك واحمد والشافعي في وجه وفي المبسوط لم يذكر قول ابي يوسف وعنه روايتان
احدهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا كان هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في
القضاء وهو ظهار م وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين
ش وهما حرمة الايلاء وحرمة الظهار وادناهما حرمة الايلاء من وجوه احدها ان الحرمة في الايلاء يمكن
دفعها بالفيء في المدة بالوطء بخلاف الظهار فانه لا يجوز الوطء فيه ما لم يكفر والثالث ان الظهار منكر من
القول وزور والايلاء يمين مباح والرابع ان كفارة الايلاء اطعام عشرة مساكين وفي الظهار اطعام ستين
مسكينا والصوم فيه شهران متتابعان وفي الايلاء ثلاثة ايام متتابعة م وعند محمد ظهار لان كاف
التشبيه تختص به ش اي بالظهار وهذا الخلاف المذكور بين ابي يوسف ومحمد على قول بعض المشايخ
وقد رده الصدر الشهيد فقال بل هو ظهار بالاجماع م ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا
او طلاقا فهو على ما نوى ش لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه
بالبدلة ش اي التحريم وانما قال يحتمل الوجهين دل على انه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا
للكرامة م وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما
ش اي وجها قول ابي يوسف وقول محمد واشار بهما الى قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين والى قوله
لان كاف التشبيه تختص به اي بالظهار م وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا
الا ظهارا عند ابي حنيفة ش وبه قال احمد والشافعي رحمه الله في قول وفي قول ان نوى طلاقا كان طلاقا
وهو قول ابي يوسف ومحمد غير ان عند ابي يوسف يكون طلاقا وظهارا اذا نوى الطلاق وعند محمد لا يكون
ظهارا ويكون طلاقا فقط م وقالا هو على ما نوى ش ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان
نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحهما للجامع الصغير م لان التحريم يحتمل

كان ذلك ش ونية المحتمل صحيحة م على ما بينا ش اشارة به الى قوله لانه يحتمل الوجهين الى قوله بالبدلام
غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا ش لان الظهار المساويه لا يصح م وعند ابي يوسف يكونان
جميعا ش اي يكون الظهار والطلاق جميعا لكن هذا ليس بظاهر الرواية عن ابي يوسف وروى اصحاب
الاملا عن ابي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا لانه باعتبار اللفظ بلفظ التحريم يكون طلاقا عند النية
وباعتبار التصريح بالظهار يكون ظهارا ولا منافاة لانه اذا طلق ثم ظاهر اوظاهر ثم طلق صح وكل
هذا ضعيف لان الطلاق لما وقع بقوله انت علي حرام بقيته كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما
بانت والظهار بعد البينونة لا يصح فالقول الطلاق مع الظهار بعينا ان بانت علي حرام قلنا اللفظ
الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين كذا في المبسوط وذكر في الفوائد الظهيرية جواب ابي يوسف
في هذا فقال جاز ان يكون ظهارا مدارا واية فيه م وقد عرف في موضعه ش اي في شرح الكافي قاله
الاتراري وقال الكاكي اي في المبسوط م ولابي حنيفة انه ش اي ان قوله انت علي حرام كظهر امي م
صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ش وهذا الاحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل غيره في الطلاق
والايلام ثم هو محكم ش لعدم احتمال الغير فقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره م فيرد التحريم
اليه ش اي الى الظهار رحما هو الاصل في رد المحتمل الى المحكم م قال ش اي محمد في الجامع الصغير
ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا ش وقال الا يكون من ام ولده ومدبرة
وقال مالك يصح منهن وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب م لقوله تعالى من نسائهم ش والنساء اسم للزوجة
والمملوكة لا تسمى زوجة فلا يصح الظهار منها كذا قاله الاتراري قلت النساء جمع امراة من غير
لفظها فيتناول الزوجات وغيرها ولكن تفسير النساء بالزوجات يمكن من حيث ان القصد الاية تدل
على ان المراد الزوجات والا فلفظ النساء من حيث اللغة اعم من الزوجات وغيرهن م ولان الحل في الامة
تابع ش لعين مقصود لان المقصود ملك اليمين م فلا يلحق بالمنكوحة ش بدليل انه لو اشترى امة لو
محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا يكون الامة في معنى
المنكوحة حتى يلحق بها فان قلت قوله تعالى وامهات نسائكم دخل فيه الاماء والحراير بالاجماع قلنا الاجماع
ممنوع وام الامة الموطوءة حرام لا باعتبار انها من امهات نسائنا بل باعتبار وطء البنت ولا يمكن
الحاق الامة بالنساء بدلالة النص لانه ليس في معنى ما ورد به النص م ولان الظهار منقول عن الطلاق
ش هذا دليل اخر اي كان الظهار طلاقا في الجاهلية فنقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة م ولا طلاق
في المملوكة ش حتى يكون منها الظهار فان قلت الامة محل للظهار رتبا فيجب ان يكون ابتداء كالموطاة من
امراته وهي امة ثم اشتراها يبقى حكم الظهار روي امه اجيب بانه لم يثبت بقاء ولا يثبت
ابتداء كالنكاح في المعتدة وان لم يثبت ابتداء م فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجاز
النكاح فالظهار باطل ش اورد هذه المسألة بسبيل التفريع لما قبله لانه لما قال ولا يكون الظهار الا
من الزوجة نوع هذه المسألة عليه يعني لو ظاهر من امراة نكاحها موقوف لا يصح ظهاره لانها حين
ظاهر منها الرجل لم يكن زوجته فلم يصح ظهارها م لانه ش اي لان الرجل الذي ظاهر م صادق في
التشبيه وقت التصرف ش اي وقت تشبيه المحرمة بالمحرمة لانه صادق وقد عدم الكذب م فلم يكن
ش كلامه منكرا ش والظهار منكر من القول وزور م والظهار ليس بحق من حقوقه ش
هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال الظهار مبني على الملك والملك من قوله ههنا فينبغي ان يكون
الظهار موقوفا فاجاب بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه ش اي من حقوق النكاح م حتى يتوقف
عليه ش اي على النكاح لان النكاح امر مشروع والظهار منكر من القول وبينهما تناف فلا يتوقف
المحظور على المشروع م بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب ش هذا كانه جواب عن قياس
هذا السائل ما سأله على توقف اعتاق المشتري من الغاصب انما توقف على اجازة المالك
م لانه ش اي لان الاعتاق م من حقوق الملك ش فيلزم في توقف الملك توقف الاعتاق م ومن
قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا ش هذا مما لا خلاف فيه حتى لو قال انتن
طوالق م وعليه لكل واحدة كفارة ش يعني عليه اربع كفارات اذا قصد وطأهن وبه قال الشعبي
في الجديد وهو قول الحسن والنخعي والزهري ويحيى بن سعيد الانصاري والحكم والثوري وقال

مالك واحمد وابو ثور واسحق عليه كفارة واحدة وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء وسعد
لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق ش اليهن وقال انتن طوالق م وعليه لكل
واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة ش منهن كما اذا ظاهر من كل واحدة على حدة م والكفارة
لانهاء الحرمة ش اي وجوب الكفارة لاجل انتهاء الحرمة الموقتة م فتتعدد بتعددها ش اي فتتعدد
الكفارة بتعدد الحرمة م بخلاف الايلاء منهن ش حيث لا تتعدد الكفارة م لان الكفارة فيه ش
اي في الايلاء لصيانة حرمة الاسم ش اي اسم الله عز وجل م ولم يتعدد ذكر الاسم ش اراد به
قوله والله انما لم يتعدد لانه قاله مرة واحدة **فروع** لو قالت هي انت علي كظهر امي او قالت انا
عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف عليها الكفارة يمين وقال الحسن بن زياد هو
ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وبه قال الشافعي ومالك واحمد والثوري والليث واسحق وابو ثور
وفي الينابيع والروضة هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن وفي شرح المختار حكى الخلاف
بين ابي يوسف والحسن على العكس ومثله في المفيد والمزيد والمحيط واوجب الاوزاعي عليها كفارة
الظهار ولو قال انت امي لا يصير مظاهرا وفي الحرام انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك فهو ظهار ويكره
ان يقول لامراته يا اختي لورود النهي عن ذلك ولو اخر المظاهر التكفير فلها مطالبته به والقاضي
يجبره عليه وتمنع نفسها من القربان والمس والتقبيل ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب
ولو ابى من التكفير بعد طلبها حبس فان ابى يضرب ولا يضرب في الدين م **فصل في الكفارة**
ش اي هذا فصل في بيان احكام كفارة الظهار ولما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى نهاية
ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة والكفارة عبارة عن الفعلة والخصلة التي
من شانها ان تكفر الخطيئة اي تسترها وتمحوها على وزن فعالة للمبالغة كقتالة وضرابة وهي من
الصفات الغالبة في باب الاسمية واصلها مشتقة من الكفر وهو الستر ومنه الكافر لانه يستر
الايمان ويظهر الكفر والزارع ايضا لانه يستر الحب في الارض م قال ش اي القدوري في
مختصره م وكفارة الظهار عتق رقبة ش اي اعتاق رقبة اذ العتق لا ينوب عن الكفارة حتى لو ورث
اباه ونوى الكفارة لا يخرج عن العهدة م فمن لم يجد ش اي رقبة م فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع
ش اي الصيام م فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه ش وهو قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
الى قوله ستين مسكينا م فانه ش اي فان النص م يفيد الكفارة ش اي كفارة الظهار م على هذا
الترتيب ش دون التخيير لان الله تعالى ذكرها بحرف الفاء وهي للترتيب م قال ش اي القدوري م كل
ذلك قبل المسيس ش اي كل ما ذكر من الاعتاق والصيام والاطعام قبل الوطء م وهذا ش اي الترتيب
م في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ش لان الله تعالى قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا م وكذا
في الاطعام لان الكفارة فيه ش اي في الاطعام م منهية للحرمة ش الثابتة بالظهار والعود جميعا م فلا
بد من تقديمها ش اي تقديم الكفارة م على الوطء ليكون الوطء حلالا ش لانه لو جاز الوطء قبل الكفارة
بالاطعام لم يكن المنهي منهيا وهو فاسد وفي شرح مختصر الكرخي وقال مالك يجوز الاطعام قبل المسيس وبه
قال داود م قال ش اي القدوري م ويجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى
والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء ش لانه ليس فيه تقييد بصفة دون صفة
بوجود الكامل م اذ هي ش اي الرقبة م عبارة عن الذات المملوك المرقوق من كل وجه ش
اعترض على المصنف ههنا من وجهين احدهما في قوله المملوك بالتذكير لان الذات مؤنثة
وتذكيرها لا يجوز والصواب عن الذات المرقوقة والجواب ان الذات تستعمل استعمال
النفس والشيء وعن ابي سعيد كل شيء ذات وكل ذات شيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني والوجه
الاخر عن المحفوظ عن ائمة اللغة استرق العبد اتخذه رقيقا ولم نسمع رقه حتى يشتق منه المرقوق
وانما يقال رق فلان اي صار رقيقا اي عبدا والجواب عنه ان الازهري حكى عن ابن
السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة وقال تاج الشريعة وجهه ان يكون من قوله
اذا رقه فهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما في المشترك واعلم ان قوله من كل وجه متعلق
بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا

صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر لا يصح لان الرق فيه ناقص م والشافعي رحمه الله يخالفنا في الكافرة
ش اي في الرقبة الكافرة فانها لا تجزئ في كفارة الظهار عنده وبه قال مالك واحمد الا ان مالكا يقول
بجواز اعتاق المجوسي عنها لما انه يجبر على الاسلام عنده فيحصل الاسلام بعده بالاكراه عليه م يقول
اي الشافعي م يقول الكفارة حق الله فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ش اي كما لا يجوز صرف
الزكوة الى الكافر لانه عدو الله وفي بعض النسخ فلا يجوز صرفه اي صرف حق الله تعالى م ونحن
نقول المنصوص عليه اعتاق مطلق الرقبة وقد تحقق ش لان المطلق عبارة عن المتعرض للذات
دون الصفات وقد تحقق ذلك لانه ليس فيه ما ينبئ عن الايمان والكفر م وقصده من
الاعتاق التمكن من الطاعة ش هذا جواب عن قول الشافعي الكفارة حق الله تقريره ان قصد
الكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة لخلوصه عن خدمته م ثم مقارفته ش بالقاف بعد
الميم اي ثم ارتكابه ش المعصية يحال به الى سوء اختياره ش الضمير فيه يرجع الى المقارفة
تاويل الاقتراف او الكسب لان المقارفة بمعنى الاقتراف وهو كسب السيئة ثم توضيح معنى
هذا الكلام ان يقال تحرير الكافر ليس بسيئة من وجه بل هو حسنة من كل وجه لانه
تخليصه عن الرق وتمكينه من الطاعة والنظر في محاسن الاسلام لانه احسن اليه فاذا لم
يفعل ذلك فهو من سوء اختياره ولا يضاف ذلك الى المولى وللقائل ان يقول مقارفته
المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما
في الزكوة والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله لكن
قوله عليه السلام خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم اخرجهم عن المصرف وقد اطال الشراح
ههنا بذكر الاسئلة من جهة الخصم وردها من جهتنا فنذكرها ملخصة فقالوا الكفارة مطهرة
والكافر غير اهل لذلك قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولا خبيث اشد من الكفر
ولهذا لا يجوز المرتد ولان الايمان شرط في كفارة القتل بالنص والاجماع فكذا في سائر
الكفارات لانها جنس واحد ولان المطلق يحمل على المقيد في الجنس الواحد والكفارات جنس
واحد ولانا امرنا بعتق رقبة حي قائم من كل وجه ولهذا لا يجوز الزمن والكافر ميت قال
تعالى ومن كان ميتا فاحييناه ولان الكفارة حسنة واعتاق الكافر سيئة لما فيه من تفرغه
بالة لعبادة الاوثان ولانه عليه السلام قال لمعاوية بن الحكم حين اتى بجارية مجوسية وقال
يا رسول الله على رقبة فاعتقها عنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اين الله فاشارت
الى السماء فقال اعتقها فانها مومنة رواه مسلم والنسائي وما سال عن سبب وجوب الكفارة
فدل ان الايمان شرط في الجميع ولانه لا يجوز التقرب الى الله تعالى بعتق اعدائه ولان العمل بالمقيد
عمل بالدليلين لان المطلق جزء المقيد قلنا جواز المومنة باعتبار انها رقبة لا لانها مومنة
وكذا الكافرة كما في الصغيرة والكبيرة وبينهما تضاد والمرتد ممنوع فانه يجوز عند بعض
مشايخنا وعند البعض لا يجوز لانه استحق القتل حتى يجوز المرتدة بلا خلاف وتقييده
بالايمان زيادة على النص وهي نسخ ولا يجوز تعيينه بالقياس لا سيما هاهنا القتل ايضا لانه
قياس المنصوص على المنصوص فلا يجوز ذلك للزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله تعالى بيانه
ولا يحمل المطلق على المقيد اذا امكن العمل بهما واطلاق الميت على الكافر مجاز فانه لو قال كل مملوك (المطلق)
لي حي حر عتق عبيده الكفار بالاجماع والقول بان اعتاق الكافرة سيئة غير مستقيم
لصحة النذر به ولانه تعاون على البر والتقوى كما ذكرنا عن قريب وحديث معاوية بن الحكم
ماول عند الثقات فان قصد السوال عن مكان الله وهو محال على الله عز وجل او نقول الحديث
محمول على كفارة القتل بدليل قوله ان علي رقبة مومنة في رواية اخرى وقولهم لا يجوز التقرب
الى الله بعتق اعدائه مخالف للنص قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين
الى قوله ان تبروهم وتقسطوا اليهم فانه تعالى ما نهانا عن الاحسان اليهم ولهذا صح النذر
باعتاق العبد الكافر وقد جوزت المالكية اعتاق المجوس ولهذا ابطل القائل بالصابئة
ولم يجوزوا اهل الكتاب وقولهم العمل بالمقيد عمل بالدليلين باطل لان الاطلاق ضد التقييد

فلا يكون

فلا يكون العمل بالمقيد عملا بالاطلاق اذ في الاطلاق توسعة لعتق اي رقبة شاء وفي التقييد
تضييق فان قلت القيد بمنزلة البيان للمطلق قلت هذا فاسد لان المطلق لا يحتاج
الى البيان اذ العمل باطلاقه ممكن م قلت ولا يجزئ العمياء ولا مقطوعة اليدين او الرجلين
من خلاف ش المراد من العمياء الرقبة العمياء وهي تشمل الذكر والانثى جميعا لا الامة العمياء لان
عدم الجواز لا باعتبار الانوثة بل باعتبار فوات جنس المنفعة م لان الفائت جنس المنفعة
ش وهو فائت في هذه الصور م وهو البصر ش في العمياء م او المشي ش في مقطوعة الرجلين م
او البطش ش في مقطوعة اليدين م وهو المانع ش اي فائت جنس المنفعة هو المانع م اما اذا
اختلت المنفعة ش اي جنس المنفعة م فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوع احدى اليدين
واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت ش اي المنفعة وجنسها باق
وبلا خلاف للائمة الاربعة واصحابهم انه لا يجزئ عن الكفارة في عيب يفوت به جنس المنفعة
وعن ابرهيم النخعي والشعبي ان عتق الاعمى جائز وعن ابن جريج يجزئ الاشل وعند داود ومن تبعه
واصحابه لا يمنع شيء من العيوب م بخلاف ما اذا كانتا ش اي اليدان او الرجلان م مقطوعتين
من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي ش في الرجلين م او منفعة البطش م اذ هو ش
اي المشي م عليه متعذر ش وكذا البطش وكذا لا يجوز اذا كان من كل يد ثلاث اصابع
مقطوعة م ويجوز الاصم ش في الاستحسان م والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر
لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز ش اي جواز الاصم م لان اصل
المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس
لا يجزئه ش في الشامل ويجزئ الاصم مطلقا وقالوا الا الصم لا يوثر في الكسب ما ترى احسنا
ثم قال وقيل الاصم باصل الخلقة منع التكفير وقال في الفتاوى الولوالجي ويجوز الاصم
عن كفارة الظهار اذا كان يسمع شيئا ولا يسمع شيئا وان كان لا يسمع شيئا لا يجوز وهو المختار وفي
الحلية يجوز مقطوع الانف والاصم اذا فهم بالاشارة والاخرس اذا فهمت اشارته وهو
قول الشافعي رحمه الله وابي ثور ولا يجزئ عند احمد على المنصوص وهو قول ابي حنيفة
ومالك في رواية م ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين ش لان قوة البطش بهما فبفواتهما تفوت
جنس المنفعة ش وكذا لا يجوز اذا قطعت من كل يد ثلاث اصابع لفوات منفعة البطش
وقطع اكثر الاصابع كقطع جميعها ولو كان المقطوع من كل يد اصبعا او اصبعين سوى
الابهام يجزئ لان منفعة البطش باقية كذا في المبسوط وقال الشافعي رحمه الله لو كان المقطوع
السبابة او الوسطى لا يجوز كقطع الابهام لان معظم العمل يتعلق بهذه الثلاث م ولا يجوز
المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع ش
المجنون الذي لا يعقل اصلا هو المجنون المطبق لا يجوز بلا خلاف للائمة الاربعة م والذي يجن
ويفيق يجزئه لان الاختلال غير مانع وانما يجزئه ش اذا اعتقه في حال الافاقة لا يقال الرقبة
الصغيرة فائتة المنافع من المشي والبطش والعقل والكلام لانها عديمة المنافع الى زمان الا (صابه)
فلا يعد ذلك عيبا ذكره في المبسوط وفيه روى ابرهيم عن محمد حلال الدم الذي يقضى به
ثم عفي عنه لم يجز كذا في المحيط م ولا يجزئ عتق المدبر ش وبه قال الحسن والاوزاعي والثوري
ومالك وابو عبيد وقال الشافعي رحمه الله يجوز عتق المدبر لانه يرى جواز بيعه وبه قال احمد
وعثمان البتي وداود الظاهري م وام الولد ش اي ولا عتق ام الولد اي لا يجزئ عتقه وقال عثمان
وداود يجوز عتق ام الولد بناء على جواز بيعها عندهما ولا يجوز عند الحسن وفي رواية معه الا ان
لا يستحقا بهما الحرية بجهة ش وهي جهة التدبير وجهة الاستيلاد م فكان الرق فيهما ناقصا
لتوجه العتق اليهما قبل م وكذا ش اي وكذا لا يجزئ م المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه
يكون ببدل ش اي بعوض والعوض يبطل معنى القربة هذا ظاهر الرواية وبه قال زفر والشافعي
ومالك واحمد في رواية م وعن ابي حنيفة انه يجزئه ش اي ان عتق المكاتب الذي ادى بعض المال
يجزئه رواه الحسن عن ابي حنيفة م لقيام الرق من كل وجه ش لانه قد لم ينقص بما ادى من البدل

م ولهذا ش أي ولأجل قيام الرق من كل وجه م تحتمل الكتابة الانفساخ ش سواء كان بعد استيفاء
بعض أو قبله م بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الانفساخ ش فلا يجوز عتقهما
عن الكفارة لأن الكفارة عتق الرقبة وهي اسم للذات المرقوقة لغة وشرعا فيقتضي قيام الرق
مطلقا والمطلق يقع على الكامل لا الناقص وبالاستيلاد والتدبير يحصل النقصان فلا يجوز م فإن
أعتق مكاتبا لم يؤد شيئا ش يعني من مال الكتابة م جاز عندنا ش وبه قال أحمد في رواية م خلافا
للشافعي رحمه الله ش وزفر ومالك وأحمد في رواية م له ش أي للشافعي م أنه ش أي أن المكاتب
م استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبرة ش أي على مذهبه لأن عنده بيع المدبر وإعتاقه
عن الكفارة جائز وهذا الإلزام من الشافعي على أصحابنا على ما أجابوا يعني أن المدبر لا يجوز إعتاقه عن
الكفارة عندكم لأنكم قلتم إنه يستحق العتق بجهة فينبغي أن لا يجوز إعتاق المكاتب أيضا لأنه يستحق
العتق بجهة وهو باطل لأنه ينفسخ وذلك لأنه م ولنا أن الرق ش أي في المكاتب م قائم من كل وجه على ما
بينا ش إشارة إلى قوله ولهذا تحتمل الكتابة الانفساخ م ولقوله عليه السلام ش أي ولقول النبي
صلى الله عليه وسلم م المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ش هذا الحديث أخرجه أبو داود من حديث عمرو
بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء
انتهى فعلم أن الرق فيه كامل فإذا كان كاملا فيدخل تحت مطلق اسم الرقبة م والكتابة لا تنافيه
ش أي لا تنافي الرق يعني لا يلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق لعدم المنافاة م فإنه ش أي فإن
عقد الكتابة وفي بعض النسخ فإنها أي فإن الكتابة م فك الحجر ش عن العبد في حق المكاسب م بمنزلة
الإذن في التجارة وذا لا يوجب نقصانا في الرق فإن قلت لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة
لا يستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون فأجاب بقوله م إلا أنه ش أي أن عقد الكتابة م بعوض
فيلزم من جانبه ش أي من جانب المولى بخلاف الإذن فإنه فك الحجر بغير عوض م ولو كانت ش جواب عما
يقال لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون
فأجاب بقوله إلا أنه أو كانت م منافية ش أي وقوع الإعتاق عن الكفارة م تنفسخ ش أي الكتابة
م مقتضى الإعتاق ش يعني ضرورة صحة الإعتاق وطريق الاقتضاء م إذ هي ش أي الكتابة م تحتمله
ش أي تحتمل الفسخ وفي بعض النسخ ولو كان مانعا لانفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله أي ولو كان
مانعا ينفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله أي لو كان عقد الكتابة مانعا وقوع الإعتاق الإجزاء
م إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد ش هذا جواب عما يقال إن عقد الكتابة لما انفسخ التحق
بالعدم فينبغي أن تكون الأكساب والأولاد للمولى فأجاب بجوابين أحدهما هو قوله يسلم له الأكساب
والأولاد م لأن العتق في حق المحل بجهة الكتابة ش وفي حق المولى بجهة الكفارة رعاية للجانبين
والجواب الآخر هو قوله م أو لأن الفسخ ضروري ش أي فسخ عقد الكتابة ضرورة الجواز من جهة التكفير
م لا يظهر في حق الولد والكسب ش لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها م وإن اشترى ش أي
المظاهر م أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها ش أي عن الكفارة وإليه ذهب بعض أصحاب الشافعي
وكذا لو اشترى من كل ذي رحم محرم يعتق عليه م وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ش وبه قال أبو حنيفة
أولا ومالك وأحمد وزفر وعلى هذا الخلاف لو وهبت له أو أوصى به أما لو ملكه بلا صنعه كما لو
دخل بالميراث لا يجزئه بالإجماع م وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين ش وكذا كفارة الإفطار
والقتل م والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى ش فرجوا من كرم الله وفضله
أن يصل إليه وإلى ما بعده إلى آخره إن شاء الله تعالى م فإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر
ش أي والحال أنه غني فيه به لأنه إذا كان معسرا أوجب عليه السعاية فلا يجزئ عن الكفارة عندنا
أيضا لأنه إعتاق بعوض م فضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما ش وقال الشافعي
لو أعتق نصيبه ونوى عتق جميعه عن الكفارة أجزأه ولو كان معسرا فأعتق حصته عن
كفارته أجزأه فيه م ولهما م لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن
الكفارة وهو ملكه ش أي والحال أنه ملكه في ذلك الوقت م بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا
لأنه وجبت عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقا بعوض ش فلا يجوز بالاتفاق م ولأبي

حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ش لاستحقاق الحرية ولتعذر استدامة الملك فيه م
ثم يتحول إليه بالضمان ش ما بقي منه م ومثله يمنع الكفارة لتمكن النقصان فيه فإذا أعتق
يكون معتقا رقبة ناقصة فإن قيل المضمونات تملك بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود
السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق فكان النقصان في ملك شريكه ومثله
لا يمنع الكفارة أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الإسناد في حق الضامن والمضمون
له في حق غيرهما والكفارة غيرهما فيتمكن النقصان في حقها فلا يجوز م وإذا أعتق نصف عبده عن
كفارته ثم أعتق باقيه ش أي باقي عبده م جاز ش استحسانا والقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة
كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الآخر وجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله م
لأنه أعتقه بكلامين ش ولا يحظر فيه م والنقصان ش هذا جواب عما يقال قد تمكن النقصان
كما مر فأجاب بقوله والنقصان أي النقصان ش الواقع في النصف الآخر متمكن على ملكه بسبب الإ
مانع ش من الجواز وبه قال الشافعي وأحمد والمشهور عن مالك عدم الجواز وبه قال أبو ثور وعن ابن القاسم
من أصحاب مالك يجوز م كمن أضجع شاة ش هذا نظير الاستحسان في الجواز وهو أنه إذا أضجع شاة
م للأضحية ش ليذبحها م فأصاب السكين عينها ش لا يمنع جواز التضحية لأن النقصان حصل
من فعل التضحية كما حصل هنا من فعل الكفارة م بخلاف ما تقدم لأن النقصان فيه تمكن على
ملك الشريك ش أي النقصان فيه وقع في ملك الشريك م وهذا ش أي جعله إعتاقا بكلامين
على أصل أبي حنيفة ش في تجزي الإعتاق م أما عندهما الإعتاق لا يتجزى فإعتاق النصف إعتاق
الكل فلا يكون إعتاقا بكلامين ش وعلى هذا مبنى المسألة التي تليها وهي قوله م وإن أعتق نصف
عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة لأن الإعتاق يتجزى
عنده وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ش وهو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا
م وإعتاق النصف حصل بعده ش أي بعد المسيس فلا يجوز عن الكفارة م وعندهما إعتاق النصف
إعتاق الكل ش لأن أصلهما أن الإعتاق لا يتجزى م فحصل الكل قبل المسيس ش فيجوز م وإذا لم يجد المظاهر ما
يعتق ش وفي المحيط إذا لم يملك الرقبة ولا ثمن رقبة م فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان
ش أي ليس في الشهرين رمضان إلا إذا كان مسافرا فصام شعبان ورمضان بنية الكفارة أجزأه عند أبي
حنيفة وأبي ثور والظاهرية ولا يجزئه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي م ولا يوم الفطر ولا يوم النحر
ولا أيام التشريق أما التتابع فلأنه منصوص عليه ش بقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
من قبل أن يتماسا م وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله ش لأن الله عز وجل
أمر بالصوم فيه فالصوم الواقع فيه يقع عن صوم رمضان فلا يقع عن فرض آخر فإن قلت كيف جاز
صوم رمضان عنه وعن صوم الاعتكاف إذا نذر أن يعتكف فيه فصامه معتكفا قلت الصوم فيه
شرطه فيشترط وجوده كيف ما كان لا قصدا بخلاف الصوم في الكفارة فإنه فرض مقصود فيعتبر
وجوده قصدا م والصوم في هذه الأيام ش أي في أيام الفطر والنحر وأيام التشريق م منهي لما روى
الطبراني من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل أيام منى صائحا يصيح أن لا تصوموا
هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب وبعال والبعال وقاع النساء وروى البخاري ومسلم من حديث
أبي عبيد قال شهدت العيد مع عمر رضي الله عنه فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ثم قال إن رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن صيام هذين اليومين أما يوم الأضحى فتأكلون من لحم نسككم وأما يوم الفطر
ففطركم من صيامكم وأخرجا أيضا عن أبي سعيد الخدري قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
صيامين صيام يوم الأضحى ويوم الفطر من رمضان م فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين
ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد ش وبه قال الثوري ومالك وأحمد
وأبو عبيد وإنما قيد بجماع التي ظاهر منها لأنه إذا جامع غيرها فإن كان وطئا يفسد الصوم يقطع
التتابع ويلزمه الاستئناف بالاتفاق وإن لم يفسد الصوم بأن وقع بالنهار ناسيا أو بالليل
لا يلزمه الاستئناف بالاتفاق وقيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لأنه إذا
جامع بالنهار عامدا استأنف بالاتفاق وذكر العمد في الليل وقع اتفاقا لأن العمد والنسيان في

عتاق غير

أي ونقص النقص الذي حصل بسبب الإعتاق غير مانع ش صح

الوطي بالليل سهوا فعرفت ان الاختلاف في وطي لا يفسد الصوم م وقال ابو يوسف لا يستانف ش وبه قال
الشافعي ش من المنذر والظاهرية م لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم ش اي بالجماع ليلا عامدا
ونهارا ناسيا مضاد لوطي لغيرها م وهو الشرط ش اي التتابع هو الشرط في كون الصوم كفارة وقد
وجد م وان كان تقديمه على المسيس شرطا ش هذا جواب عما يقال التقديم على المسيس شرط ولم يوجد
فاجاب بقوله وان كان شرطا قوله م ففيما اتينا به تقديم البعض وفيما قلنا ش يعني بالاستيناف
م تاخير الكل عنه ش وتاخير البعض اهون من تاخير الكل م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م ان الشرط
في الصوم ان يكون قبل المسيس ش لانه تعالى قال من قبل ان يتماسا م وان يكون خاليا عنه ش اي وان الشرط
ايضا ان يكون الصوم خاليا عن الجماع م ضرورة بالنص ش اي لاجل ضرورة كون الصوم قبل المسيس
كونه خاليا عنه بمقتضى النص وهو قوله من قبل ان يتماسا م وهذا الشرط ش اشار به الى الخلو
الشرط م ينعدم به ش اي بالمسيس في خلال الشهرين فاذا كان كذلك م فيستانف ش الصوم م
وان افطر منها ش اي من الشهرين م يوما بعذر او بغير عذر استانف ش الصوم م لفوات التتابع ش
المشروط بالنص م وهو قادر عليه ش اي على التتابع عادة ش اي من حيث العادة واحترز به
عن المراة اذا افطرت في كفارة الظهار او القتل بعذر الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة
عادة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما م وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه
لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال ش وان ملك لوجود التنافي بين الرق والملك فتعين
كفارته بالصيام م كالفقير م وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير
مالكا بتمليكه ش اي بتمليك المولى اياه وبه قال الشافعي واحمد وهو مروي عن الحسن وقال
ابن القاسم المالكي لو اطعم باذن مولاه اجزاه ولو اعتق لا يجزيه وقال الاوزاعي يجزيه باذنه اذا لم
يقدر على الصيام م واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا م ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ش او نصف صاع
من دقيق الحنطة او سويقها او نصف صاع من زبيب عند ابي حنيفة وعندهما صاع من زبيب
وهي احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا في الطحاوي م او قيمة ذلك ش اي او يطعم قيمة ذلك لكن
من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها بقيمة اذا كانت اقل
قدرا مما قدره الشرع وان كان اكثر من الاخر قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته
نصف صاع من حنطة لا يجوز ولذا لو ادى اقل من نصف صاع من حنطة يبلغ قيمته صاعا من تمر
او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس اخر هو
منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار
له في غيره م لقوله عليه السلام ش يتعلق بقوله ويطعم كل مسكين نصف صاع الى قوله او شعير
وليس يتعلق بقوله او قيمة ذلك اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م في حديث اوس بن الصامت
ش الحديث لخولة بنت ثعلبة زوج اوس بن الصامت اخي عبادة بن الصامت هكذا رواه ابو
داود من طريق ابن اسحق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خولة بنت ثعلبة
قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه وهو يجادلني
فيه ويقول اتقي الله فانما هو ابن عمك فما برحت حتى انزل الله قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها
الاية فقال عليه السلام يعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت انه شيخ كبير
لا يستطيع ان يصوم قال فليطعم ستين مسكينا قالت ليس عنده شيء يتصدق به قال فاني سأعينه
بعرق من تمر قالت يا رسول الله واني اعينه بعرق اخر قال احسنت فاطعمي بها ستين مسكينا
وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا م وسهل بن صخر ش سلمة بن صخر وكذا ذكر في المبسوط
قال ابو عمر بن عبد البر هو سلمة بن صخر سلمان بن حارثة الانصاري ثم البياضي مدني ويقال سلمان
ابن صخر وسلمة اصح وهو الذي ظاهر من امراته ثم وقع عليها فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يكفر
وكان احد البكائين وقال ابو عمر ايضا سهل بن صخر له صحبة وروايته حديثه عن يوسف بن خالد
عن ابيه عن جده انه اوصاه فقال يا بني اذا ملكت ثمن عبد فاشتر عبدا فان الجدود في نواصي

الرجال

الرجال ولم يذكر له شيئا متعلقا بالظهار وقال الذهبي سهل بن صخر الليثي وقيل سهل نزل البصرة
حديثه عند خالد السمتي عن ابيه ولم يذكر شيئا غير ذلك والعجب من هذا الاترازي الذي طول الكلام
في هذا الموضع وقوه الناظر فيه وقال في معرض الاستدلال ولنا ما روى الشيخ ابو الحسن الكرخي في
جامعه في قصة خولة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فليطعم وسقا من تمر ستين مسكينا ثم قال
والحديث مسند في سنن ابي داود بطوله انتهى وكان ينبغي ان يذكر الحديث بلفظه كما رواه ابو داود
بسنده والعجب منه الاكمل حيث قال في شرحه وما ذكره المصنف موافق لما ذكره المستغفري
في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر وقد ترجمه في موضعين احدهما ان الاصح فيه سهل مكبرا
كما ذكرناه ولم ينبه عليه بل نقله مثل وحي محظوظ من لا يعتبر بقولهم والاحتجاج على ان ما
ذكره المصنف موافق الى اجره وليت شعري من اين هذه الموافقة لان المصنف ذكر هذا
دليلا لما ذكره ولم يرد شيء اصلا عن سهل بن صخر مما يتعلق بالظهار وكون المستغفري ذكره في
الصحابة لا يستلزم رواية شيء منه في الظهار وليس المقصود من ذكر المصنف اياه معرفة كونه
صحابيا ليس الا وكذا الكاكي قال وسهل ابن صخر كذا اورده المستغفري والحال بالحال وقال
ايضا ولنا حديث اوس ابن الصامت كما ذكر في المتن رواه ابو داود واحمد وقد قلنا ان الحديث لخولة
بنت ثعلبة ولم يخرج الحديث وانما يعني بقوله كما ذكر في المتن وانه هذه الاشياء من التقليد ومذهب
الشافعي رحمه الله مدا يطعم مدا من طعام ويجب ذلك من غالب قوت البلد من الحبوب والثمار
التي يجب فيها الزكوة وقال مالك يجب مد بمد هشام وهو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم
وقيل انه دونهما لانه عليه السلام نص على مدين في فدية الاذى والظهار مثله وقال احمد
يجب من البر مد ومن التمر ومن الشعير مدان لانه روي عن عطاء عن اوس اخي عبادة بن الصامت
ان عليه السلام اعطى خمسة عشر صاعا من شعير قال ابو داود هذا منقطع لان عطاء لم يدرك اوسا
م ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر ش يعني في المقدار ولكن
بينهما فرق فانه يجوز التفريق في صدقة الفطر بان ادى مدا من الحنطة الى مسكين ومدا اخر الى اخر
وهنا لا يجوز بل يجب عليه ان يتم على ذلك المسكين فان لم يجده استانف على غيره لان المعتبر في صدقة
الفطر المقدار دون العدد وفي الكفارة العدد بالنص قال اطعام ستين مسكينا كذا في مبسوط
فخر الاسلام وشرح الطحاوي م وقوله او قيمة ذلك مذهبنا ش اي قول القدوري لان المسألة
مذكورة في القدوري هكذا وقد ذكرنا معناه م وقد ذكرناه في الزكوة ش اي وقد ذكرنا معناه في
كتاب الزكوة في فصل الحملان والفصلان م فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز ش
هذه من مسائل الاصل ولم يذكر في القدوري ولا في الجامع الصغير ذكرها المصنف رحمه الله
على سبيل التفريع ولفظ الاصل ولو اعطى لكل مسكين مدا من بر او مدين من شعير او تمر
اجزا م لحصول المقصود ش وهو دفع حاجة الفقير م اذ الجنس متحد ش وهو الكفارة وهو متحد
من حيث الاطعام لان كل واحد من الاصلين اصل فيجوز النصف من كل واحد منهما وهو سد
خلة المحتاج في يومه فيحصل بذلك بخلاف ما اذا اعطى من صنف اقل مما قدر فيه لكنه يساوي
كمال الواجب من صنف فانه لا يجوز كما اذا اعطى مدا من بر يساوي صاعا من شعير او اعطى نصف
صاع من تمر يساوي نصف صاع من حنطة لا يجوز لان الرواية عين المنصوص فلا يعتبر فيه
القيمة فان قيل لو اعتق نصفي عبدين بان كان بينه وبين شريكه نصفين فاعتق نصيبه
منهما عن الكفارة لا يجوز مع ان الجنس متحد من حيث الاعتاق قلنا نصف الرقبتين ليس برقبة
كاملة اذ الشركة في كل رقبة تمنع التكفير بخلاف الاضحية بان ذبح شاتين بينهما عن اضحيتهما
حيث يجوز لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة كذا في المبسوط م وان امر غيره ان يطعم عنه
من ظهاره ففعل اجزاه ش هذه ايضا من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع م لانه استقراض
معنى ش اي لان امر غيره بالاطعام عنه طلب القرض منه من حيث المعنى م والفقير قابض له اولا
ثم لنفسه ش اي فانه نائب عنه ثم يكون قابضا لنفسه م فيتحقق تملكه ش اي تملك الامر
ثم تمليكه ش اي ثم يتحقق تمليكه الى الفقير كما لو وهب الدين من عليه الدين وامره بقبضه

فانه يجوز لانه يصير راضيا بالواجب ثم يجعله لنفسه كذا هنا ولا يقال كيف يجعل الفقير نائبا
وهو مجهول والرضى بكونه نائبا شرط لانا نقول انما يراعي شرايط النيابة اذا كانت قصدية
لا ضمنية لما عرف ان ما ثبت ضمنا لا يراعي شرايطه قال الكاكي ورد على ظاهر الرواية الزوج يبيع
عبد الغير او ثوب الغير فانهما يجعل فيهما رضا لا هبة وان كان في العرض سلكه والفرق ان في معنى
الاطعام معنى القربة والصدقة فيقصد بذلك الثواب والاجر دون المال بخلاف غيره ومنهم
من يقول الصدقة تقع في يد الرحمن قبل ان تقع في يد المحتاج ولهذا لا يضر الجهالة في الصدقة لان
القابض معلوم ولهذا لو تصدق بدار يحتمل القسمة على فقيرين جاز وعلى غنيين لا يجوز والفرق
ان القابض في الصدقة معلوم دون الهبة م فان غداهم وعشاهم جاز ش هذه من مسائل القدوري
اي فان غدى الستين مسكينا يعني اطعمهم الغداء وهو طعام الغداة قوله وعشاهم اي اطعمهم العشاء
وهو طعام العشاء والرواية بالواو لا باو فان التغدية الواحدة من غير التعشية او التعشية من
غير التغدية لا يجوز ذكره في المبسوط وعن ابي حنيفة لو غدى ستين مسكينا وعشى اخرين لا
يجوز قال الكاكي وما في بعض نسخ الهداية او عشاهم اراد به غداهم غداءين او عشاهم عشاءين
ذكر في المحيط فعلم ان المراد غداءان او عشاءان او غداء وعشاء م فقليلا كان او كثيرا ش لكن بعد ما يشبعوا
اذ المعتبر الشبع لا المقدار لان المقصود دفع حاجة اليوم وفي المحيط المعتبر اكلتان مشبعتان
ولا يعتبر فيه مقدار الطعام حتى لو قدم اربعة ارغفة او ثلاثة في كفارة اليمين بين يدي عشرة
فشبعوا اجزأه وان لم يبلغ ذلك صاعا او نصف صاع ولو كان احدهم شبعانا هل يجوز اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام العشرة وقال بعضهم لا يجوز لان المأمور به اطعام
العشرة ولم يوجد وبقولنا قال ابرهيم النخعي ومالك م وقال الشافعي لا يجزئه الا التمليك ش
وبه قال احمد فلا يعتبر فيه التمليك دون الاباحة م اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر ش اي قياسا
عليهما م وهذا ش اي وجه اعتبارهما بالزكوة وصدقة الفطر م لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب
منابه الاباحة ش لان الاباحة ليست مثل التمليك في دفع الحاجة م ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام
ش وهو جعل الغير طاعما م وهو حقيقة في التمكين من الطعم ش بضم الطاء هو الطعام والطعم بالفتح
مذاق الشيء م وفي الاباحة ذلك ش اي الاطعام م كما في التمليك ش اي كما ان في معنى التمليك الاطعام
الاطعام فاذا كان كذلك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما فكانت الاباحة ثابتة بالنص والتمليك في
معناه بل هو فوقه فيما هو المقصود وهو سد خلة الفقير واغناؤه م اما الواجب في الزكوة ش جواب عن
قول الشافعي اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وتقريره ان الواجب في الزكوة م الايتاء ش وهو الاعطاء
م وفي صدقة الفطر الاداء وهما ش اي الايتاء والاداء م للتمليك ش اي لمعنى التمليك م حقيقة ش فلا يجوز
الاباحة وفي الكافي الاصل ان الاباحة تصح في الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين
وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكوة وصدقة الفطر والحلق عن الاذى والعشر فانه
يشترط فيها التمليك والضابط ان ما شرع بلفظ الاطعام والطعام يجوز فيه الاباحة وما شرع بلفظ
الاداء او الايتاء يشترط فيه التمليك وفي صدقة الحلق عن الاذى خلاف بين ابي يوسف ومحمد فابو يوسف
جوز الاباحة ومحمد يشترط فيه التمليك م ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه ش هذه من مسائل
كتاب الايمان ذكرها بسبيل التفريع اي لو كان في المساكين الستين الذين عشاهم صبي فطيم عن اللبن
م لا يجزئه لانه ش اي لان الصبي الفطيم م لا يستوفي كاملا ش لقلة تعشيته وتغديته ناقصة فلا
يجزي عن الكامل فان قيل يجزي في البالغين قليلا ما اكلوا او كثيرا فينبغي ان يجزيه في الفطيم قيل له
صلاحية الاكل التام اقيمت مقام الاكل التام فيهم وما نحن فيه بخلافه م ولا بد من الادام في خبز
الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع ش اورد هذا ايضا على سبيل التفريع والادام ما يؤتدم به
وهو الذي يؤكل مع الغير وانما شرط الادام في خبز الشعير دون خبز البر لان الفقير لا يستوفي
من خبز الشعير حاجته الا اذا كان معه ادام وكذلك في الذرة والدخن بخلاف خبز البر فانه يستوفي
منه حاجته وان لم يكن معه ادام وقال الاترازي وكذلك لو غداهم وعشاهم بسويق وتمر قالوا هذا
في ديارهم اما في ديارنا فلا بد من الادام م وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام ش لان اداءه فيها لا

اذا كان

اذا كان بحتا وانما يتوقف اكله على الادام عند اهل الرفاهية دون المساكين م وان اعطى مسكينا واحدا
ستين يوما اجزأه ش يعني اذا اكلتان مشبعتان في كل يوم وروي عن ابي يوسف في غير رواية
الاصول انه لا يجوز كذا في شرح الطحاوي وقال الشافعي رحمه الله واحمد في الاظهر م وان اعطاه في يوم
واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في
اليوم الثاني كالدفع الى غيره ش بخلاف ما اذا اعطاه في يوم واحد لان الواجب التفريق على
ستين مسكينا ولم يوجد ذلك لا حقيقة لانه مسكين واحد ولا حكما لعدم تجدد الحاجة بخلاف
المسئلة الاولى لان اطعامه في ستين يوما كاطعام ستين مسكينا لما قلنا م وهذا في الاباحة
من غير خلاف ش اي عدم الاجزاء فيما اذا اعطى الطعام كله مسكينا واحدا في يوم واحد بطريق
الاباحة بلا خلاف يعني لا يجزئه الا بتجدد الايام لان الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون
مسكينا في يوم واحد بطريق التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل
لا يجزئه ش وهو الاصح كذا في المحيط لان المعتبر سد الخلة م وقد قيل يجزئه لان الحاجة الى التمليك
تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص ش فاذا جمع لا
يجزئه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا في المبسوط م وان قرب
التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه عز وجل ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس
ش وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يستأنف واعتبره بالصوم م الا انه يمنع من المسيس قبله
اي قبل الاطعام م لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس ش فالمنع لا لمعنى
المسيس بل لتوهم القدرة على الاعتاق فيكون لمعنى في غيره م والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية
في نفسه ش فلا يقتضي الفساد كالبيع في وقت النداء والصلوة في الاوقات المكروهة م واذا اطعم
عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف ش هذه
من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون عليه اطعام مائة
وعشرين مسكينا في ظهارين فاطعم ستين مسكينا لكل مسكين صاعا في يوم واحد قال لا يجزئه عنهما
ويجزئه عن احدهما وفي المبسوط لو اطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة في ظهارين عن امرأة واحدة
او امرأتين لم يجزه الا عن احدهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف م وقال محمد يجزئه عنهما ش اي عن ظهارين
م وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما ش اي عن الافطار والظهار بالاتفاق م له ش اي لمحمد
ان بالمؤدي ش وهو قدر الصاع م وفاء بهما ش اي بالكفارتين م كما لو اختلف الجنس ش يعني اطعام ذلك عن
افطار وظهار م او فرق في الدفع ش بان اعطى مسكينا نصف الصاع عن احدى الكفارتين ثم اعطى النصف
الاخر عن الكفارة الاخرى جاز بالاتفاق م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان النية في
الجنس الواحد لغو ش لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة او للتمييز المشترك ولا يوجد ذلك
في الجنس الواحد فلغت النية م وفي الجنسين معتبرة ش الا ترى ان من كان عليه قضاء ايام من رمضان
فنوى صوم القضاء جاز ولا يجب فيه نية التعيين وفي قضاء رمضان وصوم النذر يفتقر الى تعيين
النية لاختلاف جنسيهما فان قيل لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه يصح نية التعيين ولم تجعل
لغوا في جنس واحد وهذا حل وطي التي عينها قلنا افادت التي دفع حرمتها بعينها فان قيل
تعلق بنية الظهارين هنا غرض صحيح وهو رفع الحرمة عنهما فوجب ان يصح قلنا اعتاق الرقبة يصلح
كفارة عن احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا ان
كان يصلح عن الظهارين قدرا لا يصلح محلا لان محل الظهارين مائة وعشرين مسكينا عند عدم التفريق
فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلاثين مسكينا
كل واحد صاعا م واذا لغت النية والمؤدي يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير م فذلك ش
يعني ادنى المقادير م يمنع النقصان دون الزيادة ش لان الشيء اذا وجب مطلقا ثم ورد الشرع بالتقدير
بعد ذلك كان التقدير يمنع النقصان لا الزيادة كقراءة القرآن في الصلوة فانها وجبت مطلقا ثم
ورد الشرع بالتقدير فذلك التقدير لا يمنع الزيادة فاذا كان كذلك م فيقع عنها ش اي عن الكفارة
الواحدة م كما اذا نوى اصل الكفارة ش فانه يقع عن احدهما بالاتفاق م بخلاف ما اذا فرق في الدفع

لانه بالدفعة الثانية في حكم مسكين اخر ش هذا جواب عن قول محمد او فرق في الدفع حاصله ان قيامه
على هذا غير صحيح وهو محجوج بطهر عن الملتزم م ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما
بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين جاز لان الجنس متحد فلا حاجة
الى نية معينة ش وهي بكسر الياء المشددة م وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له
ان يجعل ذلك عن ايهما شاء ش هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لا يجزيه
عن احدهما في الفصلين ش يعني فيما اذا كانت الكفارتان من جنس واحد او من جنسين م وقال
الشافعي له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد
ش فالنية في الجنس الواحد لا تفيد فتلغو نية اصل الكفارة وذلك يكفيه فله ان يجعل بعد ذلك عن
ايهما شاء وقال ابو ثور تفرع في الظهارين وانهما اصابتهما القرعة حل وطيها م وجه قول زفر انه
اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر
من يده ش بعد ما اعتق وصار كما اذا اعتق عن ظهار وقتل م ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد
غير مفيد فتلغو ش اي نية الظهارين في حق الاعتاق وعن الظهار مطلقا فلو اطلق جاز عن احدهما م
له التعيين م وفي الجنس المختلف مفيد ش للتمييز م واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا
باختلاف السبب ش كالقتل بخلاف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم
لان الحكم ملاحظ من السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس ه
صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا
يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال هم
نظير الاول ش يعني الجنس المتحد م اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم
واحد بناء على لغو نية التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس متحد م ونظير الثاني ش يعني الجنس المختلف م
اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز ش قال لو نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما
كانت النية غير معتبرة فلا يصير صائما اصلا اذ الجنس مختلف فان قيل اذا نوى ظهرين من يومين
فانه لا يجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا لا نسلم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب
والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة اما الخطاب فظاهر واما السبب فان دلوك الشمس في
اليوم الثاني غير الاول بخلاف قضاء رمضان لان الخطاب بيومين يجمعهما وهو الشهر ولا يحتاج الى التعيين
يوم السبت او الاحد حتى اذا كان في قضاء من رمضانين شرط التعيين ذكره قاضي خان **فروع**
في المنتقى عن ابي يوسف لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا وفي جوامع
الفقه ظاهر عن اربع فاعتق عبدا عنهن ثم صام اربعة اشهر عنهن ثم مرض فاطعم ستين مسكينا عنهن جاز
استحسانا لاتحاد الجنس ونقصان الهلال لا يمنع وفي الخبر انه صام تسعة وعشرين يوما بالهلال
وصام قبله خمسة عشر جاز وقيل لا يجوز ويجب تمام العدد وفي الاشراف يجزئه بالاهلة ثمانية وخمسون
يوما وبه قال الثوري ومالك واهل الحجاز والشافعي وابو ثور وابو عبيد وان لم يستقبل بالهلال
وقال الزهري يصوم ستين وقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على ان يصومه ستون ان صام لغير
الاهلة وفي المنهاج يجوز اعتاق عبد به عن كفارتيه عن كل واحد نصف ونصف وعندنا لا يجوز
واعتاق العبد الحربي في دار الحرب عن الكفارة والعبد المستامن يجوز خلافا للائمة الثلاثة ولا يجوز
صرف الكفارة الى فقراء اهل الحرب وان كان مستامنا ويجوز الى فقراء اهل الذمة خلافا لابي يوسف
والائمة الثلاثة وفقراء المسلمين احب عندنا ولو قال لاخر اعتق عبدك عن كفارتي فاعتقه عن كفارته
اجزاه وعندنا اذا لم يشترط على عوض لا يقع عن الامر وعن احمد روايتان م باب

اللعان ش اي هذا باب في بيان احكام اللعان وهو مصدر لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا
واصله من اللعن وهو الابعاد والطرد في اللغة يقال التعن اي لعن نفسه ولاعن اذا لعن غيره
ورجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره ولعنة بسكونها اذا لعنه الناس كثيرا ومعناه
شرعا عبارة عما جرى بين الزوجين من الشهادات الاربع واللعن والغضب وسمي الكل لعانا لما فيه
من ذكر اللعن كالصلوة تسمى ركوعا لما فيها من الركوع وكالتحيات تسمى تشهدا لما فيها من التشهد

وركنه الشهادة المؤكدة باليمين وشرطه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد في الاجانب وشرطه
قيام النكاح وحكمه حرمة الوطي بعد التلاعن واهله من كان اهلا للشهادة عندنا حتى لا يجري بين
مملوكين او احدهما صبي او مملوك قال ش اي القدوري م او مجنون او محدود في قذف او كافر
واحد اذا قذف الرجل امراته بالزنا ش سواء في ذلك قوله رايتك تزنين او قوله انت زانية او يا زانية
عند الجمهور وبه قال الشافعي واحمد ومالك في رواية وفي المشهور عنه لا يجب بقوله انت يا زانية
او زانية بل يجب فيه الحد وبه قال الليث وعثمان البتي ويحيى بن سعيد م وهما من اهل الشهادة
ش اي والحال ان الزوجين من اهل الشهادة يعني من اهل ادائها ولهذا لا يجري بين المملوكين فان
قلت يجري بين الاعميين والفاسقين مع ان لا شهادة لهؤلاء قلت الاعميان من اهل الشهادة
وعدم قبول شهادتهما لعدم التمييز بين المشهود له وعليه ولو قضى القاضي لفسقه سقط جاز كذلك
في الفاسق ولو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز م والمراة ممن يحد قاذفها ش حتى لو كانت ممن لا يحد قاذفها
بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد وليس له اب معروف لا يجري اللعان او
زنت في عمرها ولو مرة او وطئت وطئا حراما ولو مرة ذكره الاسبيجابي م او نفى نسب ولدها ش
بان قال هذا الولد من الزنا او قال ليس مني قبل الاقرار بالولد وقبل مضي المدة التي هي قائمة
مقام الاقرار بخلاف ما اذا نفى الحمل حيث لا لعان ولا حد عند ابي حنيفة رضي الله عنه على ما يجي
م وطالبته بموجب القذف ش اي طالبت المراة زوجها بموجب القاذف م فعليه اللعان ش اي
فعلى الزوج ان يلاعنها وانما شرطت مطالبتها لانه حقها لانه لوث عرضها حيث قذفها بالفجور
فاشترطت مطالبتها كسائر حقوقها حتى اذا كفت عن مرافعته فهي امراته م والاصل ان اللعان
عندنا شهادات مؤكدات بالايمان ش انما قال عندنا لان عند الشافعي رحمه الله ايمان مؤكدات بلفظ
الشهادة حتى ان عندنا اهل اللعان من كان اهلا للشهادة وعنده من كان اهلا لليمين فلا يجري
اللعان الا بين زوجين مسلمين حرين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف عندنا وعنده يجري بين
المسلم وامراته الكتابية والكافر وامراته وبين العبد وامراته وبقول الشافعي قال مالك واحمد في
رواية وفي رواية كقولنا م مقرونة باللعن والغضب ش صفة لما قبله وهذا المجموع هو اللعان وهو
ركن اللعان م قائمة ش اي اللعان قائمة اي انه باعتبار الملاعنة او باعتبار انه شهادات الى اخره
م مقام حد القذف في حقه ش اي في حق الزوج ولهذا نشترط كونها ممن يحد قاذفها ولا يقبل
شهادته بعد اللعان ابدا م ومقام حد الزنا في حقها ش اي في حق الزوجة ولهذا لو قذفها مرارا يكفي
لعان واحد كالحد م لقوله عز وجل ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ش وجه الاستدلال ان الله تعالى قال
والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم واستثنى الازواج من الشهداء م والاستثناء
يكون من الجنس ش هذا هو الاصل ولا يشهد الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل
انها شهادات اكدت بالايمان بعدا للتهمة م وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة
واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ش لان الحاجة منا الى ايجاب الحكم في الطرفين والذي
يصلح لايجاب الحكم الشهادة دون اليمين الا انها مؤكدة باليمين لانه يشهد لنفسه والتاكيد باليمين لا
يخرجه من ان يكون شهادة فقلنا الركن الشهادة المؤكدة باليمين عملا بحقيقة لفظ القران والسنة
قال ابو بكر الرازي وقول الماوردي في الحاوي وتاويل ابي حنيفة خطا لان شهادة المرء لنفسه غير
مقبولة فاسد لان من قال بحقيقة لفظ الشهادة المذكور في القران والحديث لم يخطئ وقوله فاولى بالتاويل
قول من ترك حقيقة اللفظ بالاجتهاد الفاسد وتعطل القران والحديث واما شهادته لنفسه
غير مقبولة لمكان التهمة لا لانه لا يصلح للشهادة الا ترى الى قوله عز وجل شهد الله الاية وكان من
اصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين مع انها باذن الله وشرع رسوله
عليه السلام واما تكرار الشهادات فلما قضينا بها بقيام اربع شهادات فان الواجب عليه اقامة اربع
شهادات من شهود اربعة وقد عجز عن اقامة شهود اربعة ولم يعجز عن اقامة اربع شهادات فما عجز
سقط عنه وما قدر عليه لزمه م ثم قرن الركن ش هو الشهادة م في جانبه ش اي في جانب الزوج م
اللعن لو كان كاذبا ش بالابتدا م وهو قائم مقام حد القذف ش في حقه ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة

ولاستشهاد النساء وكتاب القاضي الى القاضي م وفي جانبها ش اي في جانب الزوجة م بالغضب كما في النص ش باللعن اي قرن الشهادة بالغضب وانما خص الغضب في جانبها في المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعن كثيرا في البيوت على ما جاء في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فيجترئن على الاقدام عليه لكثرة جريه فاقيم الغضب مقامه في حقهن ليكون رادعا لهن عن الاقدام وانما اوردت الخامسة بالغضب لانها ليست من جنس الشهادات لعدم ذكر الشهادة فيها م وهو قائم مقام حد الزنا ش وحد القذف فيها ميزان حتى كفى لعان واحد كالحد فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والايمان بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك ففي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف لجرى مجراه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام متفرق تعلقه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف مرة واحدة اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام الحد في حق امراته لا مطلقا لانه صادق لا محالة كان ملزمه في الاتحاد اتحدها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كل منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات م اذا ثبت هذا ش يعني اذا ثبت ان الاصل اي اللعان عندنا شهادات موكدات بالايمان فنقول لابد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه ش اي في اللعان م الشهادة ولابد ان يكون هي ش اي المراة م ممن يحد قاذفها ش حتى لو كانا من اهل الشهادة ولكن المراة ممن لا يحد قاذفها بان كان معها ولد ليس له اب معروف لا يجب اللعان م لانه ش اي لان اللعان م قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصان ش اي احصان المراة م ويجب بنفي الولد ش اي يجب اللعان اذا نفى ولده بان قال هذا الولد من الزنا وقد مضى الكلام فيه عن قريب م لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ش كما اذا نفى اجنبي نسب ولدها عن ابيه المعروف فانه يكون قاذفا للمراة ولذلك هذا م ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه ش اي نسب الولد م عن ابيه المعروف ش فانه لا شك قد صرح م وهذا ش اشارة الى قوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره م لان الاصل في النسب هو الصحيح ش اي الفراش الصحيح م والفاسد ملحق به ينفيه عن الفراش الصحيح يكون حتى يظهر الملحق به ش وفي المبسوط الولد من الوطء بشبهة ثابت النسب عن انسان والذي لا يكون ثابت النسب من احد يكون من زنا ولا نسب لهذا الولد الا منه فاذا نفاه فقد زعم ان لا نسب له فيكون قاذفا بالزنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصير قاذفا بالنفي ما لم يقل انه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء بشبهة كما لو قال للاجنبية ليس هذا الولد من زوجك والجواب ما قاله الا انا تركناه للضرورة لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها وعزلها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه من زنا او وطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي منه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي فيذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحلال والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا الا انه لم يصرح بالزنا اجيب عنه جعلناه كالمصرح بالزنا للضرورة كما بيناه م ويشترط طلبها ش اي طلب المراة بموجب القذف م لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق ش لانه باللعان يندفع عار الزنى عنها وبه قالت الثلاثة م فان امتنع منه ش اي من اللعان م حبسه الحاكم حتى يلاعن ش وهذا عندنا وقال الشافعي ومالك واحمد يقام عليه حد القذف بناء على ان موجب القذف عندهم الحد وعندنا اللعان م او يكذب نفسه فيحد لانه حق مستحق عليه ش اي على الزوج م وهو قادر على ايفائه ش قال الاكمل قيل هذا احتراز عن المديون المفلس فان الدين مستحق ولكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس قلت القائل بهذا الكاكي فانه قال هكذا شرح هذا الموضع م فيحبس فيه حتى ياتي بما عليه او يكذب نفسه ش فاذا اكذب نفسه يجب عليه حد القذف م ليرتفع السبب ش اي سبب اللعان اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب

اذا اكذب كل واحد منهما الاخر فيما ادعيه حتى لو اكذب نفسه لا يجب اللعان وفي بعض النسخ ليرتفع الشين ش اي العار بالتكاذب وهو بفتح الشين المعجمة وسكون الياء اخر الحروف وبالنون م ولو لاعن ش اي الزوج م وجب عليها اللعان لما تلونا من النص ش وهو قوله عز وجل فشهادة احدهم اربع شهادات بالله م الا انه يبتدي بالزوج لانه هو المدعي ش بناء على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كانه استدراك لقال المتلو من النص لانه لا يدل على البداءة فقال الا انه يبتدئ به م فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه ش اي تصدق الزوج م لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه ش وقال الشافعي ومالك لا تحبس بل ترجم للزنا بعد الدخول بها ولاحمد في حبسها روايتان م واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد ش صورته ما اذا كان الزوج كافرا والمراة مسلمة بان كان الزوجان كافرين فاسلمت المراة فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه م لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته ش وهو كونه ليس من اهل الشهادة م فيصار الى الموجب الاصلي ش وهو حد القذف م وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه س فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل م وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة ش اي والحال ان المراة امة م او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية ش اي او كان ظهر زناها بين الناس بعد ذلك او تزوجها بنكاح فاسد او ولد لها من غير اب معروف م فلا حد عليه ولا لعان ش هذه من مسائل القدوري الا قوله بان كانت صبية او مجنونة او زانية فانه تفسير من المصنف م لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها ش اي في جانب المراة م وامتناع اللعان لمعنى في جهتها ش اي لاجل امتناع وجوب اللعان لعلة في جهة المراة وهو ظاهر فاذا كان كذلك م فيسقط الحد كما اذا صدقته المراة زوجها لان سقوط اللعان يكون من جهتها وقولنا قول الشعبي والزهري والاوزاعي وحماد ومكحول وعطاء والنخعي واحمد في رواية وفي ظاهر مذهبه من كان اهلا لليمين اهل للعان كما قال الشافعي ومالك م والاصل في ذلك ش اي في الذي ذكر من المسائل م قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك والمحدودة في قذف مع امراته ش اقول ذكره اولا ما ذكره الشراح هنا حتى نعرف المقصر والمعلل فيه وفي امثاله فقال الاترازي هذا الحديث لم نجد له اصلا في كتب الحديث كالموطا والصحيح البخاري وسنن ابي داود والجامع الترمذي وغيرها الا ان ابا بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي بن قانع الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اربع ليس بينهم ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك انتهى وقال الاكمل قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم فيكفي بابي بكر الرازي لعدالته وفقهه وضبطه مقتديا انتهى وقال الكاكي بعد ما ذكر الحديث رواه الشيخ ابو بكر الرازي والدارقطني وفيه وليس بين المملوكين ولا الكافرين لعان ذكره ابو عمر بن عبد البر ايضا وضعفه ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه بالضعيف اذا روي من طرق يحتج به على ما عرف انتهى فنقول قول الاترازي هذا الحديث لم يجد له اصلا الى اخره غير صحيح لان ابن ماجة والدارقطني وعبد الباقي بن قانع ذكروه فعرفت انه من المقصرين وقول الاكمل قيل في الموضعين يدل على انه من المقلدين والمقصرين واما قول الكاكي فقريب من التوجيه ولكنه لم يخرجه كما ينبغي وقال الشيخ جمال الدين الزيلعي في تخريج احاديث الهداية بعد ان ذكر الحديث المذكور اخرجه ابن ماجة في سننه عن عطاء عن ابيه عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك هذا لفظ ابن ماجة واخرجه الدارقطني في سننه عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب به وقال عن جده عبد الله بن عمرو موقوفا اربعة ليس بينهن لعان ليس بين الحر والامة لعان وليس بين الحرة والعبد لعان وليس بين المسلم واليهودية لعان وليس بين مسلم والنصرانية لعان وقال الدارقطني الوقاصي متروك الحديث ثم اخرجه عن عثمان بن عطاء الخراساني عن ابيه عن عمرو به قال وعثمان

ابن عطاء الخراساني ضعيف الحديث جدًا وتابعه يزيد بن زريع عن عطاء وهو ضعيف أيضًا وروى عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن جده انتهى قلت عطاء هذا وثقه ابن معين وأبو حاتم وغيرهما واحتج به مسلم في صحيحه وابنه عثمان ذكره ابن أبي حاتم في كتابه وقال سألت عنه أبي فقال يكتب حديثه ثم ذكر عن ابنه سألت دحيما عنه فقال لا بأس به فقلت إن أصحابه يضعفونه فقال وأي شيء حدث عثمان من الحديث واستحسن حديثه وعثمان بن عبد الرحمن ابن عمر بن سعد بن أبي وقاص أبو عمرو الوقاصي المالكي قال ابن الجوزي إنما قيل له المالكي لأن سعدًا هو ابن مالك قلت هو أبو وقاص وقيل له ذلك نسبًا إليه وإن كان هو ضعيفا فقد أخرج الحديث أيضًا عن عمرو بن شعيب عمرو ودرى له الدهبي في الميزان أحاديث منها ما رواه عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعا الكذب ينقص الرزق والدعاء يرد القضاء ولله في خلقه قضاءان قد وقضاء محدث وقال البيهقي قال الشافعي قالوا روى عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أربع لا لعان بينهن الحديث قلنا وبينهم هذا عن رجل مجهول ورجل غلط وعمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو منقطع انتهى قلت لم يسم الشافعي رحمه الله المجهول ولا الذي غلط ولا بينهما البيهقي وقد روى هذا الحديث عبد الباقي بن نافع وعيسى بن أبان من حديث حماد بن خالد الخياط عن معاوية بن صالح وذكر ابن أبي حاتم في كتابه وقال روى عنه الوليد وعبيد الله بن موسى في كتابه وهذا إخراجه عن جهالة العين والحال وقول الشافعي رحمه الله ورجل غلط قال الشيخ علاء الدين في الجوهر النقي أظنه أراد به عمرو بن شعيب وهو ثقة وقد عمل العلماء بحديثه وعمل به الشافعي رحمه الله في مواضع والبيهقي قد خالف الشافعي في قوله إن الحديث منقطع وأثبت اتصاله وقد تبين مما قلنا إن سند الحديث جيد فلا نسلم قول البيهقي لم يصح أسانيده إلى عمرو م ولو كانا أي الزوجان م محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فإن قلت هلا اعتبر جانبها وهي أيضا محدودة في القذف ذراء للحد قلت المانع عن الشيء إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضي لأنه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه وهنا المانع هو الرجل لكونه الأصل فيه وإنما يعتبر أهلية المرأة فيه إذا وجدت أهلية الرجل فإذا لم يوجد أهلية الرجل لا يعتبر جانبها في اللعان كالعبد يقذف امرأته المحدودة المحصنة الحرة العاقلة البالغة حيث يجب عليه الحد م قال وصفة اللعان أي يبتدي القاضي بالزوج ش أي يقيم القاضي الزوج بين يديه وبأمره م فيشهد أربع مرات ش من الإشهاد نصب الدال عطفا على قوله أن يبتدي واعلم أنها إذا خاصمت إلى القاضي فينبغي أن يقول لها اتركي وانصرفي ولو تركت وانصرفت ثم خاصمت بعد ذلك ثانيا جاز لأن العفو عن القذف باطل فإذا خاصمت وأنكر الزوج فعليها أن تقيم شاهدين عدلين ولو أقامت رجلا وامرأتين لم تقبل ولو أقامت شاهدين ثم إن الرجل أقام رجلا وامرأتين على تصديقها سقط اللعان ولا حد ولو لم يكن لها بينة فأرادت أن تحلف الزوج على القذف ليس لها ذلك وإن أقر الزوج بأنه قذفها بالزنا يسأل منه البينة فإن شهد أربعة أنهم رأوا كالميل في المكحلة والقاضي المحرم ينظر إن كانت المرأة محصنة رجمت وإن كانت غير محصنة تجلد ولو لم يكن له بينة وجب اللعان إذا اجتمعت الشرائط فيهما ثم يقيمهما القاضي بين يديه متقابلين وقال الكافي القيام ليس بشرط وقال محمد في الأصل يقول له القاضي قم فالتعن فيقوم م يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا ش وإذا كان القذف بنفي الولد تقول المرأة في كل مرة فيما رماني به من الزنا في نفي ولده هكذا ذكره في شرح الطحاوي م والأصل فيه ش أي في اللعان على هذه الصورة م ما تلونا من النص ش وهو قوله فيما مضى بقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع مرات إلى قوله إن كان من الصادقين م وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظ المواجهة ش أي المخاطبة م يقول فيما رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال ش لأن ضمير الغيبة محتملة فكانت المخاطبة أدفع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ش أي القدوري م أن لفظ الغائبة إذا

قال زفر رحمه الله ذكره في شرح الأقطع

إليها

إليها الإشارة انقطع الاحتمال ش لأنه يجتمع به أداتا تعريف فهو أولى وفي ينبغيه الشافعية تسميها إن كانت غائبة وتشير إليها إن كانت حاضرة وقيل يجمع بينهما وأنكره السرخسي فقال لا معنى لذكر الاسم والنسب مع الحضرة وفي النكاح لو بدل الشهادة بحلف ونحوه أو الغضب باللعنة أو على العكس أو ذكر ذلك قبل تمام الشهادات لم يصح على الأصح م قال ش أي القدوري م فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما ش يعني بمجرد اللعان لا يثبت الفرقة بينهما حتى يفرق القاضي حتى يكون الزوجية باقية ويقع ظهاره وطلاقه ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما عندنا كذا في شرح الطحاوي م وقال زفر تقع ش أي الفرقة م بتلاعنهما ش وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وبه قال أبو ثور وأبو عبيد في رواية وأحمد في رواية وداود وهو مروي عن ابن عباس وقال الشافعي رحمه الله يقع بلعانه كما إذا ارتد أحد الزوجين وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج لا سلف له فيه قيل ليس كذلك لأنه ذكر في المقدمات أنه ظاهر قول مالك وعبد الله بن عمرو بن العاص وقال ابن حزم في المحلى قول الشافعي قول بلا برهان وقال عثمان البتي وجماعة من أهل البصرة لا يتعلق باللعان فرقة بحال وهو خلاف السنة والحديث م لا تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ش قال الأكمل والكاكي أراد بالحديث قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا نفى الاجتماع بعد التلاعن وهو منصوص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن وقال الأترازي ولزفر قول الصحابة المتلاعنان لا يجتمعان أبدا قلت الصواب مع الأترازي لأنه لم يرد مرفوعا وإنما روي موقوفا على جماعة من الصحابة من ذلك ما رواه أبو داود من حديث ابن شهاب عن سهل بن سعد رضي الله عنه في هذا الخبر قال فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم مضت السنة بعد في المتلاعنين إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا وروى عبد الرزاق في مصنفه المتلاعنان لا يجتمعان أبدا موقوفا على عمر وابن مسعود وعلي رضي الله عنهم م ولنا أن ثبوت الحرمة تفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم ش قال المصنف رحمه الله م دل عليه ش أي دل على عدم وقوع الفرقة م قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان ش وأراد بالملاعن عويمر العجلاني في وجه الاستدلال أنه قال كذبت عليها عند النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت بينهما بمجرد التلاعن لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها أجيب بأن ذلك ينصرف إلى طلبه رد المهر فإنه روي أنه قال إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وإن كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والتركيب المذكور فلو جدا حتى في بعض النسخ دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان أي بعد وقوع اللعان وبين النسختين فرق لا يخفى ولو ذكر الحديث من وجه الإسناد لا لكان أحسن وأصح والحديث ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له عاصم ما كنت لتأتيني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها فقال والله لا أنتهي حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عنها فأتى عويمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين ورواه البخاري في صحيحه عن إسماعيل عن مالك عن ابن شهاب إلى آخره ورواه مسلم أيضا وأبو داود وفي رواية عويمر بن أشقر ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما أيضا أنه عليه السلام أنه لاعن بين

أيقتله

رجل وامراته والحق الولد بامه ذكره في الصحيحين وعن سهل بن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وانا ابن خمسة عشر سنة وفرق بينهما حين تلاعنا فهذه الاحاديث الصحاح كلها دل
على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما ولذا انفذ طلاقه الثلاث ولم يرد في حديث انه
عليه السلام فرق بينهما قبل لعان المراة بعد فراغ لعان الرجل قال الطحاوي وقول الشافعي خلاف القران وا
وينبغي على قوله ان لا يلاعن المراة اصلا لانها ليست بزوجة عند لعانها م ويكون الفرقة س اي الفرقة
الحاصلة بالتلاعن م تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لان فعل القاضي انتسب اليه
لنيابته عنه كما في العنين حيث لو حلف القاضي سنة ثم وصل اليها والا فرق القاضي بينهما اذا
طلبت المراة والفرقة بالطلاق لا تنافيه غير انها بائنة لان المقصود دفع الظلم عنها ولا يحصل ذلك
الا بالبائن ومما يحتج ايضا بما روى ابرهيم النخعي انه قال اللعان تطليقة بائنة ولان الثابت بالنص
هو اللعان فلو اثبتنا الحرمة المؤبدة لزم الزيادة على النص وذلك لا يجوز لانه نسخ م وهو خاطب اذا
اكذب نفسه س هذه مسالة مبتداة اي هذا الرجل بعد الاكذاب صار خاطبا من الخطاب
اي يجوز له ان يتزوجها كالغير يجوز ان يتزوجها فعليه الحد باكذاب نفسه م عندهما س اي عند
ابي حنيفة ومحمد م وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد س يعني بعد التلاعن بقي المراة حراما عليه ابدا
فلا يجوز له ان يتزوجها وبه قال زفر والحسن والشافعي م لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان
ابدا س قد مر الكلام فيه عن قريب مستقصى وهو قول الصحابة ولم يرو مرفوعا م نص في الباب س
اي نص طاهر هذا الخبر على ثبوتها الحرمة م ولهما س اي لابي حنيفة ومحمد م ان الاكذاب س اي اكذاب
الرجل الملاعن نفسه م رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها س يعني يبطل حكمها م ولا يجتمعان
مادام متلاعنين س ولا ما رواه ابن نص الثابت والعود خاطبا لان معناه ما داما في حال التلاعن م
ولم يبق التلاعن ولا حكمه س اي لم يبق حقيقة التلاعن ولا حكمه يعني لا حقيقة ولا حكما اما حقيقة
فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطل اهلية اللعان فاذا بطلت الاهلية
بطل حكمهما م فيجتمعان س اي المتلاعنان يعني يجوز اجتماعهما بعد ذلك بالتزوج وقال الكافي ولو اكذب
نفسه قبل تفريق القاضي حلت له من غير تجديد النكاح م ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه
والحقه بامه س اي الحق الولد بامه وبه قال الشافعي واحمد وقال ابرهيم وابن معقل وموسى لا ينفي
نسب الولد على الفراش بالنفي لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر ذكره في الصحيحين وللجمهور
حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان رجلا لاعن امراته فانتفى ولدها ففرق بينهما والحق الولد بامه رواه الجماعة
قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعد ما قطع نسبه تجميع احكام نسبه باق من الاب سوى
الميراث والنفقة حتى ان شهادة الاب له لا تقبل وشهادته لا بيه لا تقبل ودفع الزكوة اليه لا يجوز
ولو كان ابنا فوجد اباها او تزوج بنته منه ان كان ابنا لا يجوز وغير ذلك من احكام النسب م وصورة
اللعان س اي في نفي الولد م ان يامر الحاكم الرجل فيقول اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المراة س اي تقول المراة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما
رماني به من نفي الولد م ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين س اي اراد بهما الزنا ونفي الولد م
ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام س اي ان النبي صلى الله عليه وسلم م نفى
ولد امراة هلال بن امية عن هلال والحقه بها س الحديث رواه ابو داود في سننه قال حدثنا الحسن
ابن علي قال نا يزيد بن هرون قال انا عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس قال جاء هلال بن امية وهو
احد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من ارضه عشيا فوجد عند اهله رجلا فراى بعينيه وسمع باذنيه
فلم يهجه حتى اصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني جئت اهلي عشيا فوجدت
عندهم رجلا فرايت بعيني وسمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه
فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات الايتين
كلتيهما فسري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال قد جعل الله لك فرجا ومخرجا
فقال هلال قد كنت ارجو ذلك من ربي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلا
عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرها واخبرها ان عذاب الاخرة اشد من عذاب الدنيا فقال

هلال

هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فقيل لهلال
اشهد فشهد اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كان الخامسة قيل يا هلال اتق الله فان عذاب الدنيا اهون
من عذاب الاخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها
فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع شهادات بالله
انه لمن الكاذبين فلما كان الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الاخرة وان هذه الموجبة
التي توجب عليك العذاب فتلكات ساعة ثم قالت والله لا افضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله
عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لاب
ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان لا بيت عليه ولا قوت
من اجل انهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج حمش
الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان لي ولها شان قال عكرمة فكان بعد ذلك اميرا على مصر ورواه
احمد في مسنده وهو معلول بعباد بن منصور وقال ضعيف قدري وقال ابن حبان كان قدريا داعية
الى القدر وقال في التنقيح دعفه يحيى القطان قوله اصيهب تصغير اصهب وهو الذي يعلونه
صهبة وهي كالشقرة قوله اريصح تصغير الارصح بفتح الهمزة وسكون الراء وفتح الصاد المهملة
وبالحاء المهملة وهو الناتي الاليتين ويجوز بالسين قاله الهروي قوله اثيبج تصغير الاثبج بفتح
الهمزة وسكون الثاء المثلثة وفتح الباء الموحدة وبالجيم وهو الناتي الثبج اي ما بين الكتفين والكاهل
قوله حمش الساقين بفتح الحاء المهملة وسكون الميم وبالشين المعجمة اي دقيقهما قوله اورق اي اسمر
قوله جعدا بفتح الجيم وسكون العين المهملة وبالدال المهملة وهو القصير المتردد الخلق قوله جماليا
بضم الجيم وتخفيف الميم وكسر اللام وتشديد الياء اخر الحروف فهو الضخم الاعضاء التام الاوصال
قوله سابغ الاليتين بالسين المهملة وكسر الباء الموحدة وبالغين المعجمة اي تامهما وعظيمهما
م ولان المقصود من هذا اللعان س اي لان مقصود الزوج من لعانه نفي الولد عليه
س اي مقصوده من نفيه م فيتضمنه القضاء بالتفريق يعني اذا فرق بينهما يكتفي م وعن
ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه س اي الزمت الولد امه م واخرجه س
اي الولد م من نسب الاب س حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه م لانه ينفك عنه س
اي لان نفي الولد ينفك عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات
الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه م فلا بد من ذكره س اي من ذكر نفي الولد
الا ترى انه اذا نفى ولد ام الولد ينتفي به ولا يجري اللعان وكذا لو لاعن امراته زينب يجري
اللعان ولا ينتفي الولد م فان عاد الزوج واكذب نفسه س يعني بعد اللعان م حده القاضي
لاقراره بوجوب الحد عليه س حيث قذف محصنة وفي المبسوط هذا اذا لم يطلقها بائنا
بعد القذف اما اذا اكذب نفسه بعد البينونة لا يجب الحد ولا اللعان لان المقصود باللعان
التفريق ولا اثر في ذلك بعد البينونة ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا للعان والقذف
الواحد لا يوجب الحدين م وحل له ان يتزوجها س قال الاكمل هذا تكرار لقوله وهو خاطب
اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل هنا لفظ القدوري م وهذا
عندهما س اي جواز حل التزوج بعد الاكذاب والحد عند ابي حنيفة ومحمد م لانه لما حد لم يبق
اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به س اي ارتفع اللعان بحكمه المتعلق به م وهو التحريم س كما ارتفع
اللعان م وكذلك ان س اي يحل كذلك م ان قذف غيرها س اي غير امراته بعد تفريق القاضي م فحد به
س اي بسبب قذفه م لما بينا س من قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان م وكذا اذا زنت فحدت
م لانتفاء اهلية اللعان من جانبها س قال فيتمسك لما جرى اللعان بينهما علم انهما ذوجان على صفة
الاحصان والمراة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما يرجمان لحصنه كان قوله فحدت معناه رجمت
فبعد ذلك الحل يبقى محلا للتزوج اجيب بان يعني قوله فحدت جلدت وتصور المسئلة ان تلاعنا
بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة

صاك

لان من شرط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد م واذا قذف الرجل امراته وهي
صغيرة ش اي والحال انها صغيرة م او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفهما ش اي قاذف الصغيرة
والمجنونة م لو كان ش اي القاذف م اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه ش اي لقيام اللعان مقام
الحد القذف م وكذا ش اي وكذا لا لعان م اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة
ش اللعان شهادة عندنا وبه قال الشافعي رحمه الله وفي الجد ونحوه يلاعن لقذف الصغيرة وفي المغني لو
قذفها وهي بنت تسع فعليه الحد وتطالبه اذا بلغت وقبل التسع يعزر ولو قال لها زنيت وانت
صبية او مجنونة وجنونها معهود فلا حد ولا لعان ولا يجعل قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف
بالزنا بخلاف قوله زنيت وانت ذمية او منذ اربعين سنة وعمرها عشرون سنة حيث يعزر ذكره
في الجامع م وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه ش اي لان اللعان م يتعلق بالصريح كحد القذف
ش وهذا يندرئ بالشبهة ولانه شهادة حتى يشترط لفظ الشهادة م وفيه خلاف الشافعي ش فانه يقول
يصح قذفه ولعانه لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق م وهذا ش اي اشارة الاخرس م لانه ش
اي لان قذف الاخرس م لا يعرى عن الشبهة ش لان فيه احتمالا م والحد يندرئ بها ش اي يندفع
بالشبهة وكذا اذا كانت المراة خرساء لا يجري اللعان بينهما م واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان
ش اي لا يجب اللعان ولا الحد م وهذا ش اي عدم وجوب اللعان م قول ابي حنيفة وزفر ش وبه قال احمد
وابو ثور وهو قول الحسن البصري والشعبي والثوري وابن ابي ليلى م لانه لا يتيقن بقيام الحمل ش لعله يكون
ريحا م فلم يصر قاذفا ش فلا يكون موجبا للعان م وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر ش وبه قال مالك والشافعي وابو حنيفة اولا وعن ابي يوسف يلاعن في الحال وانما
قيده بقوله اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر لانه اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يجب اللعان
لانه حينئذ لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف م وهو معنى ما ذكره في الاصل ش اي قبيل مجيء الولد
لاقل من ستة اشهر ما ذكره محمد رحمه الله في الاصل م لانا تيقنا بقيام الحمل عنده ش اي عند القذف
م فيتحقق ش القذف فهذا ونفيه بعد الولادة سواء ولهذا يثبت حكم الارث والوصية اذا ولدت
لاقل من ستة اشهر للتيقن بوجوده م قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال ش هذا جواب من جهة ابي حنيفة
اذا لم يكن قوله ليس حملك مني قذفا في الحال للاحتمال م يصير كالمعلق بالشرط كانه قال ان كان بك
حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ولا حاجة
الى اثبات حكمه الى وجود الشرط لعدم الحاجة الى ايجاب الحد لان الحد يحتال الى درئها لا الى اثباتها
بخلاف الارث والوصية فانهما يتوقفان الى انفصال الولد ولا يتوقف القذف فان قلت ان هلال
ابن امية قذف امراته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما اجيب بانا لا نسلم
انه قذف امراته بنفي الحمل نعم انه قذفها وهي حامل وذلك لا يدل على قذفها بنفي الحمل لان في الحديث
قال اذا رأى احدنا رجلا على امراته فذلك يدل على انه كان زناه فانه صرح بالزنا لا بنفي الحمل م واذا قال
لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل
وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ش قد ذكرنا
عن قريب حديث هلال بن امية بتمامه م ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه ش اي على الحمل يعني ان نفي الولد
حكم من احكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة م لتمكن الاحتمال قبله ش اي قبل
انفصال الولد او قبل خروج الولد فان قيل يترتب عليه قبل الولادة كالرد بالعيب والميراث
والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف
الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهة والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر
في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب اراد به بعضها وهو نفي الولد منها لان الالزام اقامة
الحد مع قيام الشبهة م والحديث ش اي حديث هلال م محمول على انه ش اي ان النبي صلى الله عليه وسلم
م عرف قيام الحمل بطريق الوحي ش بدليل ان في الحديث ان جاءت به اصهب الى اخره كما ذكرناه
ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي ومن اصحابنا من قال ان هلالا لا قذفها نصا فانه قال وجدت
شريك بن سحماء على بطنها يزني بها ثم نفى الحمل بعد ذلك وعندنا لو قذفها نصا لاعن كذا في المبسوط

وقال ابن الجوزي ان احمد انكر لعان هلال بالحمل وقال انما لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جاء
وشهد بالزنا ولو كان اللعان بالحمل لكان الحمل منفيا من الزوج غير لاحق به اشبهه او لم يشبهه وهكذا
نقل عن محمد بن جرير وابن ابي صفرة وفي شرح الكردري اجمع اصحابنا على ان النسب لا ينفى وهو حمل للشك
في وجوده وفي الذخيرة لا ينقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين اصحابنا م واذا نفى الرجل ولد
امراته عقيب الولادة ش اي حين ولادته م او في الحالة ش اي او نفاه في الحالة م التي يقبل التهنئة ش على
بناء المجهول وترفع التهنئة قال الجوهري التهنئة خلاف التعزية ويقول هنأته بالولاية تهنئة وتهنيئا
وكل امر اتاك من غير تعب فهو هنيء ومنه كلوا هنيئا مريئا واصله مهموز اللام م وتبتاع ش على صيغة
المجهول ايضا اي تشترى م آلة الولادة ش مثل المهد والقماط الشيء الذي يفرش تحت الولد حين يرضع
والاشياء التي يلف فيها حين ترضعه امه م صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب
وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه ش اعلم ان اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد وان طالت المدة لانه قذف
زوجته بنفي الولد عن نفسه لكن الولد هل ينتفي ان كان النفي بحضرة الولادة حين يولد او بعد ذلك بيوم او بيومين
او نحو ذلك ينتفي ولم يوقت ابو حنيفة في ظاهر الرواية شيئا وروى الحسن عنه انه يصح نفيه بالمرافعة
الى الحاكم فلم ينفه لزمه نسبه وهو قول ابي عبيد وابي ثور وابن المنذر وقال مجاهد وشريح يجوز للزوج
نفيه متى شاء وقال الشعبي ومحمد بن ابي ذئب وبعض اهل المدينة لا ينتفي بنفيه ولا يجب به اللعان
واحتجوا بقوله عليه السلام الولد للفراش م لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا
بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة ش اي لان النفاس اثر الولادة وفي المبسوط مدة النفاس كحالة الولادة بدليل
انها لا تصوم ولا تصلي فيها م وله ش اي ولابي حنيفة م لانه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال
الناس فيه ش اي في التامل م مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه ش اي عدم النفي م وهو قبوله التهنئة او سكوته عند
التهنئة ش لانه دليل الرضى م او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع ش اي
والحال ان الزوج ممتنع عن النفي ش بان كان ساكتا وفي الشامل ابو حنيفة لم يوقت بل فوض الى الامام
ثم قال وحكي عنه انه اعتبر ثلاثة ايام وروي عنه سبعة ايام لان في هذه المدة تستعد للعقيقة وانما تعد
العقيقة بعد سبعة ايام وفي المبسوط هذا ضعيف لان نصب المقدار بالراي لا يكون وروي عن محمد
اذا هنئ بولد الامة فسكت لم يكن قبولا بخلاف ولد المنكوحة م ولو كان ش اي الزوج م غائبا ولم يعلم بالولادة
ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين ش اي اصل ابي حنيفة واصل ابي يوسف ومحمد فعلى اصل ابي
حنيفة جعل كانها ولدت الان فله النفي في مقدار ما تقبل التهنئة وعلى اصلهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم
لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة م قال ش اي القدوري م واذا
ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما ش هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر
لانهما ش اي لان الولدين م توأمان خلقا من ماء واحد ش التوأم يقال لكل واحد وهو الاسم لا يستحق كل واحد
وجمعه توائم وهو اسم جمع وليس بجمع حقيقة م وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان
اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ش انه اكذب نفسه بنفي الثاني م ولاعن لانه قاذف
بنفي الثاني ولم يرجع عنه ش اي عن النفي م والاقرار بالعفة سابق ش هذا جواب عما يقال ينبغي ان
يحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر
قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب فيجب الحد
فكذا هذا اجاب بقوله م والاقرار بالعفة سابق على القذف ش حقيقة والاعتبار بالحقيقة م
فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن ش اي واجب م فكذا ش اي
فكذا حكم هذا الحكم ذاك وفي المحيط والمبسوط فلو نفاهما ثم مات احدهما او قتل لزماه وفي مختصر
الكرخي لا يجب اللعان عند ابي يوسف ويجب عند محمد ولو ولدت احدهما ميتا فنفاهما لاعن
بالاتفاق ولزمه الولدان ولو ولدت ولدا فنفاه ولاعن ثم ولدت اخر بيوم لزماه وفي النوادر
عن ابي حنيفة روى الحسن عنه ان امراة جاءت بثلاثة اولاد في بطن واحد فنفى الثاني واقر
بالاول والثالث يلاعن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وفي المحيط التوأمان
يكون بينهما اقل من ستة اشهر ومثله عن مالك واذا ولدت فسكت لم يكن له نفيه بعد ذلك وهو قول الشافعي

الى سبعة ايام م وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس ش وعند الشافعي على الفور ص م

وقال ابن قدامة وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب يعني انه يبطل بالسكوت ونقله
عنه غلط وقد لله مذهب الناقل ويبطل مذهبه بالحال فانه لا يبطل بالسكوت ولو هنئ به فامن على
دعائه لزمه وكذا ان قال له احسن الله عزاك وبارك الله فيك او رزقك الله مثله لزمه الولد
عندنا وعند الشافعي لا يلزمه وكل موضع لزمه الولد لا يكون له نفيه بعد ذلك عند الائمة الاربعة
واصحابهم ولو قال ليس هذا الولد مني او ليس ولدي ولم يقذفها بالزنا فلا حد ولا لعان وكذا لو قال اكرهت
على الزنا لا حد ولا لعان وفي المحيط لو نفى ولد زوجته وهما من اهل اللعان لا ينتفي وان كانت كتابية او ام ولد
ثم اعتقت او اسلمت ثم وضعت لا يصح نفيه ولو ولدت بعد اللعان الى سنتين لزمه الولد وان لم يجب
عليها عدة يلزمه ما بينه وبين ستة اشهر لانه مطلق حكما ولو لاعنها بولد ثم ولدت الى سنتين لزمه لانها
معتدة ويقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلاثة وفيه خلاف الائمة الثلاثة ولو قذفها ثم شهد مع ثلاثة
بالزنا لا يقبل لانه يسقط عنه اللعان الواجب عليه ولو شهد مع ثلاثة غيره ولا فلا حد ولا لعان ولا على
الشهود قذف امراة رجل بالزنا فقال الزوج صدقت لم يجب على الزوج المصدق حد ولا لعان الا ان يقول
صدقت هي كما قلت فيكون قاذفا ولو عين الذي زناها به وطلب الرجل حد القذف يحد له عندنا وقال مالك
والشافعي لا يحد وفي الروضة زنت قبل تفريق القاضي بعد التلاعن تسقط الحد عنه عند ابي حنيفة وكذا
وطئها ولو رجل اقام البينة على صدقه سقط عنه اللعان وحدت وهو قول الظاهرية وقال مالك يلاعن وقال
الشافعي يلاعن ان كان معها ولد والا لا ولا لعان في البائن لا في العدة ولا في غيرها عندنا ويحد وبه
قال الشافعي واحمد ومالك والثوري واهل الحجاز واهل العراق وبعد اللعان يجب لها نصف
الصداق عندنا وبه قال مالك وسعيد بن جبير وقتادة والحسن وقال حماد بن ابي سليمان وشريح وابن ابي
حنيفة يجب لها المهر الكامل وقال الزهري لا صداق لها وقلنا التفريق بينهما طلاق قبل الدخول فيجب
نصف المهر **فروع** اخرى في المبسوط لو مات ولد الملاعنة عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه
ويضرب الحد الا ان ترك ابنا او بنتا يثبت نسبه من الاب ويرثه الاب ولو كان الولد الميت بنتا
ولها ولد فاكذب نفسه ثبت عند ابي حنيفة خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس وفي جوامع الفقه لو
الشاهدان او غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى خلافا له لو عميا او فسقا او ارتدا
حيث يلاعن بينهما والوطء الحرام بشبهة او نكاح فاسد يسقط احصانها خلافا لابي يوسف ثم رجع وقال
هو ملحق بالوطء الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة ولا لعان في النكاح الفاسد ولا في الوطء
بشبهة وقال الشافعي واحمد يجب اللعان فيهما اذا كان ينفي الولد وعند ابي يوسف فيهما الحد
واللعان لالحاقهما بالنكاح الصحيح ولو قذفها ثم طلقها ثلاثا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو
تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وبه قال الشافعي ومالك واحمد ولو اقر بوطء امته لا يلزمه
عندنا الا بالدعوى وبه قال الثوري وقال الشافعي ومالك واحمد لو اقر به بعد الاستبراء يلزمه
واجمعوا انه لا لعان في النكاح الفاسد لغيره ولو تلاعنا لا يثبت التحريم المؤبد في وجه عند الحنابلة
قذف المبانة بزنا واضافها الى حال قيام النكاح ومنها ولد يريد نفيه يلاعن ولا حد ولا لعان عند
الشافعي ومالك وعندنا يحد ولا لعان وهو قول عطاء وروي عن الحسن وعثمان البتي وهو قول ابن
عباس رضي الله عنهما ولو قذف مطلقته الرجعية يلاعن وبه قال النخعي والزهري وقتادة ومالك والشافعي
واحمد واسحق وابو عبيد والظاهرية وهو قول ابن عمر وجابر بن زيد وقال ابن عباس يحد ولا لعان وفي
جوامع الفقه قال قذفتك قبل ان اتزوجك او زنيت قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال يلاعن
وقال الشافعي ومالك يحد ولو قذفها ثم زنت او وطئت حراما لا حد ولا لعان عندنا وبه قال الشافعي ولو
فرق القاضي بعد اللعان ثم لا يباح لها بعد تفريقه عندنا وعند زفر بنفسه الايمان لا يسقط ولو ابتدا بلعان المراة
قد اخطا ولا يجب اعادته وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يجب اعادته وسقط اللعان بردتها
ولو اسلمت بعدها لا يعود وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يلاعنها حتى قذفها اجنبي بالولد يحد
الاجنبي ويثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك لانه لا يحد قاذفها الا حكم بكذبه والله اعلم بالصواب

باب العنين وغيره

ش اي هذا باب في بيان احكام العنين
ولما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق شرع في بيان احكام من به مرض لها تعلق بالنكاح

والطلاق

والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين من لا يقدر على اتيان النساء من عنّ
اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عنّ اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا يقصد وقيل سمي العنين
عنينا لان ذكره يسترخي فيعن يمينا وشمالا ولا يقصد للماتي من المراة وجمع العنين عنن وفي المصباح يقال
ولا يقال عنين بين التعنين ولا يقال بين العنة كذا في المغرب وغيره وذكر قاضي خان والمرغيناني العنين من لا
يصل الى النساء مع قيام الالة ولو كان يصل الى الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون البعض وذلك لمرض به
او ضعف في خلقته او لكبر سنه او سحر فهو عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها كذا ذكره
الاسبيجابي وقال السحر له حقيقة وتاثير عند اهل السنة وعن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس
العنين فيه فان كان عضوه يؤول الى النقصان وينزوي علم انه لا عنة فيه وان كان لا يؤول ولا ينزوي
علم انه عنين وفي المغني العنين العاجز عن الايلاج ماخوذ من عن اي اعرض وفي المحيط الة قصيرة لا
يمكنه ادخالها داخل الفرج لا حظ لها في المطالبة بالتفريق وفي الجوامع العنين من لا ينتشر ذكره وهو
كالاصبع من الجسد لا ينقبض ولا ينبسط **قوله** وغيره كالمجبوب والمقطوع اكثر ذكره والخصي **م** واذا كان
الزوج عنينا اجله الحاكم سنة **ش** اي بعد طلبها وابتداء التاجيل من وقت الخصومة يؤجل سنة
وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه والشافعي واصحابه ومالك واصحابه واحمد واصحابه
وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وسعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار وقتادة وابراهيم
النخعي وسفيان الثوري وعبد الرحمن الاوزاعي واسحق لا يؤجل وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وعن مالك
يؤجل ستة اشهر في العبد وعنه كالحر وعن ابن المسيب لو كانت حديثة العهد يؤجل خمسة اشهر وعند
عبد الله بن نوفل يؤجل عشرة اشهر **م** فان وصل اليها **ش** فلا كلام **م** والا **ش** اي وان لم يصل اليها فرق بينهما
اذا طلبت المراة ذلك **ش** اي التفريق لان الحق لها **م** وهكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم
ش اما الرواية عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاخرجه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري
عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب في العنين ان يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التاجيل من يوم
خاصمه ورواه محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة حدثنا اسمعيل بن مسلم المكي
عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امراة اتته فقالت ان زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول
ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق عمر رضي الله عنه بينهما وجعلها تطليقة بائنة واما الرواية
عن علي فاخرجها ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابو خالد الاحمر عن محمد بن اسحق عن خالد بن كثير عن الضحاك
عن علي يؤجل العنين سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما واما الرواية عن ابن مسعود رضي الله عنه فاخرجها
ابن ابي شيبة ايضا حدثنا وكيع عن سفيان عن الركين بن الربيع بن عميلة عن ابيه عن حصين بن قبيصة
عن عبد الله بن مسعود قال يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما **م** ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل
ان يكون الامتناع لعلة معترضة **ش** من رطوبة او برودة فيتداوى بما يضاده من يبوسة فكذلك **م**
ويحتمل لآفة اصلية **ش** يعني من اصل الخلقة **م** فلا بد من معرفة ذلك **ش** يعني ان الآفة اصلية او معترضة
م وقدرناها **ش** اي قدرنا مدة التاجيل **م** بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة **ش** اي لاشتمال السنة
على اربعة فصول اولها الربيع وهو ما اذا كان الشمس في الحمل والثور والجوزاء وهو حار رطب على طبيعة الهواء
والثاني الصيف وهو ما اذا كان الشمس في السرطان والاسد والسنبلة وهو حار يابس على طبيعة النار
والثالث الخريف وهو ما اذا كان الشمس في الميزان والعقرب والقوس وهو بارد يابس مثل طبيعة الارض
والرابع الشتاء وهو ما اذا كان الشمس في الجدي والدلو والحوت وهو بارد رطب مثل طبيعة الماء **م** فاذا
مضت **ش** اي السنة **م** ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب
التسريح بالاحسان فاذا امتنع **ش** عن المفارقة **م** ناب القاضي منابه ففرق بينهما **ش** دفعا للظلم لان القاضي
هو المنصف لدفع الظلم **م** ولا بد من طلبها لان التفريق حقها **ش** فاذا اختارت نفسها بعد مضي المدة
فهل يقع الفرقة من غير تفريق الحاكم ام يحتاج الى التفريق ففيه اختلاف الرواية عن اصحابنا فقال
صاحب المختلف فان اختارت نفسها بانت منه في ظاهر الرواية ثم قال وروى الحسن عن ابي حنيفة
انها اذا اختارت نفسها فرق القاضي بينهما ولا يقع الفرقة من غير تفريقه ذكره الامام الاسبيجابي ايضا
في شرح الطحاوي وقال التمرتاشي لو سال الزوج القاضي بعد السنة ان يؤجل سنة اخرى او شهرا

او اكثر لا يفعل ذلك الا برضاها فاذا رضيت ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الاجل ولو وجدته عنينا ولم تخاصم
زمانا لم يبطل حقها لان ذلك قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضى م وتلك الفرقة تطليقة بائنة ش وبه
قال مالك والثوري وقال الشافعي واحمد فسخ لانه فرقة من جهتها والقياس على الجب قاله الماوردي
من اصحابه ولنا الفرقة من جهته م لان فعل القاضي اضيف اليه ش اي الى الزوج لامتناعه عن
الامساك بالمعروف والفرقة بالطلاق مشروعة بكتاب الله والاجماع والفسخ مختلف فيه فالعمل
بالمجمع اولى ولا يستقيم قياسه على الجب لان الجب كالعنة فيكون قياس المختلف على المختلف م فكانه
طلقها بنفسه ش اي فكان الزوج طلقها بنفسه لاضافة فعل القاضي اليه م وقال الشافعي هو فسخ ش اي
تفريق القاضي بينهما فسخ للنكاح وقد ذكرناه م لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا ش يعني بعد تمام العقد
اما قبل تمام العقد فيقبل ذلك كما في خيار البلوغ وخيار العتاقة لان ذلك امتناع من تمام العقد م وانما
يقع ش اي الفرقة م بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها ش اي الا بالبائنة م لانها
اي لان الفرقة م لو لم تكن بائنة تكون معلقة بالمراجعة ش وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة
الاول فلفات المقصود وهو الوطء من فرقة العنين م ولها كمال مهرها ان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة
ش [illegible] لانه لو لم يخل بها يلزم المهر وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء من المهر ولا المتعة لانه فسخ
ويجب العدة ش بالاجماع م لما بينا من قبل ش يعني في باب المهر هذا ش اي تأجيل العنين سنة والتفريق
بعد السنة م اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ش يعني كان مقرا بها في الابتداء م ولو اختلف الزوجان في الوصول
اليها ش فقال الزوج وصلت وقالت المرأة لم يصل الي م فان كانت ش المرأة م ثيبا فالقول قوله مع يمينه
لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ش اي السلامة الالة في اصل الخلقة
وقال زفر ان لي القول قولها م ثم ان حلف بطل حقها ش ولا يبقى لها خيار م وان نكل ش عن اليمين
م يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي
ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ش ويجبر المرأة بعد ذلك والواحدة في النظر
تكفي والاثنتان احوط وفي البدائع اوثق وفي الاسبيجابي افضل ثم كيف تعرف انها بكر او لا قالوا
تدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخلت بلا عنف فهي ثيب والا فبكر وقيل ان
امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وفي شرح الطحاوي اذا وقع الشك للنساء في امرها
يفعل ذلك وعن احمد في الثيب يقال له اخرج المني فان خرج وقالت ليس بمني يجعل بالنار فان
ذاب فانه مني لانه يشبه بياض البيض وهو يتغير بالنار فان صدق على انه مني يخرج به
عن العنة لان الغالب عدم خروج مني العنين م وان كان مجبوبا ش اي وان كان الزوج مجبوبا
وهو الذي استوصل ذكره وخصيتاه من الجب وهو القطع م فرق بينهما في الحال ان طلبت المرأة لانه
لا فائدة في التأجيل ش لانه لا يرجى منه الوصول م والخصي ش من خصيت الفحل خصاء ممدود اذا
سللت خصيته والجمع خصيان وخصية م يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو ش فكان
حكمه حكم العنين م واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها نظر اليها النساء فان قلن هي بكر
خيرت ش اي خيرها القاضي بعد يمينها فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما هكذا ذكر محمد
في الاصل وفي المنتقى لو اختارت نفسها بانت منه فعلى هذه الرواية [illegible] القاضي هو توقع الفرقة
م لان شهادتهن ش اي شهادة النساء م تايدت ش اي تقوت م بمؤيدة ش على وزن اسم الفاعل
وهي البكارة ش اي المؤيدة لشهادتهن هي البكارة اذ البكارة هي الاصل م وان قلن هي ثيب حلف
الزوج فان نكل ش اي عن اليمين م خيرت لتأيدها بالنكول ش اي لتأيد دعوى المرأة بنكول
الزوج م وان اختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان
تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يترتب بالمجلس فهذا مثله فان اختارت
نفسها في المجلس يأمر الزوج بالتفريق فان ابى فرق القاضي م وان حلف لا تخير ش لبطلان حقها م وان
كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه ش يعني فيما مضى وهو قوله فالقول قوله
مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة م فان اختارت نفسها
لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

اطلق

اطلق محمد في الاصل ولم يقيده بالقمرية ولا بالشمسية قال في شرح الطحاوي وتعتبر سنة قمرية
بالاهلة في ظاهر الرواية وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه تعتبر سنة شمسية وهي تزيد
على القمرية بايام وذهب السرخسي في شرح الكافي الى رواية الحسن اخذا بالاحتياط وقال الولوالجي في
فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية هو الصحيح لان المنطوق هو السنة والسنة تنصرف الى
القمرية مطلقا وهي اقل من الشمسية باحد عشر يوما وذكر الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون
يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما م
ويحتسب ش اي المدة م بايام الحيض وشهر رمضان ش يعني لا تعوض عن ايام الحيض وشهر رمضان
الواقعة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل سنة ولم يستثنوا
منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها م لوجود ذلك في السنة ش اي لوجود
ما ذكر من ايام الحيض وشهر رمضان في السنة م ولا يحتسب بمرضه ومرضها ش اي لا يحتسب المدة
بسبب مرضه ومرضها م لان السنة قد تخلو عنه ش اي عن المرض يعني لا يكون زمان المرض محسوبا
من مدة التأجيل فلعل [illegible] المرض او كثيرا بل يعوض [illegible] ايام اخر وعن ابي يوسف اذا مرض احدهما
مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب عليه وفي
البدائع روى ابن سماعة عن ابي يوسف ان صح في السنة يوما او يومين احتسب عليه وفي رواية عنه
ان ما دون الشهر لا يحتسب وفي رواية عنه ان مدة الكثير السنة وفي رواية عنه اكثر السنة
وعن محمد رحمه الله لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه وعليه الفتوى وعن ابي يوسف لو حجت
او هربت او غابت لا يحتسب على الزوج لانه من جهتها ولو حج هو او غاب احتسب عليه ولو حبس
وامتنعت من المجيء الى السجن لم يحتسب عليه مدة الحبس وكذا لو حبسه القاضي بمهرها ولم تحضره وان لم
تمتنع وكان في الحبس موضع خلوة احتسب عليه وان لم يمكن وطؤها فيه لم يحتسب قال محمد ان كان
محرما يؤجل بعد احرامه ولو ادعت وهو مظاهر تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق
وان كان عاجزا عنه امهله شهرين لعدم القدرة على الجماع فيهما ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت ولم
يزد على المدة م وان كان بالزوجة عيب ش اي عيب كان م فلا خيار للزوج ش وبه قال عطاء والنخعي وعمر
ابن عبد العزيز وابو قلابة وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري وابو سليمان الخطابي وداود الظاهري وفي
المبسوط وهو مذهب علي وابن مسعود م وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهو الجذام ش
وهو علة رديئة تحدث من انتشار المرة السوداء م والبرص ش وهو بياض يظهر في ظاهر البدن ويكون في
بعض الاعضاء وربما كان في سائر الاعضاء حتى يصير لون البدن كله ابيض وسببه سوء مزاج العضو الى
البرودة وغلبة البلغم م والجنون [illegible] والعفل م والرتق ش بفتح التاء المثناة من فوق وهو مصدر
كقولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها بان لا يكون لها خرق سوى المبال م والقرن ش بسكون
الراء وهو مانع يمنع سلوك الذكر في الفرج من عظم وغيره م لانها ش اي لان هذه العيوب م تمنع الاستيفاء
حسا ش اي من حيث الحس في القرن والرتق م او طبعا ش اي من حيث الطبع في الجذام والبرص و
والجنون لان الطباع السليمة [illegible] في جماع هؤلاء وربما يسري الى الاولاد م والطبع مؤيد بالشرع ش
اي منع الاستيفاء من حيث الطبع مؤيد بالشرع وورد فيه الامتناع منه اشار اليه بقوله م قال
عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ش هذا الحديث اخرجه البخاري تعليقا عن سعيد بن مينا
عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا
صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد او من الاسود وقال الكاكي ناقلا عن ابن حزم هذا الحديث
غير صحيح فانه لا يجب على احد ان يفر من المجذوم ويجوز الجلوس عنده ويثاب على تمريضه وخدمته
والقيام بمصالحه ولهذا لو حدث ذلك بعد سنين لا يفسخ النكاح قال قلت استدل الشافعي
ايضا بان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضا فردها وقال
دلستم علي قلت اجاب الاترازي عن هذا بان المراد برد النبي عليه السلام هو الرد بالطلاق
وقال الكاكي هو رواية جميل بن زيد عن زيد بن كعب بن عجرة وهو متروك وزيد مجهول لا يعلم
لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد فان قيل روي عن عمر رضي الله عنه الرد بالجنون والجذام او البرص قال

استيفاء

الكاكي هذه رواية مكذوبة من طريق عبد الله بن حبيب وهو هالك وقال الكاكي الاترازي معناه الرد بالطلاق م ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى ش اي فوت الاستيفاء بالكلية بموت احد الزوجين لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شي من المهر فوله فاختلاله اي فاختلال الاستيفاء بهذه العيوب المذكورة اولى ان لا يوجب الفسخ لان الاستيفاء هنا ثابت ومعهود الفسل حصل غير انها توجب نفرة طبيعية وذا لا يوجب الرد كالبخر والقروح الفاحشة فيما قاله المصنف ضعف لان النكاح موقت حيا تهما م وهذا ش اي كون هذه العيوب لا يوجب الفسخ م لان الاستيفاء ش اي الوطي م من الثمرات ش اي من ثمرات النكاح وفوات الثمرة لا يوثر في عقد الا ترى انه لو ان السنوف لبخر او دفر او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ فيهما م والمستحق التمكن ش اي المستحق بالعقد هو التمكن من الوطي م وهو ش اي التمكن من الوطي حاصل ش في جميع الصور اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الرتق والقرن فبالفتق والشق ولا يرد الفسخ بعدم الكفاءة وخيار البلوغ لان ذلك فسخ قبل تمام العقد وذلك امتناع من اتمام العقد وكذلك الفسخ بخيار العتاقة لان ذلك امتناع عن ازدياد الملك عليها قبل التمام والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الا ترى انه لا يقبل الفسخ بالاقالة فلا ينفسخ بتلك العيوب كما لا ينفسخ بالعيوب الاخر من الزمانة والجرب والبخر والدفر والنمش والشلل وقال ابن حزم في المحلى اما الكوفيون والشافعيون فقد خصوا الرد بالعيوب المذكورة فبطل قياسهم بالبيع وكيف تشبه النكاح البيع والبيع خلافه فانه ينقل ملك الرقبة ولا ينقل في النكاح والنكاح يصح من غير ذكر بدل والبيع لا يصح وقالوا الا طبا النفس يجامع برصا ولا مجذومة ولا يقدر على جماع الرتقاء والقرنا واما من وجهها للوطي ولما طيب النفس على الجماع بغير شرط فان العجوز الشوها والعمياء البكماء عمرها مائة سنة او مريضة بالدق والسل لا ابرا منه عند الاطبا تجوز وهذا اما لا شك فيه لاحد من العقلا لان النكاح لما امر الله تعالى فهو الامساك بالمعروف او تسريح باحسان ولو بات نص صحيح فيما قالوا الموقوف عنده م واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد م دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة ش اي كما كان لها الخيار في الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه م بخلاف جانبه ش اي جانب الزوج م لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ش لان بالطلاق تندفع الضرر عنه م ولهما ش اي لابي حنيفة وابي يوسف م ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج ش من رفع النكاح م وانما يثبت ش الخيار م في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح ش اي بالمقصود الذي شرع النكاح لاجله وذلك المقصود هو الوطي لان شرع النكاح لاجل الوطي م وهذه العيوب غير مخلة به ش اي بالوطي م فافترقا ش اي افترق المعتبر وهو الجنون والجذام والبرص والمقيس عليه وهو الجب والعنة فان قيل جعل المصنف الوطي فيما اذا كان بالمراة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسالة الجب والعنة جعل المقصود المشروع له النكاح ويلزم في ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون ذلك باعتبار الموضعين وهو تحكم اجيب بان هذا السوال نشا من تفسير المشروع له النكاح بالوطي وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة م والله اعلم بالصواب

باب العدة

ش اي هذا باب في بيان احكام العدة ولما كان اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها به لان وجوب المفروض في باب على حده لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المراة وفي الشرع تربص يلزم المراة عند زوال ملك المتعة متاكدا بالدخول او الخلوة او الموت وقيل هي عبارة عن تربص المراة بعد زوال النكاح او شبهته ويقال عددت الشي اعده اي احصيته قال تعالى واحصوا العدة والعدة بالضم الاستعداد والتهيا للامر والعدة ايضا ما اعددته لحوادث الدهر من المال والسلاح والعدة بالفتح اسم للمراة من العدد وفي المنافع العدة بمعنى المعدود وسمي زمان التربص بها لانها تعد الايام المضروبة عليها في الشرع وسبب العدة النكاح جعلها على ثلاثة قروء وهي عدة الحرة متاكدا بالدخول او بالموت وركنها حرمات ثابتة

الى اجال وهي تكون بشهور وحيض ووضع حمل وشرطها الفرقة بطلاق وغيره وحكمها عدم جواز التزوج واحدها وارنع سواها وبالجرى مجراها ومحظوراتها كالزينة والتطيب في البائنة والخروج عن البيت عموما والعدة على اربعة عشر عدة ثلاثة قروء وهي عدة الحرة المطلقة ذات الحيض وعدة بقرئين وهي عدة الامة المطلقة اذا كانت من ذوات الحيض وعدة بثلاثة اشهر وهي عدة الحرة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت او كبيرة وعدة بشهر ونصف وهي عدة الامة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت او كبيرة وعدة باربعة اشهر وعشرة ايام وهي عدة المتوفى عنها زوجها وعدة بشهرين وخمسة ايام وهي عدة الامة المتوفى عنها زوجها وعدة بثلاث حيض واربعة اشهر وعشر وهي تتصور في اربعة مواضع فيمن طلق زوجته الحرة طلاقا بائنا وهو مريض ثم مات في عدتها ترث منه او كانت له امراتان او ثلاث او اربع فقال احدكن طالق ثم مات قبل البيان يجب على كل واحدة منهن اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض او ام ولد لرجل هي منكوحة الاخر فمات المولى والزوج وبين موتهما شهران وخمسة ايام ولا نعلم ايهما مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض وان لم يعلم ان بين موتهما كم كان ولا من مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر وتستكمل فيها ثلاث حيض عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة عدتها اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها وكذلك ان علم ان بين موتهما اقل من شهرين وخمسة ايام فعدتها اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها بلا خلاف وان مات المولى اولا وهي تحت زوج او في عدة منه من طلاق رجعي ثم مات الزوج تعتد بار بعة اشهر وعشر وان كانت العدة من طلاق بائن لا يلزمها عدة الوفاة وعدة بوضع الحمل وهي عدة الطلاق والوفاة والعتاق بوضع الحمل اذا كانت حاملا فان بقي الحمل الى سنتين من يوم طلقها تثبت نسبه وتنقضي العدة بوضع الحمل وان جاءت به لاكثر من سنتين من يوم لا يثبت نسبه ويحكم بانقضاء عدتها بعد ستة اشهر ويسترد نفقتها ان كانت قبضتها في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تنقضي عدتها بوضع الحمل وان لم يثبت نسبه وعدة الى ستين سنة وصورته ان ينقطع حيضها بعد الطلاق تصبر الى ان تصير سنها ستين سنة ثم تعتد ثلاثة اشهر ثم تتزوج وكذلك لو اعتدت بقرء ثم انقطع الحيض تصبر الى ان يصير سنها ستين سنة ثم تعتد ثلاثة اشهر وان كانت عادة امهاتها واخواتها انقطاع الحيض قبل ستين سنة يؤخذ بعادتهن وان كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لا يؤخذ بذلك ويوخذ بستين وعدة الى شهرين وتسعة وعشرين يوما وثلاث حيض بعدها وهي عدة صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت فما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها او كانت ايسة فاعتدت ثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت فما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها وعدة بجميع العمر وهي عدة امراة المفقود ما لم يمت اقرانه زوجها لا يرتفع النكاح قال بعضهم الى مائة سنة وقال بعضهم الى مائة وعشرين سنة وعدة ثلاث حيض الا يوما واربعة اشهر وعشر بعده صورته طلق رجل امراته طلاقا رجعيا فاعتدت ثلاث حيض الا يوما فمات الزوج يلزمها اربعة اشهر وعشر وعدة بقرئين الا يوما وشهرين وخمسة ايام صورته طلق رجل امراته الامة رجعيا فاعتدت بقرئين الا يوما فمات زوجها يلزمها شهران وخمسة ايام وعدة ثلاث حيض في الحياة والوفاة صورته رجل اعتق ام ولده او مات عنها او وطئ امراة في نكاح فاسد او شبهة عقد ففرق بينهما او مات عنها تعتد عنه ثلاثة اقراء ان لم تيأس ام الولد او الموطوءة في نكاح فاسد او شبهة عقد من صغيرة او كبيرة فتعتد بثلاثة اشهر في الوفاة والحياة جميعا كذا ذكره ابو الليث في خزانة الفقه م واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا ش قال الكاكي لم يذكر في بعض النسخ او رجعيا ولا بد من ذكره وقال الاترازي لم يذكر قوله او رجعيا في هذا الموضع في اكثر النسخ لان الطلاق الرجعي من حكمه ومفرداته في باب الرجعة م او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ش وهي الفرقة بخيار البلوغ والعتاق وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد والردة م وهي حرة ش اي والحال ان المراة حرة كانت م ممن تحيض فعدتها ش مبتدأ وقوله م ثلاثة اقراء ش خبره والجملة جواب قوله اذا ولم يذكر الدخول في الطلاق بناء على الاصل اذ الاصل في النكاح الدخول لان العدة تجب بعد الدخول وهو المشهور لان العدة لا تجب على غير المدخول بها بالنص م لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ش المراد بهن المدخولات بهن من ذوات الحيض وهو خبر في معنى الامر واصله الكلام وليتربص المطلقات قال الكوفيون لام الامر محذوف فاستغني عن ذكره واخراج الامر في صورة الخبر تاكيد للامر واشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالمسارعة

الى امثاله ونحوه قوله في الدعاء رحمك الله اخرج في صورة الخبر ثقة بالاستجابة كانما وجدت
الرحمة فهو يخبر عنها وبناؤه على المبتدأ يدل على زيادة التأكيد ولو قيل تربص المطلقات لم يكن بذلك
التأكيد لان الجملة الاسمية تدل على الدوام والثبات بخلاف الفعلية وفي ذكر الانفس تهييج
لهن على التربص وزيادة البعث لان انفسهن طوامح الى الرجال فامرن ان يقمعن انفسهن ويغلبنها
على الطموح ويجبرنها على التربص وانتصب ثلاثة على الظرف اي يتربصن مدة ثلاثة قروء وجاء المميز
على جمع الكثرة دون القلة التي هي الاقراء لجواز استعمال احد الجمعين مكان الآخر لاشتراكهما في
الجمعية ولعل القروء اكثر في جمع قرء من الاقراء فاوثر عليه تنزيلا لقليل الاستعمال بمنزلة المهمل م
والفرقة اذا كانت بغير الطلاق ش كما مر عن قريب بيان الفرقة بغير الطلاق م فهي في معنى الطلاق لان العدة
وجبت للتعرف عن براءة الرحم ش حتى لا تشتبه الانساب م في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا ش
المعنى م يتحقق فيها ش اي في الفرقة بغير طلاق لكن هذا فيما اذا كانت المرأة مدخولة لان غير المدخولة لا
عدة عليها سواء كانت الفرقة بطلاق او غير طلاق والخلوة جعلت كالدخول فاسدة كانت او صحيحة في
حق العدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل م والاقراء الحيض عندنا ش وهو قول الخلفاء الاربعة
والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي
موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي معبدا الجهني وعبد الله بن قيس رضي الله عنهم وهو قول
طاوس وعطاء وابن المسيب وسعيد بن جبير والحسن ابن حي وشريك بن عبد الله القاضي والحسن البصري
والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وابي عبيدة وربيعة ومجاهد ومقاتل وقتادة والضحاك وعكرمة
والسدي واسحق واحمد واصحاب الظاهر وقال احمد كنت اقول الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر
وقال ابو بكر الرازي واليه انتهت رياسة الحنفية ببغداد بعد ابي الحسن الكرخي ان الشعبي روى
عن ثلاثة عشر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرجل احق بامرأته ما لم تغتسل من
الحيضة الثالثة م وعند الشافعي رحمه الله الاطهار ش اي عند الشافعي الاقراء الاطهار وبه قال
مالك ويروى ذلك عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وثمرة الخلاف فيما اذا طلقها في
الطهر لا تنقضي عدتها ما لم تطهر من الحيضة الثالثة عندنا وعنده تطهر كما ترى قطرة من الدم من الحيضة
الثالثة يعني اذا شرعت في الحيضة الثالثة م واللفظ ش اي لفظ القرء م حقيقة فيهما ش اي في
الطهر والحيض م اذ هو ش اي لفظ القرء م من الاضداد ش جاء بمعنى الحيض والطهر جميعا م كذا قاله
ابن السكيت ش وغيره من اهل اللغة وقال الجوهري هو من الاضداد كالجون للطهر والنور والظلمة
والليل والنهار م ولا ينتظمهما ش اي ولا يشتمل الضدين م جملة للاشتراك ش لانه لا عموم
للمشترك من الاضداد بالاجماع ولانه وقع الاختلاف في المراد من الاية في الصحابة وما
حمله احد عليهما فخالف محل الاجماع في انه لا ينتظمهما وقال الاكمل ولا يبعد ان يكون غرض
المصنف بكونه من الاضداد الاشارة الى نفي قول من قال انه مجاز في احدهما لانه لا بد
للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها فلما كان الامر كذلك اشار بقوله ش
يعني القروء المذكور في الاية لانه جمع قرء بفتح القاف كذا قال الجوهري وجمعه اقراء
وقروء وكذا قال العيني بفتح القاف وروي بضم القاف ايضا قاله الزمخشري
ووجه العمل بلفظ الجمع ان اقل الجمع ثلاثة ولا يتحقق ذلك الا اذا حملناه على الحيض
لا على الطهر م لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا ش بيانه ان اقل
الجمع ثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان السنة في الطلاق ان يوقع
في الطهر ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة العدة قرئين
وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على
الانفراد وهو لا يحتمل النقصان فان قلت الجمع يطلق على اثنين وبعض الثالث كما في قوله
عز وجل الحج اشهر معلومات والمراد شهران وبعض الثالث قلت ذاك بطريق المجاز ثبت
على خلاف الاصل بالاجماع فلا يقاس عليه غيره مع ان ذلك انما يستقيم في جمع غير مقرون
بالعدد واما الثلاثة فهو لفظ خاص لعدد معلوم فلا يحتمل غيره واشار الى المعنى الثاني

بقوله م او لانه ش اي او لان الحيض م معرف لبراءة الرحم ش اذ تعرف براءة الرحم بحصول الحيض لا
بالطهر لما ان الحمل والطهر ممكن اجتماعهما فلا يحصل التعريف الا بها اذا كانت حاملا م وهو المقصود ش
اي التعريف هو المقصود واشار الى المعنى الثالث بقوله م او لقوله عليه السلام ش اي او لقول
النبي صلى الله عليه وسلم م وعدة الامة حيضتان ش هذا الحديث قد مضى في كتاب الطلاق قبل
باب ايقاع الطلاق باربعة اسطر ومضى الكلام فيه هناك والحاصل ان المصنف استدل
به على ان القرء اسم للحيض لان الرق انما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض م
فيلتحق ش اي هذا الحديث م بيانا به ش اي من حيث البيان لانه وان كان خبر الواحد وان كان لا يصلح
الزيادة به على كتاب الله تعالى يصلح بيانا لما فيه من الاجمال او الاشتراك فكان قوله عليه السلام
وعدتها حيضتان بيانا للمشترك في قوله تعالى ثلاثة قروء فكانت الحيض هي المرادة م وان كانت
لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر ش لان ثلاثة اشهر تقوم مقام ثلاث حيض في التي لا تحيض
وهذا بالاجماع م لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الاية ش اي اقرأ الاية وهي قوله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن والمعنى واللائي
لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر لكن حذف لدلالة الاول عليه وقوله ان ارتبتم تشككتم في دم
البالغات مبلغ اليأس اهو دم الحيض ام دم الاستحاضة فاذا كانت عدة المرتاب بها هذه
فغيرها اولى وروى البخاري عن مجاهد قال ان لم تعلموا اتحيض او لا تحيض واختلفوا في حد
الاياس ففي الفتاوى الصغرى حد الاياس غير مقدر بشيء وفي رواية مقدر فاذا رأت بعد ذلك
دما هل يكون حيضا فعلى رواية عدم التقدير يكون حيضا وعلى رواية التقدير لا يكون حيضا
فعلى رواية التقدير اختلفت الروايات فقال محمد في الروميات خمس وخمسون سنة وفي المولدات
ستون سنة لان الروميات اسرع تكسرا وعن ابي حنيفة من خمس وخمسين الى ستين وقال
محمد بن مقاتل الرازي خمسون سنة وهكذا روي عن عائشة رضي الله عنها وهكذا قال عبد الله بن
المبارك وسفيان الثوري وقال الكاكي روي عن عائشة انها قالت اذا بلغت المرأة خمسين سنة
لا ترى قرة عين اي لا تلد وهي رواية الحسن وعليه الفتوى وقيل يعتبر بتركيب بدنها فانها
تختلف بالسمن والهزال وقيل لا تلد لستين الا قرشية وقال الصفار سبعون سنة فاذا رأت
بعد ذلك دما لا يكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيرة وعلى رواية عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر
ثم رأت الدم لا يبطل الاشهر وهو المختار عندنا ذكره الاسبيجابي م وكذا التي بلغت بالسن
ش اي وكذا ثلاثة اشهر عدة المرأة التي بلغت بالسن بخمس عشرة سنة على قول ابي يوسف ومحمد وبسبع
عشرة سنة على قول ابي حنيفة م ولم تحض ش اي والحال انها لم تحض م بآخر الاية ش وهو قوله تعالى
واللائي لم يحضن لانها داخلة فيه لانها لم تحض بعد قال في تتمة الفتاوى واختلف مشايخنا في
وجوب العدة على الصغيرة واكثرهم لا يطلقون لفظ وجوب العدة لانها غير مخاطبة لكن ينبغي ان
يقال تعتد وقال في المبسوط السرخسي قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن
الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها
لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها م وان كانت حاملا ش اي وان كانت المطلقة حاملا م فعدتها
ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ش ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو كان
الحمل من النكاح الفاسد او الوطء بالشبهة والحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان خلقه وان
لم يستبن خلقه ادمي لم تنقض به العدة كالنطفة م وان كانت امة ش اي وان كانت المطلقة
امة م فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م طلاق الامة
تطليقتان وعدتها حيضتان ش هذا الحديث قد مر في كتاب الطلاق في اواخر الفصل الذي فيه
ومر الكلام فيه مستوفى م ولان الرق منصف ش بدليل قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب م والحيضة لا تتجزى فكملت ش اي الحيضة م فصارت حيضتين ش وذلك لان التنصيف
متعذر لان الدم تارة يدر وتارة ينقطع وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك قرآن وهما طهران
وكذا لو كانت مدبرة او مكاتبة او ام ولد لان الطلاق والحديث كانا قبل النص الوارد في المطلقات عام

وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس ولهذا قال ابو بكر الاصم وابن سيرين والظاهرية
عدتها ثلاثة اشهر كعدة الحرائر اجيب بان هذا مشهور عمل به كبار الصحابة والتابعين وتلقته
الائمة بالقبول فدخل في حديث المشاهير م واليه اشار عمر رضي الله عنه ش اي الى عدم تجزي
الحيضة اشار عمر بن الخطاب م بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا ش اول قوله عدة
الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها اي لجعلت عدة الامة حيضة واحدة ونصف حيضة
ولكن جعلها حيضتين كاملتين لعدم الاستطاعة على تجزي الحيضة لانها خلقت [illegible]
واثر عمر هذا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن عمرو بن دينار انه سمع عمرو بن اوس
الثقفي يقول اخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول لو استطعت
ان اجعل عدة الامة حيضة ونصف فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر رضي الله
ورواه الشافعي في مسنده وابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار
ومن طريق الشافعي رحمه الله رواه البيهقي في كتاب المعرفة م وان كانت ش اي الامة المطلقة
لا تحيض من صغر او كبر ش فعدتها شهر ونصف م لانه ش اي لان الشهر م يتجزى فامكن تنصيفه
ش فصير عدتها شهرا ونصفا م عملا بالرق ش اي من حيث العمل بمقتضى الرق لانه منصف لذوات
الاعداد كالجلدات في الحدود وذكر في المدبرة والمكاتبة والمستسعاة على قول ابي حنيفة ان
كانت ممن لا تحيض شهر ونصف وفي شرح الاقطع هذا احد اقوال الشافعي وفي قول اخر شهران وفي
قول اخر ثلاثة اشهر م وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر ش اي عدة المراة الحرة التي مات
عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام سواء كانت ممن تحيض او ممن لا تحيض مسلمة كانت او كتابية صغيرة
كانت او كبيرة مدخولا بها او غير مدخول بها ايسة كانت او غير ايسة وزوجها حر او عبد م لقوله
تعالى ويذرون ازواجا يتربصن باربعة اشهر وعشرا ش اول الاية والذين يتوفون منكم ويذرون
اي يتركون اي يموتون عن ازواج وذكر الازواج مطلقا فدل على ان هذه العدة لا تجب الا بنكاح
صحيح لان الزوجية المطلقة لا تحصل الا بعد صحة النكاح وقال مالك يشترط معها حيضة في الموطوءة
ثم ان الحامل تحيض عنده وخالفه اشهب واختلف قول مالك في الكتابية على قول تستبرأ بحيضة
ان كانت موطوءة والا لا عدة عليها لانها غير مخاطبة بشرائع الاسلام وعلى قول تستبرأ بحيضة ان
كانت موطوءة والا لا عدة عليها لا في الطلاق ولا في الوفاة واختلف السلف في عدة المتوفى عنها
زوجها في اربعة فصول الاول ان منهم من قال عليها عدتان الطولى وهو الحول والقصرى وهي اربعة
اشهر وعشر فالحول عزيمة والاقصر رخصة استدلالا بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فان خرجن اي بعد اربعة اشهر وعشر فلا
جناح وفيه بيان ان العدة الكاملة هي الحول والاكتفاء باربعة اشهر وعشر رخصة لها وجواب
عامة اهل العلم ان هذه الاية منسوخة وكان ذلك في الابتداء ثم نسخ بقوله يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا وقال ابو بكر الرازي قد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة لقوله تعالى
والذين يتوفون منكم الاية فحكم فيها بثلاثة اشياء احدها ايجاب العدة سنة والاخر نفقتها في
الحول في مال الزوج والثالث منع الخروج فنسخ منها ما عدا الاربعة اشهر والعشر ونسخ وجوب
نفقتها في مال الزوج بما جعل لها من الربع والثمن في ماله وبقي منع الخروج في الاربعة الاشهر
والعشر الفصل الثاني ان المعتبر عشر ليال وعشرة ايام عند الجمهور وقال عبد الله بن عمرو
بن العاص عشر ليال وتسعة ايام وقال الاوزاعي حتى يجوز لها ان تتزوج في اليوم العاشر الفصل
الثالث ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها وضع الحمل عند الاكثر وعند علي رضي الله عنه
تعتد بابعد الاجلين كما يجيء الفصل الرابع ان عدتها معتبرة من وقت الوفاة عند الاكثر
وكان علي رضي الله عنه يقول من وقت العلم بالموت م وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق
منصف ش لان الشهور قابلة للتنصيف فتنصف عدتها وعليه الائمة الاربعة والجمهور من السلف
الا ما نقل عن ابن سيرين والاصم والظاهرية وقد ذكرناه ولهذا الحكم في المدبرة والمكاتبة
وام الولد والمستسعاة على قول ابي حنيفة اما اذا مات مولى ام الولد فعدتها ثلاث حيض وثلاثة

اشهر على ما يجيء ان شاء الله تعالى م وان كانت حاملا ش يعني وان كانت المتوفى عنها زوجها حاملا م فعدتها
ان تضع حملها ش سواء كانت حرة او امة او ام ولد او مطلقة او بعد الفسخ من النكاح الفاسد او الوطء
بالشبهة م لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ش وعليه فقهاء الامصار
واكثر السلف وعن علي وابن عباس رضي الله عنهم في رواية تعتد المتوفى عنها زوجها بابعد الاجلين
فتتربص اربعة اشهر وعشرا فيها ثلاث حيض حتى لو حاضت ثلاث حيض في اثنائها [illegible]
ولم تتم اربعة اشهر وعشر لا تنقضي العدة حتى تتم الاربعة ولو تمت الاربعة ولم تحض لا تنقضي حتى
تحيض ثلاث حيض ذكره قاضي خان في فتاويه م وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء
القصرى نزلت بعد الاية التي في سورة البقرة ش اراد هذا عن ابن مسعود اشارة الى ان قوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن متاخر عن قوله تعالى يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال قوله
باهلته من المباهلة اي الملاعنة من البهل وهو اللعن يقال عليه بهلة الله بفتح الباء وضمها اي لعنة الله
وتباهل القوم وابتهلوا اذا تلاعنوا وكانوا يقولون اذا اختلفوا في شيء بهلة الله على الكاذب منا قالوا
هي مشروعة في زماننا ايضا واراد بسورة النساء القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء وهي بعد سورة
التغابن واما سورة النساء الطولى فهي بعد ال عمران وهي قوله تعالى يا ايها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم
من نفس واحدة الى اخر السورة واراد بالتي في سورة البقرة الاية التي فيها وهي قوله تعالى والذين يتوفون
منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يعني ان قوله تعالى واولات الاحمال
في سورة النساء القصرى هو اخر الايتين نزولا فنسخ لقوله تعالى اربعة اشهر وعشرا في حق عدة
الحامل وقاضية عليه وقال الاترازي وروى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود انه قال
من شاء باهلته الى اخره قلت هذا اخرجه البخاري في تفسير سورة الطلاق وفي اوائل سورة البقرة
عنه قال اتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال الاترازي ايضا وروي في السنن مسندا الى
مسروق عن عبد الله بن مسعود قال من شاء لاعنته لانزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة
الاشهر وعشرا انتهى قلت هذا اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجه واخرجه البزار في مسنده
عن علقمة عنه بلفظ من شاء خالفته ان واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد اية المتوفى
فاذا وضعت المتوفى عنها حملها فقد حلت وقرا والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا الاية
وروى الترمذي مسندا الى ابراهيم عن الاسود عن ابي السنابل بن بعكك قال وضعت سبيعة
بعد وفاة زوجها بثلاثة وعشرين او خمسة وعشرين يوما فلما تعلت تشوفت للنكاح فانكر ذلك عليها
فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ان تفعل فقد حل اجلها قال ابو عيسى حديث ابي السنابل
حديث مشهور والعمل على هذا الحديث عند اكثر اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم
وهو قول سفيان ومالك والشافعي واحمد واسحق وقال بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه
وسلم تعتد اخر الاجلين والقول الاول اصح انتهى قلت اسم ابي السنابل عمرو وقيل حبة من المؤلفة
قلوبهم وسبيعة مصغر سبعة ابنة الحارث الاسلمية واسم زوجها سعد بن خولة مات بمكة فولدت
بعده بنصف شهر م وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها
وحل لها ان تتزوج ش هذا رواه مالك في موطاه عن نافع عن ابن عمر انه سئل عن المراة التي توفي عنها
زوجها وهي حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فاخبره رجل من الانصار ان عمر رضي الله عنه
قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد لحلت وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وعبد
الرزاق في مصنفه والسرير التخت والمراد منه الذي يحمل عليه الميت م واذا ورثت المطلقة
في المرض فعدتها ابعد الاجلين ش اراد به امراة الفار يعني المريض مرض الموت اذا طلق امراته
ثلاثا او واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة ترث باتفاق اصحابنا وفي العدة اختلاف بينهم
اشار اليه بقوله م وهذا ش اي كون عدتها ابعد الاجلين م عند ابي حنيفة ومحمد ش واراد بقوله
بابعد الاجلين ان الاجلين اللذين هما ثلاث حيض واربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعد فتاخذ
بذلك احتياطا حتى لو ابانها ثم مات بعد شهر فتم اربعة اشهر وعشرة ايام بعد الموت وما حاضت

في هذه المدة الا حيضة فعليها حيضتان اخريان م وقال ابو يوسف ثلاث حيض ش يعني اذا ارتد
ثلاث حيض ولم تتم لعدة اربعة اشهر وعشرة ايام تنقضي عدتها م ومعناه ش اي معنى الخلاف
ابعد الاجلين فيهما م اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثا اما اذا كان ش اي الطلاق م رجعيا فعليها عدة الوفاة
ش لعدم انقطاع النكاح م لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ش لا بالوفاة م
ولزمها ثلاث حيض ش وهي عدة الطلاق م وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة ش فلا يلزمها
عدة الوفاة وبه قال الشافعي ومالك وابو ثور وابو عبيد م الا انه بقي في حق الارث ش هذا
جواب عما يقال لو كان كذلك لما بقي في حق الارث واجاب بقوله الا انه ش اي ان النكاح بقي
في حق الارث بالدليل الدال على بقائه بسبب الفرار م لا في حق تغيير العدة ش اي لم يبق في حق
تغيير العدة م بخلاف الرجعي ش اي بخلاف الطلاق الرجعي م لان النكاح باق من كل وجه ش لانه
لا ينقطع بالرجعي ولهذا اذا مات المرتد او قتل ترثه امراته المسلمة ومع هذا لا يلزمها عدة الوفاة
لان النكاح انقطع بالردة لا بالموت م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م انه ش اي النكاح م لما بقي
في حق الارث جعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ش اي بين العدتين لانها مبانة حقيقة
متوفى عنها زوجها حكما م ولو قتل على ردته حتى ورثته امراته يعني مستندا الى استحقاقها الميراث
الى وقت الردة لان المسلم لا يرث الكافر وهي جواب عما استدل به ابو يوسف فقال الا ترى ان المرتد
اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح
كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح هنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقرير ان ذلك ايضا على
هذا الاختلاف يعني تعتد بابعد الاجلين وهي معنى قوله م فعدتها على الاختلاف ش المذكور م وقيل
عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلم لا يرث من
الكافر م فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح
من كل وجه ش صورته الامة المنكوحة طلقها زوجها رجعيا ثم اعتقها مولاها في عدتها تحولت
عدتها الى عدة الحرائر من وقت الطلاق فعليها ان تعتد بثلاث حيض ان كانت ممن تحيض وبثلاثة
اشهر ان كانت ممن لا تحيض م وان اعتقت وهي مبتوتة ش اي وان الامة المطلقة وهي مبتوتة ش
اي والحال انها مطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا م او متوفى عنها زوجها اي او كانت متوفى عنها زوجها
م لم تنتقل عدتها ش الى عدة الحرائر م لزوال النكاح بالبينونة والموت ش فاذا كان كذلك تعتد
بحيضتين او بشهر ونصف او بشهرين وخمسة ايام على حسب اختلاف حالها وبه قال الشافعي في
الاظهر واحمد واسحق وهو قول الحسن والشعبي والضحاك وقال مالك لا يكمل فيهما وهو قول ابي ثور
وعن عطاء والزهري وقتادة يكمل فيهما اعتبارا بحال اعتدادها فان قيل العدة حكم زوال الزوجية
وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا يتحول العدة في الرجعي ايضا الا عند الزوال الا انه
وهذا لعدة من وقت الطلاق واجيب فانما تحولت العدة لان سببها وهو الزوال متردد ليس
بكانت مترددة ايضا لتردد سببها فتغيرت ولهذا تحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن
فان سببه مستقر ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق وفي شرح الاقطع عن الشافعي قولان
في كل واحد من الرجعي والبائن احدهما تنتقل فيهما وفي الاخر لا تنتقل فيهما وفي وجيز ولو عتقت
في اثناء العدة فهي كالحرة في قول وكالامة في قول وفي القول الثالث ان كانت رجعية التحقت
بالحرة وان كانت بائنة تعتد بقرئين م وان كانت ايسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض
ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض ش لان الشهور في الايسة بدل عن الحيض ولا
يعتبر حكم البدل مع القدرة على الاصل فلما رأت الدم علم ان الياس عن الاصل لم يكن متحققا والشرط
هو الياس الى الموت كالعدة في الشيخ الفاني م ومعناه ش اي معنى ما ذكره القدوري لان المسالة
من مسائل القدوري وهي م اذا رأت ش الدم م على العادة ش التي كانت قبل الاياس يعني كثيرا اما
اذا كانت بلة يسيرة لا يكون حيضا بل كان ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض
م لان عودها ش اي عود العادة م يبطل الاياس هو الصحيح ش احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي
فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها اما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة

تسعين سنة او نحوها فرات الدم بعد ذلك لم يكن حيضا وقيل هذا على قول من لا يوقت للاياس وقتا ويظن
انها ايست ثم تطهر بخلافه فلتستانف العدة بالحيض كذا ذكره الجصاص م فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان ش
اي ظهور عدم الخلفية م لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك ش اي تحقق الياس م باستدامة العجز الى
الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ش يعني ان شرط صحة الخلفية في الشيخ الفاني استمرار العجز منه
العمر فكذا هنا م ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا ش اي احترازا م عن الجمع بين البدل
والمبدل ش فانه لا يجوز فان قلت يشكل بمن يصلي بالايماء حيث يجوز ولا يشترط العجز الى الممات
قلت لان الصلوة ليست ما يتخلف بل الايماء بعض الشيء وبعض الشيء لا يكون خلفا عنه كالركوع
والسجود واما العدة بالاشهر بدل عن العدة بالحيض واكمال الاجل بالبدل غير ممكن فان قلت
المصلي اذا سبقه الحدث ولم يجد الماء حتى تيمم وبنى يجوز قلت البدلية في الطهارة وان كانت لكن لا
جمع بينهما لانه لا يكمل احدهما بصاحبه م والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض
في الفرقة والموت ش اراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت
ونكاح الخامسة في عدة الرابعة واراد بالموطوءة عن شبهة ما اذا زفت اليه غير امراته وقال
الحاكم الشهيد في الكافي واذا دخل الرجل بالمراة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه المهر وعليها
العدة ثلاث حيض ان كانت حرة وحيضتان ان كانت امة وسواء مات عنها او فرق بينهما وهو
حي فان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلاثة اشهر وعدة الامة شهر ونصف م لانها ش
اي لان العدة م للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح ش اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء
بشبهة م والحيض هو المعرف ش ولا فرق في ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب
ان تكتفي بحيضة واحدة او بشهر كما في الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلاث حيض
الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا توجد من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد
والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهائه ولذلك
تثبت اجر المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم تجب عدة الوفاة لوهائه فان عدة الوفاة لزيادة
اظهار التاسف لفوت نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح
ولكن لما كان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا م واذا مات مولى ام الولد
عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك
اليمين فشابهت الاستبراء ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة وبه قال مالك واحمد وهو قول عمر وعائشة
وابن المسيب وابن سيرين وابن جبير وخلاس وعمر بن عبد العزيز والزهري والاوزاعي واسحق وعند الظاهرية
لا استبراء على ام الولد لا في العتق ولا في الموت وتتزوج من شاءت اذا لم تكن حاملا وقال الرازي
وقال الشافعي رحمه الله عدتها حيضة واحدة ان كانت ممن تحيض وان كانت ممن لا تحيض فشهر وقال
مالك في الموطا عدتها حيضة واحدة واذا لم تحض فثلاثة اشهر وبه قال احمد بن حنبل وقال في شرح
الاقطع ومن اصحاب الشافعي من قال انه ليس بعدة وانما هو استبراء م ولنا انها ش اي ان العدة م
وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ش يعني اذا طلق ام الولد زوجها وهي ممن لا تحيض
فعدتها ثلاثة اشهر وفيه لا يكتفي بحيضة واحدة م وامامنا فيه ش اي في الحكم المذكور م عمر
رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض ش هذا غريب ولكن روى ابن ابي شيبة في مصنفه
حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص امر ام الولد اعتقت ان تعتد
بثلاث حيض وكتب الى عمر رضي الله عنه فكتب بحسن رايه وروى محمد بن الحسن في الاصل عن علي
وابن مسعود وابراهيم انهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض سموه عدة وقدروها بالثلاث وقال
الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن شجاع قال حدثنا يحيى بن ادم عن ابي خالد عن
حجاج عن الشعبي عن الحارث عن علي وعبد الله رضي الله عنهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض اذا مات
عنها سيدها وروى الحكم عن علي رضي الله عنه قال ثلاث حيض وعن عطاء ثلاثة قروء وعن ابراهيم
عدة ام الولد ثلاث حيض م ولو كانت ش اي ام الولد م ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح
ش يعني كما يجب ان تعتد بثلاثة اشهر اذا طلقها زوجها م واذا مات الصغير عن امراته وبها حبل فعدتها

ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي
ش وقال مالك واحمد وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا م لان الحمل ليس بثابت النسب منه ش اي من
الصغير م فصار كالحادث بعد الموت ش يعني بان تضع بعد الموت لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت
عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان تاتي به لاكثر من سنتين كذا في النهاية والاول اصح وتفسير قيام
الحمل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية م ولهما ش اي لابي
حنيفة ومحمد م اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال الاية ش يعني من غير فصل بين ان يكون الحمل من
الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة بخلاف ما اذا حدث الحمل بعد موت الصبي حيث تعتد
بالشهور لانها لم تكن حاملا عند الموت فلم تدخل تحت الاية المذكورة ولا يرد علينا امراة الكبير اذا
حبلت بعد موته لاقل من سنتين حيث تعتد بوضع الحمل وان لم يكن الحمل وقت الموت لان النسب لما
ثبت منه وهو امر شرعي حكم بوجود الولد ايضا عند الموت حكما تبعا للحكم الشرعي وههنا فيما نحن فيه
لا يثبت النسب فلم يمكن اثبات الحمل عند الموت حكما م ولانها مقدرة ش دليل معقول لهما اي
ولان عدة الوفاة مقدرة م بوضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف ش اي
غير مقدرة للتعرف م عن فراغ الرحم لشرعها ش اي لشرع عدة الوفاة اي لمشروعيتها م بالاشهر
مع وجود الاقراء لكن ش قدرت م لقضاء حق النكاح وهذا المعنى ش يعني قضاء حق النكاح م يتحقق
في الصبي وان لم يكن الحمل منه ش فاذا كان كذلك تعتد امراته بوضع الحمل بالنص قوله تعالى واولات
الاحمال م بخلاف الحمل الحادث ش جواب عن قول الشافعي فصار كالحمل الحادث بعد الموت م لانه
ش اي لان الشان انه م وجبت العدة بالشهور ش حقا للنكاح بانه التربص م فلا تتغير بحدوث الحمل
فيما بعده ش اي فيما اذا مات الصبي عن امراته وهي حامل م كما وجبت العدة وجبت مقدرة ش اي حال
كونها مقدرة م بمدة الحمل ش وهو وضع الحمل لانها عدة اولات الاحمال م فافترقا ش اي افترق الحمل
القائم عند الموت والحادث بعده م ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها الحمل بعد الموت ش اي بعد
موت الزوج م لان النسب يثبت منه فكان ش اي الحمل م كالقائم عند الموت حكما ش تبعا لحكم شرعي
وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وفي امراة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل
الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى اقرب الاوقات فكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة م ولا يثبت
نسب الولد في الوجهين ش اي فيما اذا كان الحمل قائما عند موت الصغير وفيما اذا كان حادثا بعد موته
م لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق ش لانها فلا يثبت النسب م والنكاح يقوم مقامه ش اي
مقام الماء وقال الاترازي اي مقام العلوق هذا جواب عما يقال النكاح موجود فيقام مقام الماء المتصور
ش اي في موضع تصور الوطء م واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها
الطلاق ش لم تعتد اي لم تحتسب ويجوز فيه ان يكون على صيغة المجهول مسندا الى بالحيضة وان
يكون على بناء المعلوم مسندا الى المراة م لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها ش
وهذا بالاجماع بخلاف الطهر الذي وقع فيه الطلاق فانه محسوب عند مالك والشافعي م واذا وطئت
المعتدة بشبهة ش اي المعتدة عن طلاق بان دخل وطئها وهو بشبهة بان قال ظننت انها تحل لي م فعليها
عدة اخرى وتداخلت العدتان ش وبه قال الشافعي في قول واشار الى صورة التداخل بقوله م
فيكون ما تراه ش المراة م من الحيض محتسبا منهما ش اي من العدتين م جميعا واذا انقضت العدة
الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية ش هذا الذي ذكره المصنف اعم من ان يكون العدتان
من جنس واحد او من جنسين واعم من ان يكون الواطي هو الزوج او غيره فهذه اربع صور الاولى ان
يكون العدتان من جنس واحد بان كان الكل حيضا والثانية ان يكونا من جنسين بان يكون احديهما عدة
الوفاة والثالثة ما ذكرناه وهو ان الواطي هو الزوج والرابعة ان يكون الواطي غير الزوج بان المطلقة
تزوجت في عدتها برجل فوطئها الرجل ثم فرق بينهما دفعا للفساد فوجبت عليها عدة اخرى
ففي هذه الصور كلها تجب العدتان وتتداخلان عندنا وصورة التداخل ذكرها المصنف م
وهذا عندنا ش اي تداخل العدتين مذهب اصحابنا م وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان
ش في مذهبه تفصيل وهو ان العدتين اذا كانتا من شخص واحد تداخلتا اذا اتفقتا بان لم

بكل حال

بكل حال وكانت من ذوات الاشهر او الاقراء وان اختلفتا بان كانت احديهما بالحمل ففي تداخلهما
وجهان احدهما التداخل كالمتفقتين والثاني لا وان كانت العدتان من شخصين لم تتداخلا كذا
في الوسيط وبه قال احمد وقالت المالكية المتفقتان في الاقراء والاشهر منه تداخلتا ان كانتا من
واحد او من شخصين ولو اختلفتا بان كانت احديهما بالحمل تنقضيان بالوضع وعند الشافعي رحمه الله
ان كانت احديهما بالحمل قدمت ثم تعود الى الاقراء م لان المقصود ش من العدة م العبادة فانها
ش اي فان العدة م عبادة كف عن التزوج والخروج من البيت والمنع عن ش الزينة وغيرها
في مدة معلومة م فلا يتداخلان كالصومين في يوم واحد ش اي كما لا يتداخل في الصوم فانه
كف عن اقتضاء المفطرات في وقت مقدر وهو اليوم فلا يتادى صومان في يوم واحد فلا يتداخلان
فيه فكذا في العدة م ولنا ان المقصود ش من العدة م هو التعرف عن فراغ الرحم ش في حق ذوات
الاقراء م وقد حصل ش المقصود م بالواحدة في وقت مقدر وهو اليوم فلا يتادى صومان في يوم واحد
ش اي بالعدة الواحدة فلا حاجة الى عدة اخرى م فيتداخلان ش ولا يقال ينبغي ان يكتفي بالحيضة
في عدة الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد بثلاث حيض او ثلاثة اشهر لانا نقول ان الفاسد ملحق بالصحيح في
اعتبار مدة العدة م ومعنى العبادة تابع ش جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان المقصود هو العبادة
وتقرير الجواب ان معنى العبادة في العدة تابع غير مقصود لان ركنها حرمة الازدواج والخروج
قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فهي اجل والاجال اذا اجتمعت تنقضي
بمدة واحدة كرجل عليه ديون مؤجلة الى اجل فانها تنقضي بمدة واحدة ثم استوضح كون معنى العبادة
فيها بطريق التبعية لا بالقصد بقوله م الا ترى انها ش اي ان العدة م تنقضي بدون علمها ش اي علم
المراة م ومع تركها الكف ش عن الخروج والازدواج حتى اذا خرجت او تزوجت بزوج اخر لا تبطل العدة
ولو كان معنى العبادة فيها ركنا مقصودا لم تنقض بدون الكف لان العبادة لا تتحقق بلا ركن فان قلت
لا نسلم ان المقصود تعرف براءة الرحم فلو كانت كذلك لم تجب العدة على الصغيرة والايسة والمتوفى
عنها زوجها لانه لا شغل في الصغيرة وفي المتوفى عنها زوجها لا احتياج الزوج الى ذلك قلت الصغيرة
التي تحتمل الوطء تحتمل العلوق وكذلك الايسة فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لان العدة تكفي
اجابها توهم الشغل وان كان بخلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة لصيانة
ماء الزوج في الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه وكذا ماء الثاني فان قلت لو كان التداخل
معتبرا التداخل اقراء عدة واحدة قلت لا نسلم الملازمة لان التعريف بحيضة واحدة ليس كالتعريف
بثلاث حيض في حصول المقصود لان المقصود من الاولى تعريف الفراغ وفي الثانية اظهار خطر
النكاح وفيما بعده وبين الاستبراء وفي الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة
وقال الاكمل وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السؤال واردا عليه
انتهى قلت تعليله بالتعريف عن فراغ الرحم مقتصرا عليه لا ينافي التعليل بغيره ايضا فلا يرد عليه شيء
م والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها ش اي في الشهور م
تحقيقا للتداخل بقدر الامكان ش قال في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما
فعليها بقية عدتها من الاول تماما اربعة اشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للاخر تحتسب بما حاضت بعد
التفريق من عدة الوفاة ايضا م وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة ش
لان العلة الموجبة للعدة الطلاق او الوفاة فلا بد من اقتران المعلول وهو وجوب العدة بعلتها وعليه الائمة
الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين م فان لم تعلم ش اي فان لم تعلم المراة بالطلاق او الوفاة ش اي
لم تعلم بوفاة زوجها بان كان غائبا م حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها م لان سبب وجوب
العدة الطلاق او الوفاة ش اي وفاة الزوج م فيعتبر ابتداؤها من وقت وجوب السبب ش وعن
علي رضي الله عنه انها تعتد من يوم ياتيها الخبر وقال مكحول ان قامت به البينة تعتد من يوم الموت وان كان
والا من يوم الخبر وقال داود طلاق الغائب لا يقع اصلا حتى ياتيها الخبر وتعتد المتوفى عنها زوجها من حين
موته م ومشايخنا ش اراد بهم علماء بخارى وسمرقند لاجتماعهم عند التصوف الذين هم اهل البدع م يفتون
في الطلاق ان ابتداءها ش اي ابتداء العدة م من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة ش بان تواضعا

على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين والوصية او تواضعا على انقضائها بان يتزوج
اختها او اربعا سواها وفي الزجر قال محمد في الاصل تجب العدة من وقت الطلاق واختار مشايخ بلخ
على انها تجب من وقت الاقرار عقوبة عليه وجزاء على كتمانه الطلاق لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى
لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه وينبغي على قول هولاء لا تحل له التزوج باختها واربع سواها ما لم
تنقض العدة من وقت الاقرار م والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطيها
ش بان اخبرها انه ترك وطيها والاخبار امر ظاهر فيدار الحكم عليه اما اخر الوطيات لا يعلم لاحتمال
وجود غيره اي غير الوطي الذي وجد وفي الخلاصة المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا
بالقول بقوله تركتك او ما يقوم مقامه بان يقول تركتها وخليت سبيلها م وقال زفر من اخر الوطي
ش وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال ابو بكر البلخي تجب العدة من وقت الفرقة وقال داود لا عدة في
النكاح الفاسد م لان الوطي هو السبب الموجب ش اي للعدة اذ لو لم يطاها لم تجب العدة م ولنا ان كل
وطي وجد في العقد الفاسد جرى الوطية الواحدة ش تقرير القول بالموجب هو ان يقال سلمنا
ان الوطي هو السبب الموجب لكن جميع الوطيات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطية واحدة
م لاستناد الكل ش اي كل الوطيات م الى حكم عقد واحد ش وهو شبهة العقد وتلك الشبهة انما
ترتفع بالمتاركة كما في النكاح الصحيح ترتفع بالطلاق م ولهذا ش ايضاح لقوله لاستناد الكل
الى حكم عقد واحد م يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود
غيره ش فلا يكون الذي قبله اخيرا فقبل التفريق ان العدة لا تثبت الا باخر وطيه واخر وطيه لا يوجد
الا بالتفريق او العزم والوطي الاخير لا يوقف عليه لما قلنا انه يجوز ان يوجد غيره م ولان التمكن ش
دليل اخر اي ولان التمكن من الوطي م على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطي لخفائه ش اي لخفاء
الوطي م ومساس الحاجة ش جواب عما يقال لا نسلم ان حقيقة الوطي امر خفي بالنسبة الى الزوجين
والحاجة الى معرفتهما فاجاب بقوله ومساس الحاجة م الى معرفة الحكم في حق غيره ش اي غير الواطي
وغيره هو الزوج الذي يريد ان يتزوجها او اخت الموطوة او اربع سواها م واذا قالت المعتدة انقضت
عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك ش اي في اخبارها بانقضاء عدتها
لانه لا يعلم الا من جهتها م وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع ش بفتح الدال اذا ادعى الرد او
الهلاك وكذبه المودع بكسر الدال وقال فخر الاسلام اذا حلفت صدقت معناه ان حلفت بطلت
الرجعة وان نكلت لم تبطل بل بقيت كما كانت وقال الاترازي وهذا ليس باستحلاف في الرجعة
بل على بقاء العدة فلا يرد نقضا على ابي حنيفة يعني لا استحلاف عنده في الرجعة م واذا طلق الرجل امرأته
طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها فطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا
ش اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة وابي يوسف واعاد هذا اللفظ اعني قوله هذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف لان هذه المسئلة من مسائل القدوري ولم يذكر فيها ابا حنيفة وابا يوسف وانما قال
واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا الى قوله وعليها عدة مستقبلة ثم قال مثل ما قال المصنف م وقال
محمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى ش وعند زفر يجب نصف المهر الثاني ولا عدة عليها وعلى هذا الخلاف
اذا تزوجت المرأة غير كفو ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي والزمه المهر والزمها العدة ثم
تزوجها في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان لها عليه المهر الثاني كاملا وعليها
عدة مستقبلة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو كان تزوجها بعد انقضاء العدة كان لها نصف المهر
في قولهم جميعا كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي في باب الايلاء وفي شرح الكافي في قوله طلاقا بائنا وكذا لو
وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة ثم قال وصورتها انها تزوجت بغير كفو وقد ذكرناها
الان ولا وفي الذخيرة هذه المسائل مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول في النكاح الاول
هل يكون دخولا في النكاح الثاني ام لا فعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون وهو رواية عن احمد وعند
محمد لا يكون وهو قول الشافعي رحمه الله ورواية عن احمد م لان هذا طلاق قبل المسيس ش اي قبل الدخول
والخلوة الصحيحة م فلا يوجب كمال المهر ش وكل طلاق هكذا لا يوجب كمال المهر بل يوجب نصف المهر
بالنص م ولا استيناف العدة ش اي ولا يوجب ايضا استيناف العدة لان العدة لا تجب في الطلاق

قبل المسيس بالنص ايضا م واكمال العدة الاولى ش جواب عما يقال اذا كان الامر كذلك فعلى ما يجب اكمال العدة
الاولى م انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر ش يعني اكمال العدة الاولى م حالة التزوج الثاني ش لعدم
اختلاط المياه م فاذا ارتفع ش اي التزوج الثاني م بالطلاق الثاني ظهر حكمه ش اي حكم الطلاق الاول لانه لما
طلقها بائنا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليه اكمال العدة الاولى م ولو اشترى ام
ولده ثم اعتقها ش صورته رجل اشترى امرأته وهي امة قد ولدت منه فسد النكاح وكانت حلالا
له بالملك فلا باس بان يتزوجها ولا تجتنب الطيب لانها غير معتدة في حقه لان العدة اثر النكاح فكمال الملك
ينافي اصل النكاح فينافي اثره لكنها معتدة في حق غيره حتى اذا اراد ان يتزوجها من غيره ثم اذا اعتقها بعد
الشرا اعتدت بثلاث حيض لانها صارت ام ولده حين اشتراها بعدما ولدت بالنكاح وعلى ام الولد
ثلاث حيض لكنها تجتنب الطيب والزينة في الحيضتين الاوليين استحسانا وفي القياس ليس لها ذلك
لان الحداد لم يلزمها عند وقوع الفرقة فلا يلزمها بعد ذلك وجه الاستحسان ان العدة وجبت
عليها بالفرقة لكن لم يظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة
في حق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد فاما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لانها
لم تجب بسبب النكاح بل بالعتق ولا حداد في عدة ام الولد م ولهما ش اي لابي حنيفة وابي يوسف م انها
مقبوضة في يده ش اي ان ام الولد مقبوضة في يد مولاها م حقيقة بالوطئة الاولى ش اذ الوطي في
هذا الباب بمنزلة القبض م وقد بقي اثره ش اي والحال انه بقي اثر الوطي الاول م وهو العدة فاذا
جدد النكاح وهي مقبوضة ش بالدخول في النكاح الاول م ناب ذلك الوطي ش الذي بالدخول الاول
م عن القبض المستحق في هذا النكاح ش فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب
عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول
لكان تصحيحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب بانه
ليس طلاقا بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمساوي للشي لا يلزم ان يساويه من جميع
الوجوه الا يرى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها
بعد الخلوة كان الواقع بائنا م كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد
ش شبه الحكم المذكور بحكم الغاصب الذي اشترى المغصوب من المالك يصير قابضا القبض الذي تم
به العقد م يوضح هذا ش اي يظهر مما قررنا من الدليل م انه ش اي هذا الطلاق م طلاق بعد الدخول
ش تشبيها لا حقيقيا بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق م وقال زفر لا عدة عليها
اصلا لان الاولى ش اي العدة الاولى م قد سقطت بالتزوج فلا تعود ش لان الساقط لا يعود م والثانية
ش اي العدة الثانية م لم تجب ش لانه طلاق قبل الدخول م وجوابه ما قلنا ش اي جواب زفر ما قلنا
من الدليل وهو انها مقبوضة في يده ببقاء اثر القبض وهو العدة م قال ش اي القدوري م واذا طلق
الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا ش اي وكذا لا عدة م اذا خرجت الحربية ش من دار الحرب م الينا
ش اي الى دار الاسلام حال كونها م مسلمة ش والاسلام ليس بشرط في عدم وجوب العدة بل الشرط
هو الخروج على سبيل المراغمة اي المغاضبة وعلى قصد ان لا تعود الى دار الحرب ابدا يقال فلان
راغم قومه اذا نابذهم وخرج عنهم ذكره التمرتاشي وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا للاحسن
حالا لانها لا ان الاسلام مشروط والدليل عليه ما ذكره التمرتاشي فقال خرج احد الزوجين الينا مسلما
او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار ذميا والاخر على حربيته ثم فقد زالت الزوجية م فان تزوجت
ش اي هذه الخارجة الى دار الاسلام جاز ش ولا عدة عليها م الا ان يكون حاملا ش فلا تتزوج حتى
تضع حملها وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وروى
محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان مع الحبل يجوز نكاح المهاجرة ولكن لا يقربها زوجها والصحيح
جواب الكتاب يعني لا يجوز تزوجها مع الحبل م وهذا ش اي وهذا المذكور م كله قول ابي حنيفة
وقالا ش اي وقال ابو يوسف ومحمد م عليها ش اي على التي خرجت من دار الحرب م وعلى الذمية ش التي
طلقها زوجها م اما الذمية فالاختلاف نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم ش يعني كما ان نكاح المحارم
فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا نتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة من الكافر

لا عدة عليها اذا كان معتقدهم ذلك م وقد بيناه في كتاب النكاح س في باب نكاح اهل الشرك
م وقول ابي حنيفة ثمة اذا كان معتقدهم انه لا عدة س يعني قول ابي حنيفة في جواز تزوج الذمية
المطلقة من الذمي بلا عدة انما يجوز اذا كان في اعتقاد اهل الذمة جواز ذلك م واما المهاجرة س التي
هاجرت من دار الحرب الى دار الاسلام م فوجه قولهما س في ذلك م ان الفرقة س بين الزوجين الذميين
لو وقعت بسبب اخر س كالطلاق م وجبت العدة فكذا س تجب م بسبب التباين من دار الحرب م
بخلاف ما اذا هاجر س اي الزوج الى دار الاسلام م وتركها س في دار الحرب م بخلاف ما اذا هاجر س اي
الزوج الى دار الاسلام م وتركها س في دار الحرب لا تجب العدة عليها بالاتفاق م لعدم التبليغ س اي لعدم
تبليغ حكم الشرع اياها م وله س اي ولابي حنيفة رضي الله عنه م قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن
س نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص م ولان
العدة س دليل معقول تقريره ان العدة م حيث وجبت كان فيها حق بني ادم س لانها تجب صيانة
للماء المحترم وهذا لا يجب قبل الدخول م والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك س ساغ في الاسواق
كالبهائم م الا ان تكون حاملا س يجوز ان تكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد لان معناه والحربي
لا حرمة له الا ان تكون امرأته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب فالفراش قائم فنكاحها يستلزم الجمع
بين الفراشين ولان الله اذا لم يكن حاملا فان قلت قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لا
يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز قلت ان قوله صلى الله عليه وسلم
من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره حديث مشهور تلقته الائمة بالقبول
فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله م وعن ابي حنيفة س رواها الحسن عنه م انه يجوز
نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا س اذ لا حرمة لماء الحربي كماء الزنا م والاول اصح س يعني عدم صحة نكاحها
اصح لان الحمل من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت من الحربي ثم اعلم ان المصنف لم يذكر في هذا الباب وجوب
العدة على الصغيرة والكتابية وفي الذخيرة طلق الصغيرة بعد الدخول فعدتها ثلاثة وعن الفضلي اذا
كانت مراهقة فعدتها لا تنقضي بالاشهر بل يوقف حالها الى ان يظهر انها حبلت من ذلك الوطي ام لا فان ظهر
كانت عدتها بوضع الحمل والا فبالاشهر ولو حاضت في الاشهر تستانف العدة واختلف مشايخنا في اطلاق
ايجاب العدة على الصغيرة واكثر المشايخ لا يطلقون لفظ وجوب العدة لانها غير مخاطبة لكن ينبغي ان يقال
تعتد وتجب العدة على الكتابية اذا كانت تحت مسلم كالمسلمة ولو كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في قول
ولا داوود عند ابي حنيفة وبه نجيب واختلف العلماء في عدة المستحاضة فعندهما هي وغيرها سواء الانتقال
كانت صاحبة العادة ردت الى ايام عادتها والمبتداة والناسية لعادتها تعتد بثلاثة اشهر وعند
الشافعي واحمد بثلاثة اشهر اذا لم توجد تمييز وقال مالك سنة في الطلاق كالمرتابة فلتسعة اشهر استبرا
وثلاثة اشهر عدة حرة كانت او امة او كتابية م •

فصل

س اي هذا فصل في بيان ما يجب
على المعتدات من الفعل والترك م قال س اي القدوري في مختصره م وعلى المبتوتة س هذه اللفظة
تقع على المطلقة بائنا او ثلاثا وعلى المختلعة م والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد س
بكسر الحاء المهملة وتخفيف الدالين المهملتين مصدر من حدت المراة اذا تركت الزينة والخضاب
لعدة وفاة زوجها وهو من نصر ينصر وضرب يضرب كضرب وفتح يفتح واحدت المراة ايضا احدادا في
الاصمعي الا احدت وحكى محمد انه قال يزيد ويعرف ان شداد في احكامه احد وحد لغتان وهو من
الحد وهو المنع لانها منعت نفسها والحداد ايضا ثياب الماتم السود م اما المتوفى عنها زوجها فلقوله
عليه السلام س اي فلقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد
على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا س هذا الحديث اخرجه الجماعة الا الترمذي
عن ام عطية قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر
ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب
عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط واظفار وهو من لفظ البخاري ومسلم
وقد رخص للمراة في طهرها اذا اغتسلت من حيضها في نبذة من قسط واظفار وقالت الا الحمل وفي رواية
الاستدلال بهذا الحديث اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لا اول الا

من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب ثم قال وقال في النهاية يمكن
ان يقال قوله عليه السلام لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفسه يحتمل كان في
المستثنى اثبات الاحداد لا محالة وكان تقدير الحديث لا تحد المراة على ميت فوق ثلاثة ايام الا المتوفى
عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا احداد واما احداد المتوفى عنها زوجها فكان
واجبا لان اخبار الشرع اكد من الامر وهذا انسب ما وجدت في الشرح انتهى قلت هذا
التعسف كله من التقصير عن النظر في تمام الحديث فان المصنف ايضا ما اخرج الحديث بتمامه
وقد ذكرناه وفيه تصريح لوجوب الاحداد على ما لا يخفى على المتامل والعصب من برود اليمن
يصبغ غزله ثم يحاك قوله نبذة من بضم القاف وسكون السين المهملة وهو ضرب من العود
ودمل حارب من الطيب قوله او اظفار بفتح الظاء المعجمة وتخفيف الفاء وهو جنس من الطيب لا واحد
له من لفظه وقيل واحده ظفر ويروى من قسط ظفار بدون الالف بوزن قطام وهو اسم مدينة
لحمير باليمن قوله نبذة اي قطعة وهو بضم النون وسكون الباء الموحدة والمتوفى عنها زوجها تحد
وعليه اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مذهب اصحابنا وسفيان الثوري ومالك والشافعي
واحمد واسحق سواء كانت حاملا او غيرها وقال الشعبي والحسن البصري والحكم بن عتيبة لا يجب
في ذلك الطاهر وفرض عليها الاحداد وقال يشبه الاحداد التاسف على فوت النعم
وذلك منهي يوم قال الله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم فكيف صار واجبا
بالخبر معارضا للكتاب اجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص والشيء خاص مع الصياح
هكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم م واما
المبتوتة فمذهبنا س وبه قال الشافعي في القديم واحمد في رواية م وقال الشافعي س في الجديد
م لا احداد عليها س وبه قال مالك واحمد في رواية وفي المنهاج يستحب وفي قول يجب م لانه س
اي لان الاحداد م وجب اظهار التاسف على فوت زوج وفي بعهدها س اي وفي بعهد المراة ما فاتها
من حسن العشرة الى ان فرق الموت بينهما م وقد اوحشها بالابانة س حيث اساء اليها بالفراق
واشار عنها على طيها م فلا تاسف بفوته س اي بفوت هذا الزوج م ولنا ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحنا طيب س طاهرها ذكره المصنف
يدل على انه حديث واحد ولذا زعم السروجي وقال مخرج الاحاديث هذا وهم منه لان المصنف
استدل بهذا الحديث على ان المبتوتة عليها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وفيه خلاف الشافعي
فتعين ان يكون الحديث واحدا فان قلت استدل بعضهم لقول المصنف ولنا ما روي ان
النبي عليه السلام الى قوله وقال الحنا طيب بحديث اخرجه ابو داود في سننه عن ام حكيم
بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا في عدتي
من وفاة ابي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحنا فانه خضاب قلت باي شيء امتشط يا رسول الله قال
بالسدر تغلفين به راسك قلت حديث ابي داود هذا اجنبي عن المقصود على ما لا يخفى فالاستدلال
به غير مطابق وقوله نهى المعتدة اعم من ان يكون معتدة الوفاة ومعتدة الطلاق وتمام الحديث
الحنا طيب فالحديث حديث واحد واخرجه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج عن ابن لهيعة عن
بكير بن عبد الله بن الاشج عن خولة بنت حكيم عن امها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا
تطيبي وانت محرمة ولا تمسي الحنا فانه طيب وعزاه السروجي في الغاية الى النسائي ولفظه
المعتدة عن التكحيل والدهن والخضاب بالحنا وقال الحنا طيب م ولانه س اي ولان الاحداد م يجب
اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها س اي لصيانة المراة عن ارتكاب ما لا يجوز
م وكفاية مؤنتها س اي ولاجل كفاية مؤنتها وهو جمع مؤنة من نفقتها وكسوتها م والابانة اقطع لها
س اي لنعمة النكاح م من الموت س لان حكم النكاح باق بعد الوفاة الى ان تنقضي العدة م حتى كان
لها ان تغسله س اي حتى كان للمراة ان تغسل زوجها حال كونه م ميتا قبل الابانة س لانه لا
يبقى النكاح بعدها اصلا فان قيل المبتوتة تتناول كيف تاسف المختلعة وقد افتدت نفسها
بالمال لطلب الخلاص منه وكذا المبانة كيف تتاسف وقد جفاها بالابانة واثر غيرها عليها بل

نظهر السرور بالتخلص عن مثل هذا الزوج كما قال الخصم اجيب بان وجوب الاحداد ابربفوت
النكاح الصحيح بالسنة لا باعتبار وفاء الزوج وجفائه وفي هذا لا فرق بين المختلعة والمبتوتة
فان قيل لو كان كذلك ينبغي ان يجب على الازواج كما وجب على الزوجات كان نعمة النكاح مشترك
بينهما اجيب بان النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن ليسوا
في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ووجوب النفقة عليهم لانهن ضعاف عاجزات عن الكسب
عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج م والحداد ويقال الاحداد ش اراد لغة الغريب الحداد وكان
موضعه في اول الكلام قوله والحداد مبتدأ وخبره قوله ان تترك الطيب الى اخره وقوله ويقال
الاحداد جملة معترضة اي يقال في الحداد الاحداد ايضا وقوله م وهما لغتان ش جملة معترضة
ايضا اي الحداد بلا همزة في اوله والاحداد بهمزة لغتان مستعملتان وقد مضى الكلام فيه عن قريب
م ان تترك الطيب اي بان تترك المعتدة استعمال الطيب م والزينة ش اي واستعمال الزينة م
والكحل ش بضم الكاف اي واستعمال الكحل ويجوز بفتح الكاف اي وترك الكحل وهو مصدر وبالضم
اسم م والدهن ش اي واستعمال الدهن م المطيب وغير المطيب م الا من عذر ش هذا لفظ القدوري
ولفظ محمد م في الجامع الصغير الا من وجع ش وهو اشارة الى ان العذر هو التداوي م والمعنى ش اي المعنى
ايجاب ترك الطيب والزينة م وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهار التاسف ش على زوال النكاح م
والثاني ش اي الوجه الثاني م ان هذه الاشياء ش اي الطيب والزينة والكحل والدهن م دواعي
الرغبة فيها ش اي في المراة لانها اذا كانت متزينة متطيبة يرغب الرجال فيها فوق ما يكون
اذا كانت خالية عن الاشياء المذكورة م وهي ممنوعة عن النكاح ش اي المراة المحل ممنوعة عن
النكاح ما دامت في عدة الطلاق او الوفاة م فتجتنبها ش اي اذا كان الامر كذلك تجتنب هذه المحدة
الاشياء المذكورة م كيلا تصير ذريعة ش اي كيلا تصير هذه الاشياء وسيلة م الى الوقوع في المحرم
ش اي الحرام م وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال ش اراد بالمعتدة
ولم يرد غير المتوفى عنها زوجها خاصة كذا قاله مخرج الاحاديث في تخريجه وقوله وقد صح ان
النبي في الاكتحال قال الائمة الستة قد اخرجوه في كتبهم مختصرا ومطولا عن زينب بنت ام سلمة
عن امها ان امراة توفي عنها زوجها فخافوا على عينيها فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاستاذنوه في
الكحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا حتى تمضي اربعة اشهر وعشر واما
عن الدهن فلم يصح شيء غير انه اذا كان مطيبا فظاهر انها ممنوعة عن الطيب واذا لم يكن مطيبا فكذا
لانه لا يعرى عن الطيب وان لم يكن فيه على ما يجيء الان م والدهن ش مبتدأ وقوله م لا يعرى ش
خبره واشار بهذا الى ان الدهن ممنوع مطلقا لانه في ذاته لا يعرى عن الطيب وان لم يكن فيه
الطيب ولهذا قال لا يعرى م عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ش لانه يحسنه ويزيد فيه
بهجة م ولهذا ش اي ولاجل كونه زينة للشعر م يمنع المحرم عنه ش فلا يجوز استعماله له
قال م الا من عذر ش اي قال القدوري تترك المحدة الاشياء المذكورة من الطيب والزينة والكحل
والدهن الا من عذر وضرورة فحينئذ يجوز الادهان والاكتحال على وجه التداوي لا على
قصد الزينة حتى اذا كان لها صداع فدهنت راسها او اشتكت عينها فاكتحلت واشار المصنف
الى ذلك بقوله م لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ش اي لا قصدا للزينة لان الزينة ممنوع
م ولو اعتادت الدهن ش بفتح الدال م فخافت وجعا ش في راسها او في عضو من اعضائها م فان
كان ذلك ظاهرا ش اي فان كان خوفها الوجع غالبا م يباح لها لان الغالب كالواقع ش فيتحقق الضرورة
م وكذا لبس الحرير ش اي وكذا يجوز لها لبس الحرير م اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ش والعذر
نحو الحكة والقمل ونحوهما وروى البخاري ومسلم مسندا الى انس رضي الله عنه قال رخص النبي
صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكة كانت بهما وقال مالك يباح للمراة
الحرير الاسود وفي المحيط لو اكتحلت او ادهنت لدفع اذى يجوز وللزينة لا يجوز ولم تمتشط
بالاسنان الواسعة لا بالاسنان الضيقة وقال الشافعي واحمد ومالك يجوز الامتشاط مطلقا
وعندهم لها ان تدخل الحمام وتغسل راسها بالخطمي والسدر واجمعوا على منع الادهان المطيبة

واختلفوا في غير المطيبة فعندنا والشافعي حرام لغير الضرورة وعند مالك واحمد والظاهرية يدهن
بالزيت والشيرج الغير المطيب م ولا تختضب بالحناء ش اراد به قوله عليه السلام الحناء
طيب وقد مر الكلام فيه م ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب
ش وفي الكافي الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فحينئذ لا باس به لضرورة ستر العورة ولكن لا
بقصد الزينة وقال الامام الحلواني المراد بالثياب المذكورة الجدد منها اما الخلق منها لا يقع به الزينة
فلا باس به ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة اذ لا يقصد به الزينة بل ابلغ في الحداد وقالت
الظاهرية تجتنب عن لبس السواد كما في المصبوغ بالحمرة والخضرة ولا تحضر المعتدة عمل الطيب ولا
تجربه ولا تتبعه وان لم يكن لها كسب الا منه ولم يوافق عليه وقال محمد في النوادر لا تحل الاحداد
لمن مات ابوها او ابنها او امها او اخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلاث
اذ في الحديث اباحة الاحداد للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام ولم تحك خلاف وفي المنهاج لها الاحداد حداد
على غير الزوج ثلاثة ايام وتحرم الزيادة م قال ش اي القدوري م ولا احداد على كافرة لانها غير
مخاطبة بحقوق الشرع ش وقال الشافعي ومالك والظاهرية عليها الاحداد م ولا على صغيرة لان
الخطاب موضوع عنها ش يعني غير داخلة في الخطاب وعند هؤلاء عليها الحداد ولكن في عدة الوفاة
فان قلت ما الفرق بين الحداد والعدة حيث تجب العدة على الصغيرة دون الحداد قلت لا نسلم
ان العدة تجب عليها لانها ليست بمخاطبة بل الولي هو المخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع
ولهذا اشترط الايمان لوجوبه وانما نشترط الايمان لحق الله تعالى هذا لا حاجة الى الفرق لعدم وجوب
العدة ايضا م وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى ش لان
فروع الشرع التي ليس فيها ابطال حق المولى تلزم المملوكة كالصوم والصلوة فيلزمها الحداد م بخلاف
المنع من الخروج ش من البيت في العدة م لان فيه ش اي في منعها من الخروج م ابطال حقه ش اي
حق المولى من الاستخدام ونحوه ولا يفوت الحداد بذلك م وحق العبد مقدم ش على حق الشرع م
لحاجته ش اي لحاجة العبد واستغناء الشرع الا ترى ان المولى يمنعها من النوافل ويمنع العبد عن شهود
الجمعة والجماعة وكذا الحكم في المدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسعاة المنكوحات في الوفاة والطلاق
لفوات نعمة النكاح وبه قال الشافعي ومالك واحمد فان قلت لو وجب الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب
بعد شراء منكوحته لزوال النكاح بالشراء قلت لم يفت نعمة الحل لبقائه بملك اليمين م قال ش اي
القدوري م وليس في عدة ام الولد ش يعني اذا اعتقت م ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانه ش اي
لان الشان م ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف ش اما ام الولد انما تجب عليها العدة بالعتق الذي يزول به ذلك
العتق فالمناسب لذلك السرور لا التحزن لانه ما فاتها نعمة بل حصل نعمة الحرية التي صارت بها اهلا
للولاية واما النكاح الفاسد وكذا الوطي عن شبهة فانما وجب العدة فيهما للتعرف براءة الرحم لا لزوال
النكاح اذ لا حرمة للنكاح الفاسد لانه واجب الرفع ولا نكاح اصلا في الوطي عن شبهة فلا يلزم الحداد
م والاباحة الاصل ش كان ينبغي ان يقول الاصل الاباحة قال الاترازي اراد بها اباحة الزينة لها
وذلك لقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده وقال الكاكي ان اباحة الزينة اصل
خصوصا في حق النساء وقال الاكمل الاصل هو الاباحة في الزينة وقال السغناقي اباحة الزينة
اصل والكل في الحقيقة معنى واحد وقال تاج الشريعة فان قلت ما وجه ايراد قوله والاباحة
اصل قلت وجهه انه لما ذكر قوله ما فاتها نعمة النكاح يمكن ان يقال عليه ان هذا التعليل بالعدم
وانه لا يصح فاجاب بقوله والاباحة اصل يعني اباحة الامتناع من الاباحة لعدم فوات نعمة النكاح بل
بالاصل المقتضي للاباحة السالم عن وجود العلة المحرم للزينة انتهى قلت تخصيص اباحة الزينة
بكونها اصلا على الانفراد لا وجه له لان الاصل الاباحة في كل الاشياء التي منعت فعلا او قولا على
ان مذهب فخر الاسلام ان الاباحة ليست باصل م ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ش الخطبة التزوج
ونكاح المعتدة لا يجوز وقد مر في المحرمات م ولا باس بالتعريض في الخطبة ش التعريض التلويح
وحقيقته امالة الكلام الى عرض يدل على الغرض منه قوله عليه السلام ان في المعاريض لمندوحة
عن الكذب وذلك مثل ان يقول انك لجميلة وانك لشابة وان النساء لمن حاجتي فلعل الله يسوق

اليك خبرا وما شابه ذلك من الاشارة دون التصريح بالنكاح اذ لا يجوز ان يقول صريحا اريد ان انكحك
او اتزوجك او اخطبك لان الخطبة التزوج كما ذكرنا والفرق بين الكناية والتعريض ان الكناية ان يذكر
الشيء بغير لفظه الموضوع له كقولك للطويل النجاد لطويل القامة ولكثير الرماد للمضياف والتعريض ان يذكر
شيئا يدل به على شيء لم يذكره كما يقول المحتاج للمحتاج اليه جئتك لاسلم عليك ولانظر الى وجهك قاله
الزمخشري وقال تاج الشريعة التعريض تضمين الكلام دلالة ليس لها فيه ذكر كقولك ما اقبح البخل
تعرض بانه بخيل والكناية ذكر الرديف وارادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد بمعنى طويل
القامة وكثير الرماد يعني انه مضياف وفي شرح التاويلات اراد بالتعريض للمتوفى عنها زوجها اذ التعريض
لا يجوز في المطلقة بالاجماع لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا
يخفى على الناس فاما المتوفى عنها زوجها فيجوز لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض على وجه لا يقف عليه
سواها واجمعوا على منع الخطبة وجواز التعريض في المتوفى عنها زوجها وفي المنهاج لا تعريض لرجعية
ويحل في عدة الوفاة وكذا في البائن في الاظهر م لقوله تعالى لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء
الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ش وتمام الاية لا جناح عليكم فيما عرضتم
به من خطبة النساء او اكننتم في انفسكم علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا
قولا معروفا يقول الله تعالى لا جناح عليكم اي ولا اثم عليكم ان تعرضوا الخطبة النساء في عدتهن من
وفاة ازواجهن من غير تصريح قوله او اكننتم اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين
ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن
ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطئا لانه مما يسر وقال الحسن والنخعي وقتادة والضحاك ومقاتل
ابن حيان والسدي يعني الزنا وهو رواية العوفي عن ابن عباس واختاره ابن جرير وقال علي بن طلحة
عن ابن عباس ولكن لا تواعدوهن سرا لا تقول لها اني عاشق وعاهديني ان لا تتزوجي غيري ونحو هذا قوله
الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن
مواعدة قط الا مواعدة معروفة وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره المصنف على ما
يجي الان وكذا فسره مجاهد والثوري والسدي وقال ابن سيرين قلت لعبيدة ما معنى قوله الا ان
تقولوا قولا معروفا قال تقول لوليها لا تسبقني بها يعني لا تزوجها حتى تعلمني رواه ابن ابي حاتم
وقال عليه السلام السر النكاح ش هذا غريب قاله مخرج الاحاديث اراد انه لم يثبت ولم يتعرض
اليه احد من الشراح غير ان الاترازي قال ولنا في صحة هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم
نظر م وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج ش اخرجه البخاري عن مجاهد عن ابن عباس
لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول اني اريد التزوج ولوددت انه تيسر لي امراة صالحة م وعن سعيد
ابن جبير في القول بالمعروف اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع ش ولا يجوز للمطلقة الرجعية والا
والمبتوتة اخرجه البيهقي عنه الا ان تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو
ان نجتمع م ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ش اي المطلقة طلاقا بائنا اما واحدة بائنة او ثلاثا
م الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير
منزلها ش واوجب المبيت على المتوفى عنها زوجها عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وام سلمة رضي الله
عنهم وبه يقول ابن المسيب والقاسم بن محمد والاوزاعي ومالك والشافعي واحمد واسحق بن راهويه
وابو عبيد وجماعة من فقهاء الامصار وعن علي وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم انها
تعتد حيث شاءت وهو قول الحسن وعطاء والظاهرية م اما المطلقة ش اي اما الدليل على عدم
جواز خروج المطلقة من بيتها ليلا ولا نهارا م فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن
الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج ش قاله ابرهيم النخعي وبه قال ابو
حنيفة فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي الا كافر ولا
يزني احد الا ان يكون فاسقا م وقيل الزنا ش اي الفاحشة هو الزنا م ويخرجن لاقامة الحد
عليهن ش قاله ابن مسعود رضي الله عنه وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس هي نشوزها وان
تكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها م واما المتوفى عنها زوجها ش اي واما جواز خروج

المتوفى

المتوفى عنها زوجها نهارا وبعض الليل م فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد
يمتد ش اي وقد يمتد امرها في النهار بسبب اشتغالها بامر المعاش م الى ان يهجم الليل ش ولها بعض
الليل ولكن لا تبيت الا في منزلها م ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت
على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا ش لطلب المعاش م وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا تبطل
به ش اي باسقاط حقها م حق عليها ش وفي شرح الكافي وان كانت صبية فلها ان تخرج لانها لا
تخاطب بما هو اغلظ من هذا من حقوق الشرع كالصلوات والحدود وليس للزوج ان يمنعها
في الطلاق البائن لانه لم يبق له عليها ملك ولا يتوهم ان الولد الا ان يكون مراهقة يتوهم ان تحبل فحينئذ
في الكتابية م وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة
او الموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه
ش نسب البيوت اليهن عن السكنى لما قال تعالى وقرن في بيوتكن واما البيوت للازواج ثم
السكنى عام يشمل البيت المملوك والمستاجر والمستعار جميعا م ولهذا ش ولهذا اي ولاجل وجوب
اعتدادهن في المنزل الذي يضاف اليهن بالسكنى م لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان
تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام ش اي وقال النبي صلى الله عليه وسلم م للتي قتل
زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله ش هذا الحديث اخرجه اصحاب السنن
الاربعة كلهم من طريق سعد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة
ان الفريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري اخبرتها انها جاءت رسول الله
صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب اعبد له
ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك مسكنا ولا نفقة قالت فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم
او امر بي فنوديت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شان زوجي
قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما
كان عثمان رضي الله عنه ارسل الي فسالني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به فاخرجه الترمذي
حدثنا الانصاري ثنا معن ثنا مالك عن سعد بن اسحق الى اخره ثم قال هذا حديث حسن صحيح
واخرجه ابو داود والنسائي من طريق مالك واخرجه ابن ماجه من رواية ابي خالد الاحمر ورواه
احمد واسحق وابو داود الطيالسي والشافعي وابو يعلى الموصلي في مسانيدهم ورواه ابن حبان في صحيحه
واخرجه الطحاوي من ثمان طرق وقد طعن ابن حزم فيه بانه من طريق زينب بنت كعب بن
عجرة وهي مجهولة ولا روى عنها غير سعد بن اسحق بن كعب وهو غير مشهور وراحب بانه لا
يلتفت الى كلامه بعد ان حكم الترمذي بصحته وقال ابن المنذر ثبت دليل صحة حديث فريعة
في تصحيح الترمذي اياه وتوثيقهما وتوثيق سعد بن اسحق ولا نظر الفقهاء ان لا يروى عنه الا واحد
وقال ابن عبد البر حديث مشهور معروف عند علماء العراق والحجاز واعلم انه وقع في رواية يحيى
ابن يحيى عن مالك عن سعد بن اسحق بزيادة الياء بعد العين وكذا وقع في رواية عبد الرزاق
والبخاري في تاريخه ووقع في رواية الجمهور عن سعد بدون الياء وهو الصحيح قوله بطرف
القدوم اي في طرف القدوم بفتح القاف وضم الدال المخففة وهو اسم موضع على ستة اميال
من المدينة وجاء في حديث اخر ان ابراهيم عليه السلام اختتن بالقدوم قوله حتى يبلغ الكتاب
اجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك فان قلت حديث يشكل في المذهب وهو ما رواه
الدارقطني عن محبوب بن محرز عن ابي مالك النخعي عن عطاء بن السائب عن علي رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم امر المتوفى عنها زوجها ان تعتد حيث شاءت قلت قال الدارقطني لم
يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز ايضا ضعيف
وعطاء مختلط م وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها ش بان كان نصيبها وحدها لا يكفيها م
واخرجها الورثة من نصيبهم ش بان لم يرضوا بسكناها م انتقلت لان هذا انتقال بعذر

والعبادات يؤثر فيها الاعذار س والدليل عليه ما روي ان عليا رضي الله عنه نقل ابنته ام كلثوم
حين قتل عمر رضي الله عنه م من بيت العدة لان عمر كان يسكن في دار الامارة وقد استعملت الدار الى
عثمان رضي الله عنه م فصار كما اذا خافت على متاعها س في ذلك المنزل من سرقة او نهب م او خافت
سقوط المنزل عليها او كانت فيها باجر س يعني باجرة م ولا تجد ما تؤديه س اي لا تقدر على ادائها
وكذا اذا كانت في بعض الرساتيق قد دخل عليها من السلطان او غيره فلها ان تنتقل الى المصر م
ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث س اي ثلاث طلقات م لا بد من سترة بينهما س اي بين
الرجل والمراة قال في النهاية يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا في الوفاة اذا كان
من ورثته من ليس بمحرم م ثم لا باس س اي لا بعد وجود السترة لا باس بان يسكنا في بيت واحد
لانه س اي لان الرجل مسلم م معترف بالحرمة س وحال المسلم هكذا يجتنب الحرام م الا ان
يكون فاسقا س استثناء من قوله لا باس مع السترة م يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر
س ولو كانت بينهما سترة فيكون ذلك المنزل كالمنزل الاول فلا تنتقل منه الا ببعض الاعذار
وهو معنى قوله م ولا تخرج عما انتقلت اليه س اي ولا تخرج عن المنزل الذي انتقلت اليه قالوا
في شرح الجامع الصغير وان خرج الزوج فهو اولى فهو معنى قوله م والاولى ان يخرج هو ويترك لها
س اي الاولى ان يخرج الزوج من البيت ويترك المراة فيه احترازا عن الخروج م وان جعلا س
اي الزوجان م بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة س اي على كونها حايلة بينهما م فحسن س
لحصول المقصود وان لم تجد المراة بعد ما لها الانتقال الى منزل اخر لعدم العذر واجرة المنزل
عليه في الطلاق وعليها في الوفاة ولو كان الزوج غايبا تعطي اجرة المنزل ان طلبها صاحبها
باذن القاضي لترجع على الزوج م وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج س اي المراة م والاولى خروجه س
اي خروج الرجل فيكتري بيتا اخر لنفسه ويترك لها في المنزل الذي وقعت فيه الفرقة م واذا
خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها س في بعض الطريق م فان كان بينها
وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى س اي من حيث
المعنى لان خروج المعتدة ما دون السفر مباح م بل هو بنا س على الخروج الاول م وان كانت س
اي المدة بينها وبين مصرها م ثلاثة ايام ان شاءت رجعت س الى مصرها م وان شاءت مضت
س الى مقصدها سوا م كان معها ولي او لم يكن معناه س اي معنى قول محمد لان المسالة من مسائل
الجامع الصغير لمحمد اذا كانت ثلاثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج
س اي اخوف اكثر عليها من خوف الخروج بغير محرم كالتي اسلمت في دار الحرب فان لها ان تخرج بغير محرم
لخوفها على نفسها ودينها تضيع في المفازة لذلك ولو كان المصر يقرب منها على غير طريق القافلة
فليس لها ان تتخلف عن القافلة كذا في شرح الطحاوي م الا ان الرجوع اولى س استثناء من قوله ان
شاءت رجعت وان شاءت مضت اي الا ان الرجوع الى مصرها اولى م ليكون الاعتداد في منزل
الزوج س لانه حينئذ تقع عدتها في المنزل الذي امرت به في قوله عليه السلام اسكني في بيتك
م [illegible] س اي قال محمد في الجامع الصغير م الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر س استثناء
من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك الا اذا كانت المفارقة في
م فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج س يعني بعد انقضاء العدة م ان كان لها محرم وهذا س اي
المذكور م عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا باس ان تخرج من المصر
قبل ان تعتد س وهو قول ابي حنيفة اولا م لهما س اي لابي يوسف ومحمد م ان نفس الخروج مباح
س بالاتفاق بدليل انها تخرج الى ما دون السفر بالاتفاق م دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة
وهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت س اي الحرمة م بالمحرم س اي بوجود المحرم فصار
السفر مع المحرم كما دون السفر بغير المحرم م وله س اي ولابي حنيفة ان العدة امنع من الخروج
من عدم المحرم فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها
الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى س بان يحرم وفي المحيط البدوي طلق امراته واراد
نقلها الى مكان اخر في الكلا والماء ان لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها او مالها ليس له ذلك

وان تعذرت فله ذلك لان الضرورات تبيح المحظورات ص باب
ثبوت النسب س اي هذا باب في بيان ثبوت النسب ولما ذكر انواع المعتدات من ذوات
الاقراء والاشهر واولات الاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب م
ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها س اي
من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان
انما قيد بهذا لانها اذا جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب لانها
جاءت بالولد بعد الطلاق ظاهرا فلا يثبت النسب ولا تجب العدة وكذا اذا جاءت بالولد لاقل من
ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب ايضا لان العلوق يكون حينئذ قبل النكاح م فهو ابنه
وعليه المهر اما النسب س اي اما ثبوت النسب م فلانها س اي فلان المراة م فراش س قال عليه
السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر والفراش العقد كذا فسره الكرخي م لانها
س اي لان المراة م لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به س اي بالولد م لاقل
منها س اي من ستة اشهر م من وقت الطلاق فكان العلوق قبله س اي قبل الطلاق في حالة النكاح
م والتصور ثابت س هذا جواب عما يقال هذا النكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوجها
ذاك بقوله الطلاق فاجاب بقوله والتصور ثابت اي تصور الوطء والاعلاق ثابت وبين ذلك بقوله
م بان تزوجها س اي بان يزوج هذه المراة م وهو خالطها س اي والحال انه جامعها يعني كانه
تزوجها وهو على بطنها خالطها والناس يسمعون كلامهما م يوافق الانزال النكاح س مقارنا للطلاق
وقال الاترازي اذ من الجايز ان يكون على بطنها وحالة الانزال تزوجها والشهود عنده وقد علقت من
ساعته فيكون وقت النكاح ووقت الوطء واحدا م والنسب يحتاط في اثباته س هذا ايضا جواب
عما يقال هذا تصور بعيد وامر نادر فينبغي ان لا يثبت النسب كما هو قول زفر وقول محمد اولا فاجاب
بقوله والنسب يحتاط في امره فيثبت استحسانا لانه يحتال في امره كما ذكرنا ومن المشايخ من قال
لا يحتاج الى هذا التكلف وقيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول اذ النكاح قايم مقام الماء كما
في تزوج المشرقي بالمغربية وبينهما مسيرة سنة فجاءت بالولد لستة اشهر يثبت النسب وان لم
يتوهم الدخول لبعد عنها قيل التصور شرط فيه ولهذا لو جاءت امراة الصغير بولد لا يثبت نسبه
وفي حق المشرقي الامكان موجود ولذا ما ثبت الاولياء حق بان يكون صاحب خطوة م واما المهر فلانه
لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتاكد المهر به س اي بالوطء حكما وهو اقوى من الخلوة فيجب
المهر كاملا وقال الفقيه ابو الليث قال ابو يوسف في الامالي ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر
ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر اخر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة رحمه الله
استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتاكد ذلك الصداق
فاشبه وجوب الزيادة م ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر
ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز ان يكون ممتدة الطهر س وكان وطئها
اللازم من ثبوت النسب الواقع في العدة رجعة عليها م وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من
زوجها لانقضاء العدة س بوضع الحمل م وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير
مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك س فان قيل ينبغي
ان يصير مراجعا لان الوطء منا حلال فيحال العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة اذ الاصل
في الحوادث ان يحال على اقرب الاوقات فيثبت المراجعة قلنا في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه
يصير مراجعا دون الاشهاد بالفعل فيحال العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله كذا في مبسوط
شيخ الاسلام وهذا كله اذا لم تقر بانقضاء العدة بعد الطلاق البائن او الرجعي اما لو اقرت بالانقضاء
والمدة تحتمل ثلاثة اقراء عند ابي حنيفة ستون يوما وعندهما تسعة وثلاثون يوما فان ولدت لاقل
من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لتيقننا ببطلان الاقرار وان ولدت لستة اشهر
او اكثر لا يثبت وكذا المتوفى عنها زوجها لو اقرت بالانقضاء بعد اربعة اشهر وعشر فهو على هذا
التفصيل وان لم تقر يثبت النسب الى سنتين لان عدة الوفاة تحتملها الانقضاء بانقضاء اربعة اشهر

وضع

وعشر وبوضع الحمل م وان جاءت به ش اي بالولد م لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد
الطلاق والظاهر انه منه ش اي ان الولد من الرجل م لانتفاء الزنا منها ش اي لاجل انتفاء الزنا منها حملا
لحالها على الصلاح م فيصير بالوطي مراجعا فان قيل لما وجد آخر من غيرها ان يلزم الزنا منها بان يحمل امرها
على التزوج باخر بعد انقضاء العدة قلت والحال انها لم تتزوج قلنا والحال انه لم يطاها في العدة
اذ لو وطيها يثبت الرجعة من غير تقرير هذا التكلف فلما كان كذلك كان حمل امرها على التزوج باخر اولى
لما فيه من رعاية الاصل وهو ان لا يثبت الرجعة بالشك قلنا نعم كذلك الا ان الحمل ببقاء النكاح
الاول اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر وان لا كلام فيه نظر لانه غير دافع بل هو الزام للسوال
والصواب في الجواب ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع
الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السوال لانا جعلنا الولد من
نكاح يحصل آخر مجهول يضيع الولد ضايعا فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا او ما في معناه فيه م
والمبتوتة ش وهي المطلقة طلاقا باينا او ثلاثا م يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين
لانه يحتمل ان يكون الولد قايما ش اي ثابتا م وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب
احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق
ش والالواد الزمن مدة الحمل سنتين وهو باطل م فلا يكون منه لان وطيها حرام الا ان يدعيه ش
استثنا من قوله لم يثبت اي لم يثبت النسب اذا جاءت المبتوتة لتمام سنتين الا ان يدعيه م اي
الا ان يدعي الزوج الولد م لانه التزمه ش اي لانه التزم النسب عند دعواه م وله وجه ش شرعي
م بان وطيها بشبهة في العدة ش النسب يحتاط في اثباته فيثبت قيل هذا مناقض لرواية كتاب
الحدود وحيث قال ان النسب لا يثبت بالوطي في عدة المبتوتة واجيب بانه يمكن ان يحمل المبتوتة
في كتاب الحدود على المبتوتة بثلاث او على مال لان المبتوتة بالكنايات تحمل شبهة في التناقض لمكان
الاختلاف في وقوع البائن في الكنايات ولهذا قيد صاحب الكتاب في الحدود بالطلاق البائن على مال
وهل يحتاج الى تصديق المراة ام لا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيه روايتان في رواية
يحتاج الى تصديقها وفي رواية لا يحتاج ولم يذكر السرخسي في شرح الكافي والبيهقي في الشامل
م فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر ش اي من وقت الطلاق وهي لم تقر
بانقضاء العدة اما لو اقرت بالانقضاء ثلاثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يرد قد الاقرار
يثبت لانا عرفنا بطلان الاقرار او في وطيها ولد م لم يلزمه ش اي لم يلزمه النسب م حتى تاتي به
ش اي بالولد لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين
لانها معتدة يحتمل ان يكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ش وسار الاحتمال ما قيل
ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة يحتمل ان يكون حاملا وقت الطلاق
فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حبلت بعد انقضاء العدة ثلاثة اشهر واذا كانت كذلك
كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين م ولهما ش اي ولابي
حنيفة ومحمد اي لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الاشهر ش لقوله تعالى واللائي لم يحضن م
فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو ش اي حكم الشرع بالانقضاء م في الدلالة فوق اقرارها
ش اي في الدلالة على انقضاء العدة فوق اقرار المراة م لانه ش اي لان حكم الشرع م لا يحتمل الخلاف
والاقرار ش اي اقرار المراة م يحتمله ش اي الخلاف والكذب فان قيل يشكل عليه المتوفى
عنها زوجها فان لعدتها جهة متعينة وهي اربعة اشهر وعشر فاذا لم يكن فيه الحمل ظاهرا ثم هناك
يثبت الى سنتين عند علمائنا الثلاثة ولا حكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانفصال بالوضع
تكلم انما قلنا لا اشكال لان لانقضاء عدتها جهة اخرى وهي الحمل اذ الاصل في الكبيرة الاحبال
وهنا لا اذ الاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلما يتعين الجهة في حق الصغيرة دون الكبيرة
لا يقال الاصل عدم الاحبال في الكبيرة ايضا لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فاما النكاح
ذلك في حق غير المنكوحة فلا يعتد الا للاحتمال فكان الاصل فيه الاحتمال كذا في المبسوط م
وان كانت ش اي الصغيرة م مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما ش اي عند ابي حنيفة

ومحمد يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا م وعنده ش اي وعند ابي يوسف م
يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا في اخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة
الحمل وهي سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان
باقرارها حكم ببلوغها ش معناه انها اعترفت بامر عند ثبته تحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها
لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وبه صرح في شرح الطحاوي
م ويثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين الوفاة وبين السنتين ش هذا اذا لم يكن المتوفى عنها زوجها
صغيرة لان نسب ولدها يثبت اذا ولدت لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام وان ولدت لاكثر
من ذلك لا يثبت عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف م وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة
الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة ش لانه
لما لم يكن الحبل ظاهرا تعين حكم الشرع بالانقضاء بمضي اربعة اشهر وعشر وذلك اقوى من اقرارها
م فصار كما اذا اقرت بالانقضاء ش ثم بعد انقضاء العدة اذا ولدت لاقل من ستة اشهر ثبت
النسب لانا تيقنا بوجود الحمل قبل انقضاء العدة واذا ولدت لاكثر من ذلك فلا لاحتمال حدوث
الحبل فلا يثبت النسب بالشك م ولنا في الصغيرة ش اشارة به الى قوله لان لانقضاء عدتها جهة
متعينة م الا انا نقول ش اي غير ان نقول م لانقضاء عدتها جهة اخرى وهي وضع الحمل بخلاف
الصغيرة لان الاصل فيها ش اي في الصغيرة ليست محل الحبل م قبل البلوغ وفيه ش اي وفي البلوغ
شك وكان الصغر ثابتا بيقين فلا يزول بالشك م واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت
بالولد لاقل من ستة اشهر يعني من وقت الاقرار يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار
وان جاءت به لستة لم يثبت ش وقال الشافعي رحمه الله يثبت منه الا ان يكون قد تزوجت فيثبت
من الثاني ان تاتي به لاكثر من اربع سنين قوله واذا اعترفت المعتدة يتناول كل معتدة عن وفاة
او عن طلاق باين او رجعي لانه اطلق المعتدة ولم يقيدها م لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال
الحدوث بعده وهذا اللفظ ش اراد به قوله واذا اعترفت المعتدة م باطلاقه يتناول كل معتدة
ش وقد ذكرناه الان قيل ذكر المرغيناني وقاضي خان ان الايسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت
بولد لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة وقال الكاكي الا ان يؤول
بكل معتدة غير الايسة م واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل
الزوج ش بكسر القاف وفتح البا الموحدة م فيثبت النسب من غير شهادة ش قوله المعتدة
باطلاقها يتناول المعتدة عن وفاة او عن طلاق رجعي او باين كذا قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله
في شرح الجامع الصغير واراد به انها ولدت وذلك بعد الوفاة او طلاق باين لم يثبت ذلك الا
بشهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة وكذلك بعد الطلاق الرجعي م وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة ش مسلمة عدلة حرة وبه قال احمد وعند
الشافعي رحمه الله يشترط اربع نسوة وعند مالك وابن ابي ليلى يثبت بشهادة امراتين وعند زفر لا
يثبت بشهادة النساء وعندهما يشترط الحرية ولفظ الشهادة ولا يشترط الذكورة والعدد
ذكره في المبسوط وقال فخر الاسلام يثبت بشهادة القابلة عند ابي يوسف ومحمد وفي المختلف
لا تقبل شهادة القابلة على الولادة الا عند ظهور الحبل او اقرار الزوج بالحبل او قيام
الفراش حتى ان المعتدة عن وفاة اذا انكر الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن اذا انكر
الزوج وفي تعليق الطلاق بالولادة لا يقبل الا بينة فلا يقبل شهادة القابلة الا عند ما
ذكرنا من القراين وعندهما يقضى بشهادة القابلة وحدها الى هنا لفظ المختلف وفي المحيط
لا يشترط العدد كيلا يكثر النظر الى العورة وقال مشايخ خراسان يشترط لفظ الشهادة لانها
موجبة حقا على غيره وعند مشايخ عراق لا يشترط وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كل
ما لا يطلع عليه الرجال واجمع اصحابنا على انه يقضى بالنسب بشهادة القابلة عند قيام النكاح
واختلفوا بعد الموت والطلاق فعند ابي حنيفة لا يثبت وعندهما يثبت م لان الفراش قايم

بقيام العدة ونحوه س اى قيام الفراش م ملزم للنسب س وبعبارة الفراش كونها متعينة للزوج
حتى ان كل ولد يحدث منها يثبت نسبه م والحاجة الى تعيين الولد س اى الحاجة هنا فى اثبات
النسب الى تعيين الولد م فيتعين بشهادتها س اى بشهادة القابلة م كما فى حال قيام النكاح س
او اقرار الزوج بالحبل او ظهور الحبل م ولابى حنيفة ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى
ليس بحجة س يعنى الذى انقضى ليس بحجة والحجة هو القايم م فمست الحاجة الى اثبات النسب
ابتداء س بالقضاء م فيشترط كمال الحجة س لان المراة لما اقرت صارت اجنبية لانقضاء عدتها
ونسب ولد الاجنبية من الاجنبى لا يثبت الا بحجة تامة فلا يقضى بشهادة القابلة وحدها م
بخلاف ما اذا ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها
س اى بشهادة القابلة لانه عليه السلام اجاز شهادة القابلة على الولادة م فان كانت معتدة عن
وفاة فصدقها الورثة فى الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه فى قولهم جميعا س وهذه
معنى تصديق الورثة ان يعترفوا جميعا او من تقوم بشهادتهم الحجة بان كان رجلان منهم او
رجل وامراتان منهم وبعض الحكم باثبات النسب حتى يشارك المصدقون والمنكر لهذا ذكره البزدوى
والتمرتاشى قال الاسبيجابى هذا جواب الاستحسان وفى القياس لا يثبت لانهم يقرون على الميت
بالنسب فلا يشاركه شمس الائمة فى تعليل المسئلة الواو قول قاموا مقام الزوج وقال
الزوج لو اقر به ثبت النسب فكذا اذا صدق الورثة بعد موته وهذا لان ثبوت النسب باعتبار
الفراش وذلك باق فى حق العدة بعد موته والحاجة الى الشهادة لتظهر الولادة فتعين الولد وقد
حصل ذلك بتصديق الورثة فلا يكون ذلك اقرارا على الميت بالنسب اذ ثبوت النسب ليس باعتبار
تصديقهم ولا باعتبارهم تصديق الورثة بل باعتبار الفراش م وهذا س اى تصديق الورثة فى حق الارث
ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم واختلف مشايخنا فى لفظ الشهادة هل يشترط فى
الورثة ام لا فان بعضهم يشترط بعد ان يكون فى مجلس الحكم لما قال فخر الاسلام وذلك لان النسب
لا يثبت فى حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة وقال بعضهم لا يشترط واليه ذهب الفقيه ابو
الليث م اما فى حق النسب هل يثبت فى حق غيرهم س اى فى غير المصدقين وغيرهم هم المنكرون من الورثة
وغيرهم من الميت م قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة س يعنى اذا كان المصدقون من
اهل الشهادة بان كانوا عدولا وذكورا واناثا يثبت النسب فى حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين
ايضا فى الارث ويطالب غريم الميت بدينه م ولهذا س اى ولاشتراط كونهم من اهل الشهادة
م قيل تشترط لفظ الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم
باقرارهم وما يثبت تبعا س اى من حيث التبعية م لا يراعى فيه الشرائط اى شرائط المتبوع كالعبد
مع المولى والجندى مع السلطان فى حق الاقامة م واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بالولد لاقل من
ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به
لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قايم والمدة اى مدة الحبل
من وقت النكاح تامة فيثبت النسب م فان جحد الولادة س اى قال انكر الزوج الولادة م يثبت
س اى النسب م بشهادة واحدة تشهد بالولادة س وان شهدت امراة واحدة حرة مسلمة وبه صرح
فى المبسوط وههنا خلاف بين العلماء قد ذكرناه عن قريب م حتى لو نفاه الزوج يلاعن س لان اللعان يجب
بالقذف م لان النسب يثبت بالفراش القايم س ولا ينتفى الا باللعان على نفيه فى مدة يصح نفيه
فيها وقد مر بيان المدة فى باب اللعان م واللعان انما يجب بالقذف س هذا جواب عما يقال اللعان
هنا انما يجب بنفى الولد والولد ثبت بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان فى معنى الحد
والحد لا يثبت بشهادة النساء واجاب بقوله اللعان انما يجب بالقذف والقذف بوجوه لان
قوله ليس منى قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم
يضر الولد الثابت بشهادة القابلة م وليس من ضرورته س اى من ضرورة اللعان م وجود الولد
فانه يصح بدونه س اى بدون الولد م فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة
اشهر وقالت هى منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد من نكاح لا من

سفاح

١٤٤

سفاح س وهو الزنا لا يقال الظاهر شاهد له ايضا لان الاصل فى الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات
فتعارضنا فلابد من دليل الترجيح لانا نقول الجواب هو لزوم حمل امرها على الفساد على تقدير اعتبار
قول الزوج فلا يجوز ذلك م ولم يذكر س اى لم يذكر محمد الاستحلاف س اى ان المراة تستحلف ام لا
م وهو على الاختلاف س المذكور فى الاشياء الستة فتستحلف عندهما خلافا لابى حنيفة لان الاختلاف
وقع فى النسب والنكاح م وان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق
عند ابى حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها س اى لان شهادة المراة م حجة فى ذلك س اى فى باب الولادة
وهما قيدان تركهما المصنف فلابد من ذلك احدهما عدم اقرار الزوج بالحبل والاخر عدم كون الحبل
ظاهرا وهنا مسائل اما ان يقر الزوج بالحبل او لم يعترف او لم يعترف به لا يقع الطلاق بقولها ولدت
ولا يثبت النسب بالاتفاق اذا لم تشهد القابلة اما اذا شهدت فعند ابى حنيفة يثبت النسب ولا
يقع الطلاق وعندهما يثبت ويقع الطلاق م قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه س هذا حديث غريب فان الله لم يذكره اكثر الشراح وقال مخرج الاحاديث روى
ابن ابى شيبة فى مصنفه فى البيوع حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعى عن الزهرى قال مضت
السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة
القابلة وحدها فى الاستهلال وامراتان فيما سوى ذلك ورواه عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا ابن
جريج عن الزهرى فذكره م ولانها س اى ولان المراة اعنى القابلة م لما قبلت فى الولادة تقبل فيما
يبتنى عليها وهو الطلاق م لان وقوع الطلاق متعلق بها م ولابى حنيفة انها س اى ان المراة التى هى الزوجة
م ادعت الحنث س على الزوج وهو وقوع الطلاق والزوج ينكر ذلك م فلا يثبت الا بحجة تامة س اى كاملة
وهذا س اشارة الى عدم ثبوت دعوى المراة الا بحجة كاملة م لان شهادتهن ضرورية فى الولادة س
لان مجلس الولادة لا يطلع عليها الرجال والثابت بالضرورة لا يتعدى موضع الضرورة م فلا تظهر فى
حق الطلاق لانه س اى لان الطلاق م ينفك عنها س اى عن الولادة فى الجملة يعنى يوجد بدونها وكذا
الولادة توجد بدون الطلاق وان صار الطلاق هنا من لوازمها كمن اشترى لحما فشهد مسلم انه ذبيحة
مجوسى قبلت شهادته فى حرمة الاكل ولا يثبت مجوسية الذابح فى حق الرجوع على البايع بشهادة الواحد
كذا فى جامع قاضى خان م وان كان الزوج قد اقر بالحبل س يعنى اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة
فقالت المراة ولدت ولكن انكرها الزوج م طلقت من غير شهادة عند ابى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يشترط
شهادة القابلة لانه لابد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه س اى شهادة القابلة حجة
فى الحنث م على ما بيناه س يعنى فى المسئلة الاولى م وله س اى ولابى حنيفة ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى
اليه س اى بالشى الذى يفضى الحبل الى ذلك الشى م وهو الولادة س الضمير فى وهو يرجع الى ما م ولانه
اقر بكونها مؤتمنة س لانه علق طلاقها بامر كائن وهو الولادة والقول قول المؤتمن فى دعوى رد الامانة
م فيقبل قولها فى رد الامانة م قال س اى قال القدورى رحمه الله م واكثر مدة الحمل سنتان لقول عايشة
رضى الله عنها الولد لا يبقى فى الولد اكثر من سنتين ولو بظل مغزل س اخرج الدارقطنى ثم البيهقى فى
سننهما من طريق ابن المبارك حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن
عايشة قالت ما تزيد المراة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفى لفظ لا يكون الحمل
اكثر من سنتين واخرج الدارقطنى ايضا من جهة البيهقى عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن انس انى
حدثت عن عايشة رضى الله عنها انها قالت لا تزيد المراة فى حملها على سنتين قدر ظل المغزل فقال من يقول
هذا هذه جارتنا امراة محمد بن عجلان امراة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة ابطن فى اثنى
عشرة سنة كل بطن فى اربع سنين قوله ولو بظل مغزل اى بقدر مكث ظله حال الدوران لان ظله
حال الدوران اسرع زوالا من ساير الظلال والغرض المبالغة فى تقليل المدة وفى بعض النسخ
ولو بفلكة مغزل وهو رواية المبسوط والايضاح ايضا وفلكة مغزل وفى شرح الارشاد ولو
بدوران فلكة مغزل م واقله ستة اشهر لقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله
فى عامين فبقى للحمل ستة اشهر والشافعى رحمه الله يقدر الاكثر س اى اكثر مدة الحمل باربع سنين وبه قال
مالك فى المشهور واحمد كذلك وقال عباده خمس سنين وقال الزهرى ست سنين وقال ربيعة

لادة

اي عبد الرحمن سبع سنين وقال الليث ثلاث سنين وقولنا قول الثوري والضحاك بن مزاحم وهرم
بن حيان واحمد في رواية م واحتج عليه ش اي على الشافعي م بما روينا ش وهو حديث عائشة م وكا
والظاهر انها قالته سماعا ش اي الظاهر ان عائشة قالت الحديث المذكور من حيث السماع عن النبي صلى الله
عليه وسلم م اذ العقل لا يهتدي اليه ش يعني العقل لا يدرك هذا لانه ما في الرحم لا يعلمه الا الله م
ومن تزوج امراة فطلقها ثم اشتراها ش يعني بعد طلاقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول لا يلزمه
الولد الا ان يجئ لاقل من ستة اشهر منذ فارقها م فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها
لزمه ش اي الولد م والا لم يلزمه ش اي وان جاءت به لاكثر من ذلك لم يلزمه م لانه في الوجه الاول ش
اراد به ما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر م ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني
ش اراد به ما اذا ولدته لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء م ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى
اقرب وقته ش وهو وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة وهو معنى قوله م فلا بد من دعوة ش يعني لا
يثبت النسب الا بان يدعيه م وهذا ش اي هذا الحكم الذي ذكرناه فيما م اذا كان الطلاق واحدا بائنا
او خلعا او رجعيا اما اذا كان ش اي الطلاق م اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها
حرمت حرمة غليظة ش لان الامة تحرم حرمة غليظة بطلقتين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره م
لا تحل الا بالشراء ش اي الوطء لا يحل له بعد الشراء لانها حرمت عليه حرمة غليظة بالتطليقتين واذا
لم تحل وطيها بملك اليمين لا يضاف العلوق الى اقرب الاوقات اذ في القضاء بالعلوق الى اقرب الاوقات
يلزم حمل امر المسلم على الحرام وهو المنكر للوطء الحرام والوطء الحرام من المولى فان قيل وجب ان يحل
بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم قلنا لا يحل لقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره والثانية في الامة كالثالثة في الحرة واذا لم يحل وطيها فلا يضاف الى اقرب الاوقات
بل يضاف الى الابعد وهو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من الطلاق
م ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده ش اي
بالاجماع م لان الحاجة الى تعيين الولد ش المعنى ان ثبوت النسب من المولى هو الدعوة
وقد وجدت من المولى بقوله فهو مني ولم يبق الا الحاجة الى تعيين الولد م ويثبت ذلك ش اي
تعيين الولد م بشهادة القابلة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا وبه قال احمد وقدم الخلاف فيه
هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة اشهر او اكثر لا يلزمه
لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول م
لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فيتعين بالدعوة كذا في جامع قاضي خان وقال
ومثله مسئلة كتاب العتاق ان قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق
وان ولدته لاقل من ستة اشهر عتق ولكن ينبغي لك ان تعرف انه فيما اذا قال ان كان في بطنك
ولد او ان كان بها حبل فهو مني بلفظ التعليق اما اذا قال هذه حامل مني يلزمه الولد
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر الى سنتين حتى ينفيه وبه صرح في الاجناس في كتاب
العتاق م ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امراته فهي امراته وهما يرثانه
ش اي الام والابن يرثان الميت م وفي النوادر جعل ش اي محمد م هذا جواب الاستحسان
والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالفاسد وبالوطء
عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح ش واعترض بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث
في الاستحسان ايضا لان هذا النكاح يثبت اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب
دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح
موجب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بموجب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت
ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية
والامة لانه من العوارض م وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت ش اي ام الغلام م معروفة
بالحرية وبكونها ام الغلام ش قيد بكونها معروفة بالحرية لانها لو لم تكن معروفة بانها حرة من
الاصل لم ترث لان للورثة ان يقولوا انت ام ولد لمورثنا وانما عتقت بموته غايته

ما في الباب انها حرة في الحال والتمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم في الماضي يصلح للدفع
لا للاثبات فيندفع عنها الرق ولا يثبت الارث وقيد ايضا بكونها ام الغلام لانه اذا لم يثبت
انها ام الغلام فلا ارث م والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك ش اي لثبوت النسب م وضعا وعادة
اي من حيث الوضع من جهة الشرع ومن حيث العادة بالشهرة بين الناس م ولو لم يعلم انها حرة
فقالت الورثة انت ام ولد له فلا ميراث لها ش قد فسرنا هذا الان بقولنا قيد بكونها معروفة
بالحرية م لان ظهور الحرية باعتبار الدار ش اي دار الاسلام م حجة في دفع الرق لا في استحقاق
الارث ش لان الارث لا يثبت الا بنسب صحيح وقال التمرتاشي لا ميراث لها ولكن لها مهر المثل
لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها ام ولد بقولهم وفي الاسرار وفيه نظر لان الدخول
انما يوجب مهر المثل في غير صورة النكاح اذا كان الوطء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والاصل
عدم الشبهة فاي دليل يدل على ذلك فلا يجب مهر المثل م باب

الولد من احق به ش اي هذا باب في بيان حكم الولد في الحضانة والتربية لمن هو ومن احق به
لان الولد عاجز عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه فجعل الشرع الولاية لمن هو مشفق عليه فجعل
ولاية التصرف الى الاب لقوة رايه مع الشفقة وحق الحضانة الى الام لرفقها في ذلك مع الشفقة
عليه وقدرتها على ذلك للزومها البيت وكونها اشفق هو المناسبة بين البابين ظاهر لا يحتاج الى
بيان م واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد ش سواء كانت كتابية او مجوسية لان
الشفقة لا تختلف باختلاف الدين م لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له
وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به
ما لم تتزوجي ش هذا الحديث رواه ابو داود في سننه حدثنا محمود بن خالد السلمي حدثنا الوليد
عن ابي عمرو يعني الاوزاعي حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امراة قالت
يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان
ينزعه مني فقال لها عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي ورواه الحاكم وصحح اسناده قالوا عمرو بن
شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فان اراد بجده محمدا كان الحديث مرسلا وان اراد به
عبد الله كان متصلا وهنا قد صرح عن جده عبد الله فالحديث متصل صحيح وعمرو وشعيب ومحمد كلهم
ثقات قولها وحجري بفتح الحاء وكسرها حجر الانسان والحواء بكسر الحاء المهملة وتخفيف الواو بيت
من الوبر والجمع الاحوية كذا في الصحاح وقال ابن الاثير اسم المكان الذي يحوي الشيء اي يضمه ويجمعه هكذا
فسره في هذا الحديث ثم قال الحواء بيوت مجتمعة من الناس على ماء والجمع احوية فسره في حديث
اخر والسقاء بالكسر الدلو م ولان الام اشفق عليه واقدر على الحضانة ش الحضانة ماخوذ من
الحضن وهو ما دون الابط الى الكشح وحضنا الشيء جانباه وحضن الطائر بيضه يحضنه اذا ضمه
الى نفسه تحت جناحه وكان المربي للولد يتخذه في حضنه ويضمه الى جانبه م فكان الدفع اليها
انظر ش اي فكان دفع الولد الى امه انظر في حقه يعني اقوى نظرا في حاله من غيرها م واليه ش
اي الى هذا المعنى م اشار الصديق ش اي ابو بكر الصديق رضي الله عنه م بقوله ريقها خير له من
شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة حاضرون متوافرون
ش هذا غريب بهذا اللفظ وقصته ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن بشر ثنا
سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق ام عاصم ثم
اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر رضي الله
عنه فقال له ابو بكر يا عمر مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه وروى
عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن عاصم عن عكرمة قال خاصمت امراة عمر رضي الله عنه الى
ابي بكر رضي الله عنه وكان طلقها فقال ابو بكر رضي الله عنه هي اعطف والطف وارحم واحنى واراف
وهي احق بولدها ما لم تتزوج وتفسير الذي ذكره المصنف قوله ريقها اي ريق ام عاصم امراة عمر
ابن الخطاب واسمها جميلة قوله من شهد بضم الشين وفتحها عسل في شمعه وفي المبسوط ريحها
وفي رواية ريح لفاعها وهو ثوب تشتمل به المراة خير له من سمن وعسل عندك يا عمر يدعه عندها

فتقضي به بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع م والنفقة على
الاب على ما بينا ش اي نفقة الولد على ابيه على ما بينا في فصل النفقات م ولا تجبر الام عليها
ش اي على الحضانة وفي بعض النسخ عليه اي على اخذ الولد يعني اذا طلبت فهي احق واذا ابت لا
تجبر على الاخذ م لانها عست تعجز عن الحضانة ش وبه قال الشافعي واحمد والثوري ومالك في رواية
وفي رواية تجبر وبه قال ابن ابي ليلى والحسن بن صالح وابو ثور واختاره ابو الليث والهندواني
من اصحابنا والمشهور عن مالك انه لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بارضاع الولد وان كانت ممن
ترضع تجبر ان لم يوجد غيرها او لم ياخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف وتجبر الاب على اخذ
الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع م فان لم تكن له ام ش اي فان لم
يكن للولد ام بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ميتة م فام الام اولى وان علت
ش اي وان علت عند الجمهور وعن احمد ام الاب اولى وهو ضعيف لان ام الام بدل عن الام وهي
مقدمة على الكل ما دامت واحدة منهن من جانب الام قائمة فهي احق م لان هذه الولاية ش اي
ولاية الحضانة م تستفاد من قبل الامهات ش لما مر من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه بام
فهي اولى ممن يدلي باب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك
لا يختلف باختلاف الدين قيل ما تبل كل شيء يحب ولكن حتى الحبارى م فان لم تكن ش اي ام الام م فام
الاب اولى من الاخوات ش وعند زفر الاخت من الاب والام او الخالة اولى من ام الاب لان
استحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام قلنا هذه ام في نفسها كام الام والام مقدمة على غيرها في
الحضانة وهذا الجد ميراثهن السدس واصل الشفقة باعتبار الولاد وذلك للجدات دون الاخوات
وعن مالك الخالة مقدمة على الجدة لاب م لانها من الامهات ش لان هذه الولاية بالامومة م ولهذا
ش اي ولكون الجدة من الامهات م تحرز ميراثهن السدس ش اي تحرز ميراث الامهات هذا ايضاح
لكون ام الاب من الامهات يعني انها من الامهات لانها تحرز السدس في الميراث وهو ميراث الام
قال الاترازي فيه نظر لان ميراث الام انما يكون هو السدس اذا كان معها ولد او ولد الابن
او الاثنان من الاخوة والاخوات واما عند عدمهم ايضا يكون للجدة السدس وميراث الام عند
عدمهم ثلث الجميع او ثلث ما بقي بعد فرض احد الزوجين م ولانها ش اي ولان ام الاب م اوفر
شفقة للولاد ش اي لاجل الولاد م فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن ش
اي لان الاخوات م بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية ش اي في رواية كتاب الطلاق
م الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الخالة والدة
ش هذا الحديث رواه البخاري عن البراء بن عازب في حديث طويل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الخالة بمنزلة الام ورواه ابو داود من حديث علي رضي الله عنه بلفظ الخالة ام وروى الطبراني
من حديث ابي مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وكذا
رواه العقيلي من حديث ابي هريرة رضي الله عنه م وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها
كانت خالته ش

م وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب ش وبه قال المزني و
شريح من الشافعية وقال الشافعي رحمه الله في الاصح تقدم الاخت لاب على الاخت لام وبه قال احمد
واعتبراه بقوة الميراث ولنا ما اشار اليه المصنف بقوله م لان الحق ش اي حق الحضانة م من
قبل الام ش معناه اي ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة وعند
زفر الاخت لاب وام والاخت لام يستويان في الحضانة م ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا
لقرابة الام ش اي لاجل الترجيح لقرابة الام لان الحضانة من قبل الامهات م وينزلن كما نزلنا
الاخوات ش يعني ان الخالة لاب وام اولى من الخالة لام اشار اليه بقوله م معناه ترجيح ذات
قرابتين ثم قرابة الام ش والخالة لاب وام ذات قرابتين والخالة لام ذات قرابة واحدة وعند
الشافعي واحمد تقدم الخالة من الاب على الخالة من الام م ثم العمات ينزلن كذلك ش يعني ان العمة
لاب وام اولى من العمة لام ثم العمة لام اولى من العمة لاب وبنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات

بمعزل

بمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتاكد بالمحرمية كذا في المحيط وفي البدائع لا حق للرجال من قبل
الام في الحضانة ولا يسلم اليهن الا بطلبهن خلاف الاب عند استغناء الصغير نحو على الفقوف وفي
المنصوري ابن العم اولى بالذكر والخال اولى بالانثى وكذا ذكر من قبل الام لا حق لهن في الولد مع العصبة
الا الخال مع ابن العم فيسلم في النساء من كان من قبل الام وفي الرجال من كان من قبل الاب ويدفع
الى مولى العتاقة م وكل من تزوجت من هؤلاء ش يعني كل من تزوجت من النساء ممن كان لها حق الحضانة م
سقط حقها لما روينا ش وهو قوله عليه السلام ما لم تتزوجي وفيه خلاف الحسن البصري قال ابن المنذر
اجمع على هذا اهل العلم الا الحسن البصري وهو رواية عن احمد قال عنده لا يسقط حقها بالتزوج
م ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا ش اي يعطي الصغير شيئا قليلا يقال شيء نزر اي قليل
ومادته نون وزاي وراء مهملة م وينظر اليه شزرا ش اي ينظر زوج الام الاجنبي الى الصغير
بموخر عينيه يقال شزره ببصره يشزره ويشزره شزرا اذا نظر اليه بموخر عينيه ومادته شين
معجمة وزاي وراء والمقصود ان هذا كناية عن قلة الشفقة على الصغير وقلة الالتفات اليه ولهذا قال
المصنف م فلا نظر ش اي اذا كان حال زوج الام الاجنبي هكذا فلا نظر منه على الصغير م قال ش اي
قال القدوري م الا الجدة اذا كان زوجها الجد ش هذا استثناء من قوله سقط حقها يعني اذا كانت
الجدة متزوجة بالجد لا يسقط حقها وان كانت ذات زوج م لانه ش اي لان الجد م قام مقام ابيه
فينظر له ش اي الصغير م وكذا كل زوج ذو رحم محرم منه ش اي من الولد كعم الولد اذا تزوج بامه لا يسقط
حقها م لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ش اي بالنظر الى القرابة القريبة وهو العم وانما ينزع
الولد من يد الام اذا تزوجت لغير محرم واذا ارتدت الزوجية لان المانع قد زال ش اي السبب قائم
لعود الحق وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية وفي رواية عن مالك لا يعود والرجعي بائن حتى
تنقضي عدتها عنده وبه قال المزني وقال غيره من الشافعية يعود بالطلاق الرجعي م فان لم يكن
للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به ش اي اولى الرجال بامساك الصبي م اقربهم
تعصيبا ش اي من حيث التعصيب اي اقرب العصبات م لان الولاية للاقرب وقد عرفت الترتيب
في موضعه ش في باب الميراث وولاية الانكاح م غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم
ش هذا استثناء من قوله فاولاهم اقربهم تعصيبا م كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة ش
لانه لا يؤمن عليها منهما وكذلك ذو الرحم المحرم من العصبة اذا لم يؤمن عليها منه لفسقه ومجانته
لا تدفع اليه لان في الدفع ضررا بالصغيرة وقال الصدر الشهيد وعند ابي حنيفة اذا لم يكن عصبة
للصغيرة تدفع الى الاخ لام لانه من قوم الام ولاية وقال في تحفة الفقهاء وان لم يكن للجارية من عصبات
فالاختيار الى القاضي ان راه اصلح يضم اليه والا فيضع عند امينة وقال محمد لا حق لذكر من قبل النساء
والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة تحضنها م والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس
وحده ويستنجي وحده ش وذكر في نوادر ابن رشيد ويتوضا وحده واختلفوا في المراد في الاستنجاء
من مشايخنا من قال المراد منه تمام الطهارة بان يتطهر وحده بالماء حيث لا يحتاج الى من
يعينه ويعلمه ومنهم من قال المراد منه ان يطهر نفسه عن النجاسة وان كان لا يقدر على تمام الطهارة
م وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ش ولم يذكر الاستنجاء
وشرط في الكتاب الكبير وغيره م والمعنى واحد ش يعني ذكر الاستنجاء فيما مضى وذكر الاستغناء في
رواية الجامع الصغير في المعنى واحد وبين المصنف ذلك بقوله م لان تمام الاستغناء بالقدرة
على الاستنجاء ش القدرة على الاستنجاء ان يمكنه ان يفتح سراويله عند الاستنجاء ويشده عند الفراغ
م ووجهه ش اي وجه قول من ذكر الاستغناء م انه ش اي ان الصغير م اذا استغنى يحتاج الى
التادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف ش اي
التسوية م والخصاف ش هو الشيخ الامام ابو بكر احمد بن عمرو بن مهير كان زعيما بناوكان يروى عن
بشر بن الوليد عن ابي يوسف القاضي وقال صاحب الطبقات احمد بن عمر بفتح العين وقيل
عمرو والفتح بن مهير وقيل مهران الشيباني روى عن مشايخ البخاري مثل ابي عاصم النبيل ومسدد
والقعنبي وغيرهم وله مصنفات كثيرة وكان زاهدا يأكل من كسب يده فلذلك سمي خصافا لانه كان

لها غير ابن العم

باب بعد اد سنة احد وستين وما بين م فقدر الاستغنا بسبع سنين اعتبارا للغالب ش لانه اذا
بلغ سبع سنين عن الحضانة غالبا ويستنجي وحده وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره وقدره ابو بكر
الرازي بتسع سنين وعند مالك الام احق بالغلام حتى يحتلم وقيل حتى يثغر اي حتى يبدل اسنانه وعند
الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد يخير في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم
اختار الاخر نقل ذلك ورد اليه فان عاد واختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا قال في المغني وهذا
لم ينقل عن احد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام م والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض
لان بعد الاستغنا تحتاج الى معرفة اداب النسا ش من الغزل والطبخ وغسل الثياب م والمرأة على
ذلك اقدر ش لانها اذا دفعت الى الاب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها والحيا في النسا زينة م وبعد
البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى لقدرته على ما لا تقدر عليه الام واهدى الى
طريق معرفة ذلك لانها تصير عرضة للفتنة مطمعة للرجال والنسا يخدعن م وعن محمد ش
رواها هشام عنه م انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ش
والاب اقدر على هذا وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام لفساد الزمان واذا بلغت احد
عشر سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم وعند الشافعي رحمه الله اذا اختار الغلام امه تكون
عندها بالليل وعند الاب بالنهار والبنت ايهما اختارت تكون عنده ليلا ونهارا وعند مالك الام
احق بالجارية حتى تنكح ويدخل بها الزوج وان حاضت م ومن سوى الام والجدة ش كالاخوات
والخالات والعمات م احق بالجارية حتى تبلغ حد التشتهى ش تكلموا في حد المشتهاة ليبتني عليه ثبوت حرمة
المصاهرة وكون الاب اولى قالوا اذا كانت بنت تسع سنين او اكثر كانت مشتهاة وان كانت
بنت خمس سنين او ما دونه لم يكن مشتهاة وان كانت بنت ست سنين او سبع سنين او ثمان سنين
ينظر ان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في النوازل
الغالب انها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين قال شمس الائمة السرخسي وبه ناخذ م وفي الجامع
الصغير حتى تستغني ش ذكر ولا رواية القدوري الا الصغيرة تترك عند من سوى الام الى
ان تشتهي بعد ذلك رواية الجامع الصغير الى ان تستغني واستغناها ان تاكل وحدها وتلبس وحدها
فاذا بلغت الى ان تشتهي او استغنت تدفع الى الاب م لانها ش اي لان من سوى الام والجدة
مثل الاخوات ونحوها م لا تقدر على استخدامها ش اي استخدام الصغيرة التي استغنت وان
كانت تحتاج الى تعلم اداب النسا م ولهذا ش اي ولاجل عدم قدرة من سوى الام والجدة على
استخدامها م لا توجرها ش اي الصغيرة م للخدمة ش اي لاجل خدمة من كان يريد استخدامها
م فلا يحصل المقصود ش وهو التعليم م بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه ش اي على الاستخدام م
شرعا ش اي من حيث الشرع بدليل الاجارة م قال ش اي القدوري م والامة اذا اعتقها
مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد ش وذلك بان زوجهما مولاهما ثم ولدتا ثم
اعتقتا فكانتا احق بالولد من مولاهما لان الخصومة انما تكون مع المولى لان الزوج لا حق له
في الولد اذ الولد يتبع الام في الملك ومالك المملوك احق به من غيره كذا في الكافي واختلف المالكية
في ام الولد اذا اعتقت مع اتفاقهم على ثبوت الحضانة للامة ذكره في الجواهر م لانهما ش اي
الامة وام الولد اللتين اعتقتا م حرتان ش فكانتا احق بالولد من مولاهما م اوان الحق ش اي
وقت ثبوت الحق م وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة
المولى وبه قال عطا والثوري والشافعي واحمد وعند مالك تثبت الحضانة للرقيق م والذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان ش فاذا عقل الاديان يوخذ منها ويدفع الى الاب وبه
قال مالك في المشهور وابن القاسم وابو ثور ويمنع ان تغذيه بالخمر ولحم الخنزير وان خيف ضم
اليه ناس من المسلمين وقال الشافعي واحمد لا حضانة لها وهو رواية عن مالك م او يخاف
ان يالف الكفر فان مقصده ان يخاف الفه الكفر واما قوله او يخاف فيجوز فيه ثلاثة اوجه
الاول النصب على انه تقدير الى ان يخاف كما في قوله لالزمنك او تعطيني حقي اي الى ان تعطيني
الثاني الرفع على انه استيناف اي هو يخاف الثالث الجزم عطفا على قوله ما لم يعقل م او يخاف

للنظر قبل ذلك ش اي الذمية احق بولدها المسلم م لاجل النظر في حق الصغير قبل ان يعقل الاديان
وقبل ان يخاف من فتنة الكفر م واحتمال الضرر بعده ش اي ولاجل احتمال حصول الضرر له باسفاف
احوال الكفر في ذهنه بعد ان يعقل الاديان م ولا خيار للغلام والجارية ش يعني بين الابوين لكون
الولد عند الام ما لم تتزوج بزوج اخر الى المدة التي ذكرناها وبه قال مالك م وقال الشافعي رحمه الله لهما
الخيار ش اذا بلغا سن التمييز ويسلم الى من اختار وبه قال احمد م لان النبي صلى الله عليه وسلم خير ش
روى اصحاب السنن الاربعة عن هلال بن اسامة عن ابي ميمونة سليم ويقال سلمان مولى من اهل المدينة
رجل صدق قال بينما انا جالس مع ابي هريرة رضي الله عنه جاءته امراة فارسية معها ابن لها فادعياه
وقد طلقها زوجها فقالت يا ابا هريرة ورطنت بالفارسية زوجي يريد ان يذهب بابني فقال ابو هريرة
استهما عليه ورطن لها بذلك فجاء زوجها فقال من يحاقني في ولدي فقال ابو هريرة اللهم اني لا اقول هذا
الا اني سمعت امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي
يريد ان يذهب بابني وقد اسقاني من بئر ابي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا ابوك وهذه امك
فخذ بيد ايهما شئت قوله رطنت من الرطانة بفتح الراء وكسرها وهي كلام لا يفهمه الجمهور وانما هو مواضعة
بين اثنين او جماعة والعرب تخص بها غالبا كلام العجم قوله من بئر ابي عنبة بكسر العين المهملة وفتح
النون وبالباء الموحدة وهي بئر معروفة بالمدينة عندها عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم اصحابه لما
سار الى بدر وقوله من يحاقني بالحاء المهملة وبالقاف اي من ينازعني واستدل الشافعي رحمه الله ايضا بحديث
رافع بن سنان وهو الذي ذكره المصنف واجاب عنه على ما ياتي اخرجه ابو داود والنسائي عن عبد الحميد
ابن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امراته ان تسلم فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ فاجلس
النبي صلى الله عليه وسلم الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه ولفظ ابي
داود انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع
ابنتي واقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبية بينهما وقال لهما ادعواها
فمالت الصبية الى امها فقال عليه السلام اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها واخرجه احمد في
مسنده ولفظه في ولد صغير م ولنا انه ش اي ان الصغير م لقصور عقله يختار من عنده الدعة
ش بفتح الدال والعين المهملة اي الراحة والخفض والهاء فيه عوض عن الواو لانه من ودع الرجل
بالواو وضم الدال فهو وديع اي ساكن وهو من باب فعل يفعل بضم العين فيهما كحسن يحسن م لتخليته
بينه وبين اللعب ش اي بسبب تخلية من عنده الدعة بين الصبي وبين اللعب م فلا يتحقق النظر ش
وعدم تحقق النظر على الصبي اذا اشتغل باللعب ظاهر م وقد صح ان الصحابة لم يخيروا ش لم يتعرض
اليه احد من الشراح وقد روى مالك والبيهقي عن ابي بكر رضي الله عنه انه دفع الغلام لامه
لما اختصم فيه عمر رضي الله عنه وامه قال فيه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله
والدة عن ولدها اي لا تفرق بينهما وكل انثى فارقت ولدها فهي والدة وقد ولهت توله وولهت تله
ولها وولهانا فهي والهة ووالهة والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد والمصنف اصح بعد ما
وقع هذا او رد ما يخالف هذا روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج انه سمع عبد الله
ابن عمير يقول اختصم اب وام في ابن لهما الى عمر رضي الله عنه فخيره فاختار امه فانطلقت به وروى
ابن حبان عن ابي هريرة انه خير غلاما بين ابيه وامه م واما الحديث ش اشار به الى الحديث الذي
استدل به الشافعي رحمه الله وهو قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خير واشار به الى الجواب عنه
فقال م قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه ش هذا جواب عما استدل به
الشافعي في حديث التخيير بيانه انه لو كان للتخيير اعتبار لم يقل النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهده
فوفق لاختيار الانظر في حقه ببركة دعائه عليه السلام ولم يوجد ذلك فيما نحن فيه م او يحمل على ما اذا
كان بالغا ش هذا جواب ثان عن حديث الشافعي ولكن ليس بوجه ولا يرضى به الخصم لانه صرح فيه
بان ابنا لهما صغيرا لم يبلغ وهو في حديث رافع بن سنان الذي مضى عن قريب وفي رواية اخرجها ابو داود
عن رافع بن سنان ولفظه انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم

وقال رافع ابنتي واقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحيه والاب ناحيه واقعد الصبيه بينهما وقال لهما
ادعواها فمالت الصبيه الى امها فقال عليه السلام اللهم اهدها فمالت الى ابيها واخذها انتهى وهذا
ايضا صرح به بالصبيه وانها فطيم فكيف يكون الولد بالغا والجواب ان اصحابنا قصروا في هذا الباحث
يستدل الخصم بالاحاديث الصحيحه وهم يستدلون بالدليل العقلي واجابوا عن حديث ابي هريرة بان لفظه
اجوبه الاول انه عليه السلام امر بالاستهام وهو متروك بالاجماع والثاني لم يذكر فيه الطلاق ونوطها
ان زوجها قبل تمام النكاح بينهما والثالث ليس فيه ذكر سبع سنين والخصم يشترط للتخيير سبع سنين
والرابع ان بئر ابي عنبه كانت بالمدينه ولا يمكن للصغير ان يستقي منها ولا يحملوا الكلام على ما ذكر وقال على ان الابن
اذا بلغ يخير بين ابويه فان اراد ان ينفرد فله ذلك الا اذا كان فاسقا يخشى عليه شيء فحينئذ يضمه الاب
الى نفسه لانه اقدر على صيانته اما الجاريه فان كانت بكرا يضمها الى نفسه سواء كانت مامونة او غير
مامونه فان كانت ثيبا فان كانت مامونه ليس له ان يجبرها حتى يكون معد للزوال ولابد عنها كذا في
نسخ الفتاوى وغيرها قال الاتراري وفي الكافي اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز
والشرط باطل م **فصل** ش اي هذا فصل في بيان حكم من يريد اخراج الصغير الى البلد
ومن هذا في فصل على حدة م واذا ارادت المطلقه ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك ش هذا
بعد انقضاء عدتها فانه صرح به في جامع قاضي خان وغيره م لما فيه من الاضرار بالاب ش اي في الخروج
بالولد للانقطاع ولدم عنه م الا ان تخرج بولدها من المصر الى وطنها ش بالاستثناء من قوله فليس لها
ذلك م وقد كان الزوج ش اي والحال ان الزوج قد م تزوجها فيه ش اي في وطنها م لانه التزم المقام
فيه عرفا وشرعا ش اما العرف فلان الزوج يقيم في البلد الذي يتزوج فيه عادة الا انه يلزمها متابعة
الزوج اذا اعطاها جميع المهر رضيت بذلك او لم ترض فبعد زوال الزوجية يعود الامر الاول
واما شرعا فلان العقد متى وجد في مكان يجب تحصيل احكامه فيه ولهذا يجب تسليم المعقود عليه
والثمن في مكان العقد والاولاد من ثمرات عقد النكاح فيجب امساكها في موضع العقد بخلاف ما
اذا ارادت النقل الى مصر لم يتزوج في مصرها ولم يكن ثم اصل النكاح فليس لها ان تنقل الاولاد
ولذا اذا ارادت الانتقال بالولد الى مصرها الكن لم يكن ثمة اصل النكاح لعدم دليل العرف والشرع
م وقال عليه السلام ش اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م من تاهل ببلدة فهو منهم ش لم يتعرض احد
من الشراح لهذا الحديث ولا بحر ذكره وروى هذا الحديث ابن ابي شيبه في مصنفه حدثنا
المعلى بن منصور عن عكرمة بن ابراهيم الازدي عن عبد الله بن عبد الرحمن بن الحارث بن ابي ذباب
عن ابيه ان عثمان رضي الله عنه صلى بمنى اربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تاهل
ببلدة فهو من اهلها فصلى صلاة المقيم واني تاهلت منذ قدمت مكة ورواه ابو يعلى الموصلي في
مسنده لذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلدة فهو من
اهلها وانا اتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها ورواه احمد في مسنده ولفظه سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من تاهل في بلد فليصل صلاة مقيم واستدل به المصنف لقوله لانه التزم
المقام معها فيه شرعا حاصله ان الرجل اذا تزوج امراة في بلد هو وطن المراة يكون من اهل ذلك البلد م
ولهذا يصير الحربي به ش اي بالتزوج قاله الاتراري والاكمل م ذميا ش وقال تاج الشريعة الضمير يرجع
الى التزام المقام وبيانه انه لما استدل بقوله التزم المقام عرفا وشرعا فلقائل ان يقول هب انه
التزم المقام فلماذا يصير مقيما فيجاب عنه بان الالتزام المقام اثر ولهذا يصير الحربي ذميا فيل
هذا خلاف المفهوم من كلامه وقال صاحب النهاية هذا وقع غلطا اي قوله ولهذا يصير الحربي به
ذميا فانه ذكر في سير هذا الكتاب وشرح سائر الكتب وغيره المبسوط ان اذا تزوج ذمية لا يصير
ذميا لانه يمكنه ان يطلقها ويرجع وقد وجدت بخط شيخي المسرخي في النسخة التي قوبلت بنسخة المصنف
هذه الجمله وقال الاتراري ونقل عن الامام حافظ الدين الكبير ان هذه الجمله ليست في النسخة التي قوبلت
مع نسخة المصنف فعلى هذا يكون السهو من الكاتب لانه قال في السير الكبير بعد كتاب الحدود في
ارض الحرب ثبات واذا دخلت المراة من اهل الحرب دار الاسلام بامان وهي كتابيه فتزوجها ذمي
او مسلم فقد صارت ذمية لان زوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب وكان اقدامها على النكاح

مع علمها ان لزوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب رضى منها بالمقام في دار الاسلام واما الحربي اذا تزوج
ذمية لا يصير ذميا لان المراة ليس لها ان تمنع زوجها عن العود الى دار الحرب انتهى وغير بعضهم لفظ الحربي
بلفظ الحربيه حتى لا يرد السوال وقال بعضهم لا حاجه الى تغيير اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة للشخص
اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى قلت هذا بعيد جدا م وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها ش
غير وطنها صفة لقوله بمصر م وقد كان التزوج فيه ش اي والحال ان تزوج الزوج فيه اي في مصر غير
وطنها م اشار في الكتاب ش اي القدوري م الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق ش من الاصل م
وذكر ش اي محمد رحمه الله م في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه
ش اي في ذلك المكان م كما يوجب البيع التسليم في مكانه ش اي تسليم المعقود عليه في موضع العقد م
ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد ش لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب امساكها في موضع العقد م وجه
الاول ش اراد به قوله ليس لها ذلك وهو رواية كتاب الطلاق م ان الزوج في دار الغربة ليس التزاما
للمكث فيه عرفا ش اي من حيث العرف اراد ان العرف لم يجر بان يكون التزوج في دار الغربة التزاما للاقامة
فيها م وهذا اصح ش اي الوجه الاول هو الاصح م والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح
ش اي لانتقال الام بالاولاد الصغار ولا بد من وجود امر اخر وهو الا يريد الانتقال الى دار الحرب
فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو ارادت الانتقال الى دار الحرب وان كان اصل النكاح وقع هناك وهي
حربيه بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا ليس لها ذلك ولو كانا جميعا حربيين فلها ذلك م وهذا كله
ش اي هذا الذي ذكرناه كله م اذا كان بين المصرين تفاوت ش اراد به البعد بحيث لا يمكن الاب ان يخرج
الى بيته من يوم مطالعه اولاده م اما اذا تقاربا ش اي المصران م بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده
ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ش يعني اذا كانا قريتين بحيث يمكن الاب
مطالعة اولاده في يومه فلها ذلك م ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظرا
للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر للاب وفي عكسه ش وهو الانتقال من المصر الى
القرية م ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك ش اي ليس لها ان تنقل الصغار من المصر
الى القرية الا اذا وقع العقد فيها فحينئذ لها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي فتاوى البقالي ليس لها ذلك
بحال وان وقع العقد هناك الا **فروع** لو جاءت بصبي وقالت هذا ابني وقد ماتت فاعطني نفقته
فقال لها لم يمت وهي في منزلي اراد اخذه منها لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي امه فيجيء لها فيأخذه منها وان
جاء بامراة وقال هذه بنتك وهي امه وقالت ابنتي ماتت فالقول للزوج لان الفراش لهما فكان الولد لهما
قال الاب يكون بنت سنين وقالت بنت سبع سنين ان كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع اليه والا فلا
ولو ادعى الزوج عليها وانكرت فالقول لها ولو قال طلقتني على كذا حتى ان لم تعين الزوج فالقول لها
وان عينت لا تقبل قولها في الطلاق وان كان معسرا فقالت العمة انا اربي بغير اجرة والام طلبت اجرة فالعمة
اولى هو الصحيح م **باب النفقة** ش اي هذا باب في
بيان احكام النفقة وهي اسم بمعنى الانفاق وهي عبارة عن الادرار على الشيء بما به بقاؤه والنفقة تجب
باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك والكل يجيء بيانه على الترتيب مشتملا على ذكر فصول
كما يجيء ان شاء الله تعالى م قال ش اي القدوري م النفقة واجبة للزوجة على زوجها ش سواء كانت المراة
م مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله ش اي في منزل الزوج قال الاقطع في شرحه تسليمها نفسها
شرط في وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك وقال الاتراري يعلم بهذا ان ما ادعى بعض شارحي الهداية بقوله
هذا الشرط ليس بلازم في هذه الرواية فيه نظر قلت اراد ببعض الشارحين السغناقي صاحب النهاية
فانه قال هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد
النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا يرى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته جاز
لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المراة والانتقال حق الرجل فاذا لم يطالبها
فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها وقال في النهاية وقال بعض المتاخرين من ائمة بلخ لا تستحق
النفقة اذا لم تزف الى بيت زوجها والفتوى على جواب الكتاب وهو وجوب النفقة وان لم تزف كما كان
الزوج قد طالبها بالنقلة فان لم تمتنع عن الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة ايضا واما اذا امتنعت

لها بالنقلة

عن الاستقبال اذا كان الامتناع بحق بان امتنعت لتستوفي مهرها فلها النفقة واما اذا كان الامتناع
بغير حق بان كان اوفاها المهر حالا او وهبته منه فلا نفقة لها فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره
كانت نفقته عليه م والاصل في ذلك ش اي في وجوب النفقة م قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ش
امر بالانفاق والامر للوجوب والسعة القدرة م وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
ش المولود له هو الاب ورزقهن الامهات قوله بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما تعرفون
انه العدل على قدر الامكان وكله على الايجاب م وقوله عليه السلام ش اي وقول النبي صلى الله عليه وسلم
م في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ش هذا الحديث رواه مسلم عن جابر
ابن عبد الله وهو حديث طويل جدا وفيه فاتقوا الله في النساء فانكم اخذتموهن بامان الله واستحللتم
فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا
غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف الحديث اخرجه مسلم في باب حجة النبي صلى الله عليه
وسلم م ولان النفقة جزاء الاحتباس ش اي احتباس المراة عند الرجل م فكل من كان محبوسا بحق مقصود
لغيره كانت نفقته عليه ش لا يقال يرد على هذا نفقة الرهن فانها على الراهن مع انه محبوس بحق المرتهن
لانا نقول سلمنا انه محبوس عند المرتهن ولكن لا نسلم انه محبوس بحق هو مقصود للمرتهن حتى لانه
لما حصل مقصود المرتهن حصل مقصود الراهن ايضا الا ترى انه اذا هلك هلك بالدين الذي على الراهن
مضمونا فكان من نفقته من الدين لكن في هذا اذا ان ينبغي ان تجب النفقة عليهما جميعا الا ان النفقة
لما كانت لتستبقيه الرهن وهو على ملك الراهن وجبت عليه خاصة كالوديعة تجب نفقتها على صاحب
المال م اصله ش اي اصل من كان محبوسا لمنفعة يرجع الى غيره م القاضي والعامل في الصدقات ش
لانهما حبسا انفسهما لمصالح المسلمين فيجب كفايتهما وكذلك المفتي والمولى والوصي والمضارب اذا سافر
بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بكفاية المسلمين في دفع عدوهم يجب كفايتهم م وهذه الدلائل ش
اشار بها الى ما ذكر من الكتاب والسنة وقال الاترازي اي الايات الدالة على وجوب النفقة والدليل
العقلي م لا فصل فيها ش اي لا فرق فيها بل هي مطلقة م فتستوي فيها المسلمة والكافرة والغنية والفقيرة
والموطوءة وغير الموطوءة والمنتقلة الى بيت الزوج وغير المنتقلة م ويعتبر في ذلك حالهما جميعا ش اي حال
الزوجين وهذا لفظ القدوري م قال ش اي المصنف رحمه الله م وهذا اختيار الخصاف
وعليه الفتوى ش اي في اختيار الخصاف الفتوى وظاهر الرواية عن اصحابنا اعتبار حال الرجل
في اليسار والاعسار دون حال المراة وبه صرح محمد في الاصل والحاكم في الكافي وصاحب الشامل
في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واليه ذهب الكرخي وكثير من مشايخنا منهم
صاحب التحفة وصاحب المنافع وغيرهم وهو قول الشافعي رحمه الله م وتفسيره ش اي تفسير قول
الخصاف م انهما ش اي الزوجين م اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين تجب نفقة
الاعسار ش اي تجب نفقة الاعسار م وان كانت معسرة والزوج موسرا ش اي وكان الزوج موسرا
م فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات ش وفي الذخيرة بيانه اذا كان الزوج موسرا
مفرط اليسار نحو ان ياكل الحلوا واللحم المشوي والباجات والمراة فقيرة كانت تاكل في بيتها
خبز الشعير لا يؤخذ الزوج ان يطعمها مما ياكل بنفسه ولا ما كانت المراة تاكل في بيتها ولكن يطعمها
بين ذلك ويطعمها خبز البر وباجة او باجتين هذا معنى اعتبار حالهما واما اذا كان الزوج معسرا
والمراة موسرة لم يذكر المصنف هذا القسم قال الاترازي ولا ادري كيف ذهب عنه ولا بد من
ذكره فقال الخصاف في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف لها ان تطعمها
خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر وقال الاترازي في هذا التكلف تكليف ما ليس في
الوسع فلا يجوز قال الامام السرخسي لم يذكر صاحب الكتاب انه ياكلها يعني ان الخصاف لم يذكر
في كتاب النفقات ثم قال الكرخي مشايخنا قالوا المستحب له ان ياكلها لانه مامور بحسن العشرة
معها وذا في ان ياكلها ليكون نفقتها ونفقته سواء م وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول
الشافعي لقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ش وهو ظاهر الرواية وقال تعالى ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما اتاه الله بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على حسب حاله ولما وجب

نفقتها

نفقتها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا يستوجب على الزوج الا بحسب حاله م ووجه الاول
ش اي وجه اعتبار حالهما وهو اختيار الخصاف م قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه
وسلم م لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف ش هذا الحديث
اخرجه الجماعة غير الترمذي عن هشام عن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها ان هندا ام معاوية
قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو
لا يعلم فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف م اعتبر حالها ش اي اعتبر عليه السلام حال المراة
ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى وهو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما
صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالاية
تدل عليه والخصم يقول به فاذا الاية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما
بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا تعارض
الاية لكونه من الاحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
فيكون المعارضة حينئذ بين الايتين فيجمع بينهما م وهو الفقه ش اي اعتبار حال المراة هو الفقه اي هو
الذي يفهم من الدلائل واشار بهذا الى انه اختار قول الخصاف حيث اعتبر حالها لكن ذكر الدليل
من جهة نفسه لما اختاره وانما قلنا من جهة نفسه لئلا يرد على اعتراض الاترازي حيث قال قوله
لان النفقة الى قوله فلا معنى للزيادة فيه نظر لانه لا يبقى بين الدليلين والمدلول مطابقة
لان صاحب الهداية اورده دليلا لقول الخصاف وقول الخصاف اعتبار حالهما جميعا لا اعتبار حال
المراة وحدها انتهى قلت نحن نقول اختار المصنف ما اختاره الخصاف ولكن دليله من جهته غير ما ذكره
لئن يتبين ذلك بقوله م لان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا
معنى للزيادة ش عرفها بيتها نظرا الى حال الزوج ثم اجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله
م واما النص فنحن نقول بموجبه ش اي بموجب النص وهو انه يخاطب بقدر وسعه ش قال تاج الشريعة لئلا يلزم
التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زاد كفايتها على ما في وسعه يكون دينا عليه وهو معنى قوله م والباقي
دين في ذمته ش عملا بالدليلين ولا يؤديه مع العجز واعترض الاترازي على المصنف بقوله وهذا لا
يكون جوابا لما ذهب اليه الكرخي من ظاهر الرواية لان نص القران لا يثبت الزيادة على نفقة الاعسار لمن
ابن يثبت الزيادة بموجب النص حتى يكون دينا عليه انتهى قلت المصنف لم يثبت الزيادة بقوله لينفق
ذو سعة من سعته حتى يرد ما قاله وانما اوجب الزيادة بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف وفيما قاله عمل بالدليلين وهذه الاية تدل على وجوب كفايتهن بكله على غيره اذا عجز عن
الكفاية لا يكلف في الحال بل الزيادة على الكفاية في ذلك الوقت يكون دينا عليه والاعمال بالنصين
اولى من ترك احدهما م ومعنى قوله بالمعروف الوسط ش اي يعني قوله عليه السلام بالمعروف في
قوله لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف وكذا في قوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف الوسط م وهو الواجب ش اي الوسط هو الواجب
وفي المبسوط يجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وزمان فكما
يفرض مقدار الكفاية من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا ماذوما عادة وهذا في
تاويل قوله عز وجل من اوسط ما تطعمون اهليكم ان اعلى ما يطعم الرجل اهله الخبز واللحم واوسطه الخبز
والزيت وادناه الخبز واللبن واما الدهن فلانه يستغنى عنه خصوصا في ديار الحر فهو من اصول
الحوائج كالخبز م وبه ش اي وبالمعروف المذكور في القران والحديث م يتبين انه لا معنى للتقدير ش اي في
تقدير النفقة م لما ذهب اليه ش اي الى التقدير م الشافعي انه ش اي ان التقدير م على الموسر مدان
وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف ش المد بضم الميم وتشديد الدال رطل وثلث بالعراقي عند الشافعي
واهل الحجاز رطلان عند ابي حنيفة واهل العراق وقيل ان اصل المد مقدر بان يمد الرجل يديه فيملأ
كفيه طعاما وقال الماوردي في الحاوي ما ملخصه ان الاصل في اعتبار الحب في النفقة الكفارات
لانه طعام يقصد به في الجر ويستقر في الذمة وفي النكاح عليه تمليكها حبا وعليه طحنه وخبزه
في الاصح ويجوز الاعتياض في الاصح الا دقيقا وخبزا على المذهب ولو اكلت معه سقطت نفقتها في الاصح

وفي المعنى الحاب الحث حكم فان الشرع ورد بالانفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير فيجب ان يرد الى المعروف
والعادة وذلك في الطعام دون الحب وما بلغنا عن احد من السلف انه اطعم زوجته حبا ولا حكم بذلك حاكم
وقد ذكر قوله في جميع البلاد الاسلامية على تقدير مد تسع على الاكابر وعن مالك يفرض مد من بر وان كان
يوم وهو مد وثلث بمد النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن حبيب نحن هشام بن اسمعيل العزمي نفقة
الزوجات فاستحسنه مالك وهو خلاف ظاهر مذهبه ومذهبنا ما ذكره علماؤنا فقال في شرح
مختصر الكافي للحاكم الشهيد اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تمكن هي مقدار كفايتها فليس لها
ان تطالب الزوج بفرض النفقة وان لم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة يفرض لها بالمعروف
وهو فوق التقتير ودون الاسراف رعاية للجانبين ولا يقدر النفقة بالدراهم لان المقصود الكفاية
وقد يرخص السعر ويغلو فلا يحصل المقصود فكما يفرض لها الطعام بقدر الكفاية كل يوم يفرض الادام
ايضا لان الخبز لا يتناول الا مادوما عادة وكذلك يفرض الدهن لانه لا تستغني عنه وقال في الاصل
الادام اعلاه اللحم والاوسط الزيت والادنى اللبن والحطب والصابون والاشنان ونحو ما لا غنى لها
عنه كذا في خلاصة الفتاوى ويفرض لها من الكسوة ما يصلح للشتاء والصيف ففي الشتاء قميص وخف
وخمار وكساء كالاخص ما يكون كفايتها مما يدفئها ان كان الرجل معسرا ولا كساء في الصيف وان كان موسرا
فاجود من ذلك على قدر اليسار وللخادم قميص وازار وكساء في الشتاء كالاخص ما يكون ولا كساء في
الصيف وان كان الرجل موسرا فاجود ما يكون من ذلك وقال محمد رحمه الله في الاصل من التقدير بالدراهم
بقوله ان كان معسرا فرض لها من النفقة كل شهر اربعة دراهم او خمسة او ما بين ذلك ولخادمها ثلاثة دراهم
واقل من ذلك او اكثر وان كان موسرا عليه للمرأة ثمانية دراهم او سبعة او نحو ذلك ولخادمها ثلاثة او اربعة
ونحو ذلك فذاك ليس بتقدير لازم بل هو بناء على ما شاهد محمد في ذلك الوقت من عرف زمانه كذا ذكره شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل وقال السرخسي لم يذكر محمد في كسوة المرأة
الازار والخف في شيء من المواضع وذكر الازار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف ايضا وان كانت الخادمة
ممن تخرج للحوائج فلها الخف والمكعب بحسب ما يكفيها واما المرأة فانها مأمورة بالقرار في البيت ممنوعة
من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج ولهذا لا تستوجب الازار لانها مأمورة بان تكون
مهيئة نفسها لنشاط الزوج فليس في الزوج ان يتخذ ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار
عند اللفظة في شرح الكافي وقال في خلاصة الفتاوى هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا فيفرض
الازار والمكعب ويفرض ما تنام عليه وقال الخصاف ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش والمضربة
ومرفقة في الشتاء ولحافا تتغطى به قال شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب النفقات ذكر فراشا
على حدة ولم يكتف بفراش واحد لانها ربما تعتزل عنه في ايام الحيض او في زمان مرضها وقال الحاكم
الشهيد قال محمد لا ينبغي ان يوقت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص ولكن يجعل النفقة بقدر
الكفاية في كل زمان فينظر قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهرا بشهر قال السرخسي هذا بناء على عادة
بعض المتأخرين من مشايخنا قال يعتبر في ذلك حال الرجل فان كان محترفا تفرض عليه النفقة يوما بيوم
لانه يتعذر عليه اداء النفقة شهرا دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض عليه الاداء شهرا شهرا وان كان
من اهل الدهاقين يفرض عليه النفقة سنة سنة لتيسر الاداء عليه كذلك عند ادراك الغلة
واتحاد عليه الحوائج واما الكسوة فيفرض في السنة مرتين م لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه
ش لانها مما تختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير
يكون اضرارا باحدهما وفي المبسوط وكل جواب عرفته من اعتبار حاله او حالها في فرض النفقة فهو الجواب
في الكسوة م واذا امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت
الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فوات ش المراد من المهر هو العاجل وبه صرح في شرح الطحاوي رحمه الله
فقال ولو انها منعت نفسها لاجل مهرها العاجل فلها النفقة لان هذا منع بحق وقال في التحفة واذا
كان الامتناع بغير حق بان اوفاها الزوج المهر او كان مؤجلا فانه يسقط النفقة لانه وجد النشوز
منها لكن ينبغي لك ان تعرف ان الامتناع لطلب المهر اذا كان قبل الدخول لا يزيل النفقة اتفاقا لانه منع
بحق وكذلك بعد الدخول اذا كان برضاها عند ابي حنيفة وقالا لا نفقة لها كذا في المختلف و

قال

٩٤٩

عملا الدخول عليها وانتقاله تنتع
الا اذا امتنعت لتحول لها الى المنزل
او لتكتري لها منزلا تحليه صح

فتاوى قاضي خان ولو كان الزوج ساكنا معها في منزلها فمنعت زوجها لا تكون ناشزة ولو كانت معه في منزله
ولم تمكنه من الوطء لا تكون ناشزة م وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها
ش بتفسير الناشزة والناشزة هي المانعة نفسها عن زوجها بغير حق قيل لشريح هل للناشزة
نفقة فقال نعم فقيل كم قال جراب من تراب معناه لا نفقة لها واذا كان الرجل يسكن في ارض الغصب
فخرجت المرأة لاجل انه يسكن في المغصوب لا تكون ناشزة لانها محقة ونقل في خلاصة الفتاوى عن فتاوى
النسفي لو كان الزوج بسمرقند والمرأة بنسف فبعث اليها اجنبيا ليحملها الى سمرقند فلم تذهب لعدم
المحرم تفرض لها النفقة م واذا عادت ش اي المرأة الى منزل الزوج م جاء الاحتباس فيجب النفقة لوجود العلة
م بخلاف ما اذا امتنعت ش متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها م من التمكين في بيت الزوج لان
الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها ش اي من حيث الكره م وان كانت صغيرة ش اي ان
كانت الزوجة صغيرة م لا يستمتع بها فلا نفقة لها ش المراد من الاستمتاع الجماع لكن الحاكم الشهيد
قد صرح به في مختصر الكافي وكذلك السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وعليه جمهور
العلماء وعند الثوري والظاهرية والشافعي في قول لها النفقة لانها مال يجب بالعقد كالمهر ويستوي
الكبيرة والصغيرة والاصح عند الشافعي رحمه الله وجوبها ولو كانت في المهد لاطلاق النص م لان
متنا
الاستمتاع لمعنى فيها ش وهو انها غير مسلمة نفسها الى الزوج فصارت كالناشزة م والاحتباس
الموجب ش اي للنفقة م ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ش وهو الجماع او دواعيه م ولم
يوجد ش فلا يجب شيء م بخلاف المريضة على ما نبين ش اي قريبا من خمسة عشر خطا يعني تجب النفقة
في المريضة وان تعذر الجماع م وقال الشافعي رحمه الله لها ش اي للصغيرة النفقة م لانها ش اي لان النفقة م
عوض عن الملك عنده ش اي عند الشافعي م كما في العبد المملوك بملك اليمين ش حيث تجب نفقتها على المالك
م ولنا ان المهر عوض عن الملك ش لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر
دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا يكون النفقة عوضا م ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد ش فلا
تجب النفقة لاجله بخلاف المهر وهو معنى قوله م فلها المهر دون النفقة ش لما مر م وان كان الزوج صغيرا
لا يقدر على الوطء وهي كبيرة ش اي والحال ان المرأة كبيرة م فلها النفقة في ماله لان التسليم قد تحقق منها
وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين ش حيث تجب عليهما النفقة لان العجز منهما وعليه الجمهور
وقال مالك لا نفقة لها ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع لا نفقة لها بالاجماع لان المنع جاء من جهتهما كذا قاله
الكاكي وقال الاتراري ولو كانا صغيرين جميعا لم يذكر حكم النفقة لا في الاصل ولا في الجامع ولكن يفهم من
التعليل المذكور فيما اذا كانت صغيرة والرجل كبيرا اي لا نفقة لها في هذه الصورة ايضا لان تلك العلة
وهي عدم تسليم النفس موجودة هنا وقد صرح بما قلنا اعني بعدم وجوب النفقة في الذخيرة ايضا ع
م واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة ش لانها لما ماطلت صارت كـ
هي التي حبست نفسها فصارت كالناشزة م وان لم يكن منها ش اي وان لم يكن الاحتباس من المرأة م بان
كانت عاجزة ش عن اداء الدين م فليس منه ش اي من الزوج ايضا ولا يطالب بالنفقة م وكذا ش اي وكذا لا
نفقة لها اذا غصبها رجل كرها فذهب بها ش لفوات الاحتباس م وعن ابي يوسف ان لها النفقة ش لانه
لا منع من جهتها واختاره السغدي م والفتوى على الاول ش اي على ظاهر الرواية وهو انه لا نفقة للمغصوبة
فيما مضى م لان فوت الاحتباس ليس منه ش يعني من الزوج م ليجعل باقيا تقديرا ش بيانه ان النفقة عوض عن
الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لمعنى من
جهتها فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس منها واذا كان الاحتباس لمعنى من جهته يجعل باقيا تقديرا فكانه
لم يفت فيجب النفقة كما اذا امتنعت نفسها قبل الدخول لاجل الصداق او حبس الزوج بدين عليه او ابى
او اسلمت هي وابى الزوج الاسلام او طلقها بعد الدخول م وكذا اذا حجت مع محرم ش اي لا نفقة لها م لان فوت
الاحتباس منها ش الا اذا كان الزوج معها على ما يجيء الان م وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض
عذر ش وعند محمد تجب النفقة وقال محمد لا نفقة لها لعدم الاحتباس بحقه والتمكين من الاستمتاع بالجماع
ودواعيه م ولكن تجب نفقة الحضر ش يعني قيمة الطعام في الحضر ولا يجب عليه غلاء السعر م دون السفر ش
اي دون نفقة السفر لانها تزيد على نفقة الحضر كذا في شرح كتاب النفقات م لانها هي المستحقة عليه ش

اي لا نفقة الحضر هي الواجبة على الزوج لان المامور به النفقة بالمعروف وهي عبارة عما لا اسراف فيه
ولا تعتبر في نفقة السفر اسراف لعلا السفر فلا يكون معروفا فلا تجب ذلك م ولو سافر معها الزوج تجب النفقة
بالاتفاق س وبه قال الشافعي م لان الاحتباس قائم لقيامه عليها س اي لقيام الزوج على المراة م وتجب نفقة
الحضر دون السفر لما مر ولا تجب الكرا لما قلنا س اي في قوله لا نفقة لها هي المستحقة م وان مرضت في منزل
الزوج فلها النفقة س هذا الموعود في المصنف بقوله فيما هذا خلاف المريضة على ما بين اعلم ان المريضة
مطلقا لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مرضا يمنع من الجماع او لا لتحقق التسليم مع المرض والملازمة
الاستمتاع حصل بلا صنع او هي فلا تسقط النفقة كما في الحيض م والقياس ان لا نفقة لها اذا كان
مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه س اي
فان الزوج م يستانس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع س اي من الجماع م بعارض س اي بسبب عارض
وهو المرض م فاشبه الحيض س في كونه مانعا وتجب النفقة م وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم
مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح س اي بسبب المرض م
قالوا س اي قال مشايخنا م هذا احسن س اي هذا التفصيل حسن م وفي لفظ الكتاب س اي كتاب
القدوري م ما يشير اليه س اي الى ما روي عن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية لانه قال وان مرضت في منزل الزوج
لانه يفهم منه انها سلمت نفسها الى الزوج في منزله ثم مرضت فيه م وتعرض على الزوج النفقة اذا كان
موسرا او نفقة خادمها س هذه من مسائل القدوري ولما كان ظاهر هذا تكرار لانه قال في اول كتاب
النفقة واجبة للزوجة على زوجها عن فرع المصنف بقوله م والمراد بهذا س اي بقوله ويعرض على الزوج
النفقة اذا كان موسرا او نفقة خادمها م بيان نفقة الخادم س وبيان انه لم يذكر نفقة الخادم وحدها
نفقته باجماع الايمة الاربعة وفي الظاهرية لا تجب نفقة الخادم لانه ما جاء فيه خبر يعتمد عليه واما
قيد بقوله اذا كان موسرا وزاد فيه هذا القيد لانه اذا كان معسرا لا يفرض عليه نفقة الخادم
وان كان لها خادم على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه كذا في مختصر الكرخي وفي الاسبيجابي
والينابيع ان كان لها خادم مفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها يفرض له النفقة بالمعروف
وفي الذخيرة ان لم يكن لها خادم لا يفرض له في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثة وبه قال احمد واكثر اصحاب
الشافعي رحمهم الله وفي المبسوط عن زفر يفرض نفقة خادم واحد لان على الزوج ان يقوم بمصالح
طعامها وحوائجها فاذا لم يفعل ذلك اعطاها نفقة خادم ثم هي تقوم بنفسها او تجد خادما ثم
اختلف المشايخ في الخادم فقيل المملوك لها حتى لو كانت حرة وغير مملوكة لها لا تستحق وقيل كل من يخدمها
حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها وينبغي ان ينقص نفقة خادمها عن نفقتها اي في حال الادام لا الخبز
ولهذا س اي ولصحة ما قلت والمراد بهذا بيان الخادم م ذكر في بعض النسخ س اي في بعض نسخ القدوري
م وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها س وقال الاترازي رحمه الله وتلك النسخة هي الاصل لان
الشيخ ابا نصر اعتبرها في نسخة اعني في الشرح المعروف بالاقطع م ووجهه س اي وجه وجوب
نفقة الخادم م ان كفايتها س اي كفاية المراة م واجبة عليه س اي على الرجل م وهذا من تمامها س اي
فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المراة م اذ لا بد لها منه س اي لانه لا بد للمراة من الخادم وهو واجب
الخدام غلاما كان او جارية ثم المراة اذا لم يكن لها خادم فهل تجب عليها ان تخبز وتعالج بنفسها قال
لا تعمل لا تجبر على ذلك لان الواجب عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الاعمال بخلاف الخادم
اذا امتنع من الخدمة لا يستحق النفقة م ولا تفرض س اي النفقة م لاكثر من خادم واحد س
هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكر الحاكم الشهيد في مختصره والكرخي
في مختصره وذكر الخلاف شمس الايمة البيهقي والاسبيجابي وصاحب المختلف فلذلك ذكر المصنف
ايضا مسلما حيث قال م وهذا عند ابي حنيفة ومحمد س اي عدم فرض النفقة لاكثر من خادم عند ابي
حنيفة ومحمد وهو قول الجمهور وقول الايمة الاربعة م وقال ابو يوسف يفرض لخادمين لانها س اي لان
المراة م تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل س اي داخل البيت م والى الاخر س اي وتحتاج الى الخادم
الاخر م لمصالح الخارج س اي خارج البيت وفي التحفة وهذا الذي ذكر روي عن ابي يوسف في المشهور
عندنا لان المشهور من قوله كقولهما وبه صرح الطحاوي في مختصره وفي فتاوى اهل سمرقند اذا كانت المراة

المرأة

مرتبات الاشراف وذوي الاقدار لها خدم كثير يجبر على نفقة خادمين احدهما للخدمة والاخر للرسالة
وعن ابي يوسف في رواية اخرى اذا كانت فائقة الغنى ولها خدم كثيرة زفت اليه بذلك استحقت نفقة
الخدام كلها وهو رواية هشام عن محمد واختاره الطحاوي م ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد م ان الواحد س
اي الخادم الواحد م يقوم بالامرين س اي لمصالح الداخل ومصالح الخارج م فلا ضرورة الى اثنين س لان ما
زاد على ذلك فللزينة والتجمل م ولانه س اي ولان الزوج م لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد س
اي الخادم الواحد م مقام نفسه س ولو كان الزوج امة فلا نفقة لخادمها ولو كان لها اولاد لا يكفيه خادم
واحد فرض عليه لخادمين او اكثر م وقالوا س اي المشايخ م ان الزوج الموسر يلزمه في نفقة الخادم ما يلزم
المعسر من نفقة امراته س اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكوة وهو النصاب
من المال النامي الفاضل عن حاجته والغنى الذي يحرم به الصدقة ويجب به الفطرة والاضحية هو ان يملك
ما يساوي مائتي درهم فاضلا عن ثيابه واثاث بيته وخادمه ومسكنه وفرسه وسلاحه وكتب العلم ان كان فقيها
من اهله اذا لم يكن له فضل عن ذلك م وهو ادنى الكفاية س الضمير راجع الى قوله ما يلزم الحاصل ان نفقة
الخادم ادنى الكفاية وهو ما يلزم المعسر من نفقة امراته وفي النوازل روى قتادة عن خلاس عن علي
ابن ابي طالب رضي الله عنه انه فرض لامراة وخادمها في الشهر اثني عشر درهما اربعة للخادم وثمانية للمراة منها
درهمان للقطن والكتان وروي عن شريك انه قال شهدت ابن ابي ليلى انه فرض للمراة ستة دراهم وللخادم
بلا ادم م وقوله في الكتاب س اي القدوري م اذا كان موسرا اشار الى انه لا تجب نفقة الخادم عند
اعساره وهو رواية الحسن س اي ابن زياد اللؤلؤي قال الاترازي قال شيخنا برهان الدين الخريفغني رحمه الله
الحسن اذا ذكر في نسخ الفقه لاصحابنا فالمراد به الحسن بن زياد واذا ذكر مطلقا في كتب التفسير فالمراد به
الحسن البصري رضي الله عنه م وهو الاصح س اي الذي رواه الحسن عن ابي حنيفة هو الاصح م خلافا لما
قاله محمد س فانه قال اذا كان الزوج معسرا ان كان لها خادم يفرض نفقة الخادم وان لم يكن فلا تفرض م لان الواجب
على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها س هذا التعليل لما رواه الحسن م ومن اعسر بنفقة
امراته لم يفرق بينهما س اي بينه وبين امراته وهو قول الزهري وعطاء بن يسار والحسن البصري وسفيان
الثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمة وحماد بن ابي سليمان والظاهرية م ويقال لها س اي للمراة م استديني عليه
س اي على الزوج ومعنى الاستدانة ان تشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف معنى
الاستدانة الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج م وقال الشافعي رحمه الله يفرق س وبه قال مالك
واحمد وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وفي المهذب في العجز عن المسكن وجهان وقال ابو
نصر من اصحابه في العجز عن الكسوة والمسكن يفسخ قولا واحدا وهذا التفريق فسخ عند الشافعي واحمد وقال
مالك طلاق وهي من حكم القاضي بالتفريق وفي القديم هو اعسار وفي الجديد يمهل ثلاثة ايام
ولو غاب عنها ولم يعرف موضعه لم يثبت لها الفسخ لعدم ثبوت اعساره وقال ابو الطيب لو تعذرت النفقة
عليها لغيبته يثبت لها الفسخ كذا في الحلية وللشافعي في الفسخ عن الاعسار عن الطلاق الواجب ثلاثة اقوال
احدها له الفسخ قبل الدخول وبعده والثاني لا خيار لها قبل الوطء ولا بعده وهو اختيار المزني والثالث
لها الفسخ قبل الدخول لا بعده واختاره المروزي في الكريم ولو امتنع الزوج على الانفاق عليها مع اليسار لم
يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله حبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ م لانه
عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة س اي كما يفرق بينهما
اذا وجد الرجل مجبوبا او عنينا م بل اولى س اي بل التفريق اولى منهما م لان الحاجة الى النفقة اقوى س
من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلكة دون الثاني م ولنا ان حقه س اي حق الزوج م يبطل س اي بالتفريق
م وحقها يتاخر س لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفي في الزمان الثاني م والاول س
اي ابطال حق الزوج م اقوى في الضرر س فيحتمل ادنى الضررين لدفع الاعلى م وهذا س اشارة الى ان تاخير
حقها اقل ضررا من ابطال حقه م لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفي في الثاني س اي في
الزمن الثاني م وفوت المال س مبتدا وخبره قوله لا يلحق على صيغة المجهول وهو جواب عن قياس الشافعي
على الجب والعنة وتقريره ان فوت المال م وهو تابع س اي والحال انه تابع م في النكاح لا يلحق بما هو
المقصود وهو التوالد س توضيحه ان هذا القياس باطل لانه قياس مع الفارق وذلك لان العجز عن النفقة انما

يكون عن المال وهو مانع في باب النكاح والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن المقصود
بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع م
وفائدة الأمر بالاستدانة س جواب عما يقال لا فائدة في الإذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة
لها لأنها صارت دينا بفرضه فأجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة م مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم
على الزوج س يعني من غير رضاه م فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج س
وفي التحفة فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو المرأة وبدون الأمر بالاستدانة
ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل يرجع عليها ثم هي ترجع على الزوج بما فرض لها القاضي وهذا لأن
الاستدانة على الزوج إيجاب الدين عليه فإذا حصل بأمر القاضي حصل بمن له ولاية تامة وإذا حصل لا بأمر
القاضي حصل إيجاب الدين عليه منها وليس لها على الزوج هذه الولاية فإن قلت استدل الشافعي رحمه الله
ومن تابعه بما روي عن ابن المسيب أنه سئل عن ذلك فقال يفرق بينهما قيل سنة قال سنة قال الشافعي
قوله سنة أي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه
السلام قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما رواه الدارقطني وبما روي في حديث أبي
هريرة أنه عليه السلام قال امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني رواه البخاري وغيره قلت الجواب عن
قول سعيد بن المسيب من وجوه الأول أنه إنما روى ذلك عنه عبد الرحمن بن أبي الزناد قال ابن حزم هو
لا شيء فسقط الاحتجاج به والثاني أن قول ابن المسيب أنه سنة لا نسلم أنه سنة الرسول عليه السلام
لأن السنة كما تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره أيضا ألا ترى إلى قوله عليه السلام سن لكم معاذ
سنة حسنة وسنة العمرين والثالث أنه مرسل والشافعي لا يجعل المرسل حجة فإن
قيل الشافعي رحمه الله استثنى مراسيل سعيد بن المسيب حيث قال تتبعتها فوجدتها مسانيد فقال
له الشافعي لم يعمل بمراسيل ابن المسيب كلها ولا غرو والشرط عنده في العمل بالمرسل أن يروى من طريق آخر
مرفوعا أو عمل به بعض الصحابة وقال ابن حزم روي عن ابن المسيب فيه قولان مختلفان فأيهما كان السنة
والآخر خلاف السنة فبطل قوله السنة لاضطرابه وخالفه بعضه بعضا وقال أيضا خالف ابن المسيب
عمر وعليا وغيرهما والجواب عما روي عن أبي هريرة الذي رواه الدارقطني أن الدارقطني تفرد به ولم يذكر
في كتب الحديث والدواوين المشهورة وقد ضعفه ابن حزم وقال الرازي هو ضعيف عندنا وقال ابن
عبد البر هذا لا يدخل في الصحيح والدارقطني كان يخطئ ويصر على الخطأ وتكلم فيه من غلبه والجواب
عن حديثه الآخر أنه قيل لأبي هريرة أسمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا
من كيس أبي هريرة رواه كذلك عنه البخاري ولا دلالة من قول المرأة وليس فيه أن الرجل يلزمه
فإن قلت الشافعي استدل أيضا بقوله تعالى فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن الرجل لما عجز
عن الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان فلما أبى ذلك ناب القاضي منابه دفعا للظلم كما ذكرنا
قلنا نحن أيضا استدللنا بقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة نص الله سبحانه عز وجل
على أن المعسر يستحق الإنظار والإمهال فلو أجلته المرأة في النفقة ما كان لها أن تطالب بالفرقة فكذا
إذا ثبت الأجل شرعا وقد ذكرنا بقيته في دليلنا عن قريب ثم اعلم أن العجز عن الإنفاق لا يوجب التفريق
عندنا ولكن مع هذا فرق القاضي بينهما هل ينفذ قضاؤه أم لا قال الإمام أبو حفص محمد بن محمود بن
محمود الأسروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول وإذا ثبت العجز بشهادة
الشهود وكان القاضي شافعي المذهب وفرق بينهما نفذ قضاؤه بالتفريق وإن كان حنفيا لا ينبغي له
أن يقضي خلاف مذهبه إلا إذا كان مجتهدا ووقع اجتهاده على ذلك فإن قضى بخلاف الرأي من غير
اجتهاد نعم عن أبي حنيفة رضي الله عنه في جواز قضائه روايتان ولو لم يقض ولكن أمر شافعي المذهب
ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى بالتفريق إذا لم يرتش الآمر والمأمور جاز وإن كان الزوج غائبا فرفعت
المرأة الأمر إلى القاضي وأقامت البينة أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي أن
يفرق بينهما فإن كان القاضي حنفيا فقد ذكرنا وإن كان شافعيا ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند
جاز تفريقه لأنه قضى في فصلين مختلف فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضاء على الغائب
وكل واحد منهما مجتهد فيه وقال القاضي ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لأن القضاء إنما يجوز

عند

عند الشافعي رحمه الله وينفذ في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة إذا ثبت المشهود به عند القاضي
وهو العجز لأن المال غاد ورائح ومن الجائز أن الغائب صار غنيا ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة
وقال صاحب الذخيرة الصحيح أنه لا ينفذ قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون
قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عن الإنفاق فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأجاز قضاءه فالصحيح
أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت م وإذا قضى القاضي لها بنفقة
الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر س أي يتم القاضي لها نفقة الرجل الموسر م لأن النفقة
تختلف بحسب اليسار والإعسار س لأنها تجب شيئا فشيئا فيعتبر حالها في كل وقت م وما قضى به س كلمة
ما مبتدأ وقضي مجهول ويجوز أن يكون معلوما أي ما قضى به القاضي والضمير في به يرجع إلى المبتدأ وقوله
تقدير بالرفع خبر المبتدأ وهو قوله ما بمعنى موصولة بمعنى الذي فافهم وهذا جواب عما يقال ينبغي أن لا
يتم لها نفقة اليسار لأن فيه نقض القضاء الأول فأجاب بأن ما قضى به م تقدير لنفقة لم تجب س لأن
النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه
فإذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم م فإذا تبدل حاله م أي حال الزوج بأن صار موسرا م فلها المطالبة
بتمام حقها س والفرض السابق لا يمنع الإتمام لأنه فرض قبل الوجوب فلا يستقر حكمه وذلك مثل المعسر
إذا حنث في يمينه فشرع في صوم الكفارة ثم أيسر يجب عليه التكفير بالمال لزوال الإعسار م
وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها س أي على المرأة في هذه المدة م وطالبته بذلك س أي وطالبت
المرأة الزوج بما كان لها من النفقة م فلا شيء لها س يعني عندنا لأن النفقة لا تصير دينا بمضي المدة كنفقة
الأقارب م إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة س هذا استثناء من قوله فلا شيء لها حاصله أن النفقة
لا تصير دينا عندنا إلا بأحد شيئين أحدهما بفرض القاضي النفقة لها والآخر هو قوله م أو صالحت
الزوج على مقدار منها س أي من النفقة وبه قال أحمد في رواية وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية
تصير دينا بلا قضاء ولا تراض إلا عند مالك لو أقامت عنده سنتين أحدهما بفرض القاضي النفقة وهو
ملي ثم ادعت عليه أنه لم ينفق عليها والزوج يدعي الإنفاق فالقول له مع يمينه وكذا في غيبته أما لو
أكلت معه سقطت نفقتها عند مالك والشافعي في الأصح ذكره في المنهاج م فيقضي لها بنفقة ما مضى لها
بيان ذلك أن النفقة صلة م وليست بعوض عندنا س خلافا للشافعي ومن بعده م على ما مر من قبل
س إشارة إلى ما ذكره من قبل في قوله وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها كذا قاله الأترازي
وقال الأكمل يريد به قوله أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد ثم قال فإن قيل
تقدم ما يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي أن يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها
قلت ينافيه لأنه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على
المالك الملك عوضا فإن قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب أجيب بأنها صلة من وجه وما
هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج فإذا ثبت أنها صلة م فلا يستحكم الوجوب فيها س أي في
النفقة م إلا بالقضاء س أي بقضاء القاضي كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح س أي
صلح المرأة معه على شيء م بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي س لأن له أن
يلتزم النفقة فوق ما يلزمه القاضي بالمعروف فكان صلحه بمنزلة القضاء بل أولى م بخلاف المهر س
متصل بقوله وليست بعوض حيث يجب بلا قضاء ولا تراض م لأنه عوض س أي لأن وجوبه بطريق
العوض ألا ترى أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرا فدخل بها أو مات عنها فإنه يلزمه مهر المثل م وإن
مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة س خلافا للأئمة الثلاثة قال
الكاكي هذا إذا فرض لها النفقة ولم يأمرها بالاستدانة أما لو أمرها بالاستدانة على الزوج فاستد انت
ثم مات أحدهما لا يبطل ذكره الحاكم الشهيد في المختصر وذكر الخصاف أنه يبطل والصحيح ما ذكر في
المختصر لأن استدانتها بأمر القاضي وللقاضي ولاية عليهما فكان بمنزلة استدانة الزوج بنفسه
وفيه لا يسقط بموت أحدهما كذا هاهنا وكذلك في الطلاق يعني أن الديون المستدانة هل تسقط
بالطلاق فعلى الروايتين في رواية لا يسقط وهو الصحيح كذا في الذخيرة م وكذا إذا ماتت الزوجة
لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تسقط بالموت س أي بموت الواهب أو موت

الموهوب له م قبل القبض ش فان قيل الهبة غير متاكدة قبل القبض والنفقة متاكدة بعد القضا فينبغي
ان لا يسقط كالهبة المتاكدة بالقبض قلنا قال في الايضاح وان صارت النفقة دينا عليه بالقضاء
ولكن بمعنى الصلة لم يبطل والصلات تبطل بالموت انتهى قلت قال الكاكي الدليل على ان معنى الصلة لا
يبطل فيها انه لم ينقل عن احد من السلف والخلف الوصية بنفقة فيما اذا مضت مدة ولا باخراجها
من تركته كسائر الديون وقد حكمت الشافعية بنفقة سنين سنة او اكثر اذا تركت انفاق عليها
وجعلوها كسائر الديون وبعد هذا لا يخفى ما فيه وجماعة من اصحاب الشافعية لا يرضون بهذا
الحكم م وقال الشافعي تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض فصار كسائر الديون
ش قال في شرح الاقطع لان الشافعي انما توجب من تركة الزوج وقال في الشامل وعن محمد انه يوجب
من ماله م وجوابه قد بيناه ش اي جواب الشافعي عن قوله ان النفقة عوض قد بيناه في مسالة
وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها وهو ما ذكر بقوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا
يجتمع العوضان عن معوض واحد م وان اسلفها ش هذا لفظ القدوري وفسرها المصنف بقوله
م اي عجلها نفقة السنة ثم مات ش اي الزوج م لم يسترجع بشيء ش اي لم يرجع على المراة بشيء
من ذلك م وهذا ش اي عدم الاسترجاع م عند ابي حنيفة وابي يوسف ش ولم يذكر القدوري
ذلك قال المصنف وهذا باسم الاشارة وذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين ابي
يوسف ومحمد ولم يذكر خلاف ابي حنيفة وكذلك ذكر الولوالجي في فتاواه وكذا الخلاف لو ماتت
المراة والكسوة كالنفقة وسواء كانت قائمة او هالكة م وقال محمد تحتسب لها نفقة
ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي ش وبه قال احمد وفي البدائع يرد الباقي والمستهلك وفي
الهالك لا يرد بالاتفاق وكذا في الينابيع وادب القاضي والذخيرة وفيه الموت والطلاق قبل
الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج فالجواب كذلك وفي شرح الاقضية اختلفوا
فقيل لا يسترد بالاتفاق وقيل ان العدة قائمة في موته م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور بين
ابي حنيفة وصاحبيه م الكسوة ش اي عجلها سنة ثم مات م لانها استعجلت عوضا عما يستحق
عليه بالاحتباس ش اي بسبب الاحتباس م وقد بطل الاستحقاق بالموت فبطل العوض ش وهو
الذي كانت تستحقه عليه بالاحتباس م بقدره ش اي بقدره كما اذا اعطى النفقة لتتزوجها
فماتت قبل التزوج م او رزق القاضي ش اذا اخذ القاضي رزق سنة ثم مات قبل تمام المدة رد فيما له
بقي بحساب ذلك م وعطاء المقاتلة ش اذا اخذوا الرزق مدة ثم ماتوا قبل تمام المدة يسترد منهم
فيما بقي من المدة م ولهما ش اي لابي حنيفة وابي يوسف م انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات
بعد الموت لانتهاء حكمها ش بالموت م كما في الهبة ش اذا مات الموهوب له قبل قبض الهبة م ولهذا
ش اي لعدم الرجوع في الصلات بعد الموت م لو هلكت ش اي النفقة م من غير استهلاك لا يسترد
شيء منها ش اي من النفقة م بالاجماع ش بين ائمتنا وغيرهم م وعن محمد ش اي روي عن محمد انها
ان يسلم عنده م انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها لانه ش اي لان الشهر او ما دونه
م يسير فصار في حكم الحال ش اي صار الشهر او ما دونه في حكم الحال يعني ان نفقة الحال لا تسترد
فكذلك نفقة الشهر وفي بعض النسخ في حكم الحالة بالتشديد والتانيث اي النفقة الحالة وان كان
الاكثر من شهر ترك لها مقدار نفقة شهر استحسانا وتسترد من تركتها ما زاد على ذلك م واذا تزوج
العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ش اي يباع العبد في نفقة الحرة وهذه من مسائل
القدوري وقال المصنف م ومعناه ش اي معنى هذا الكلام م اذا تزوج ش اي العبد م باذن مولاه
ش انما فسره بهذا التفسير لانه اذا تزوج بدون اذن المولى فلا نفقة عليه ولا مهر وبه صرح شمس
الائمة السرخسي في مبسوطه لان وجوب النفقة والمهر بعد صحة العقد وبدون اذن المولى
لا يصح العقد وانما قيده بالحرة لان المراة اذا كانت امة لا تستحق النفقة قبل التبوئة على ما يجيء ان شاء الله تعالى
م لانه ش اي لان النفقة دين وجب باعتبار الانفاق م دين وجب في ذمته ش لان النفقة من احكام
العقد فتستوي فيها الحر والمملوك لانها وجبت لها بوجود سببه ش وهو العقد م وقد ظهر وجوبه في حق
المولى ش لان السبب كان باذنه راضيا بوجوب النفقة عليه م فيتعلق برقبته ش اي المولى م

ان يفدي ش اي يفديه المولى م لان حقها ش اي حق المراة م في النفقة لا في عين الرقبة م قوله ش اي قوله
العبد فاذا اوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك فلا يباع العبد وكذا الحكم في المدبر والمكاتب
اذا تزوجا باذن المولى حرة او امة بعد التبوئة حيث تجب النفقة والمهر عليهما ولكنهما لا يباعان في النفقة
والمهر لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك بل يؤمران بالسعاية ثم اذا بيع العبد في النفقة واجتمع
عليه النفقة مرة اخرى يباع ايضا قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وليس في شيء من ديون العبد ما يباع
فيه مرة بعد مرة الا النفقة تتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث قال
الولوالجي في فتاواه اذا بيع في المهر مرة وبقي شيء من المهر بان لم يف الثمن بكل المهر لا يباع مرة اخرى
بل يتاخر الى ما بعد العتق وفي الكافي للحاكم الشهيد وشرحه للسرخسي اذا كان للعبد او للمدبر ولد من
امراته لم يكن عليه نفقة الولد لانها ان كانت امة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك
دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حرا ولا يجب نفقة مملوك على حر ولا على مولاه لان ولده ليس
منه وكذلك المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امراته حرة او امة لهذا المعنى واتفقت
الائمة الاربعة في وجوب النفقة على العبد لكن لا يباع العبد في النفقة عند الشافعي رحمه الله عليه
واحد وتثبت لها الخيار في الفرقة عند الشافعي رحمه الله وعند احمد على سيده وفي رواية في كسبه
وفي النفقة وفي غير المكتسب على سيده في قول وفي قول على العبد يتبع بعد العتق وفي المكتسب في
كسبه وفي الماذون له في التجارة فيما في يده وطالت يفسخ اذا شاءت م ولو مات العبد سقطت ش
اي لو مات العبد الذي تزوج باذن المولى سقطت النفقة ولا يواخذ المولى بشيء من ذلك لفوات محل
الاستيفاء م وكذا ش اي وكذا تسقط النفقة م اذا قتل ش اي العبد لان المقتول ميت باجله
ولا اجل له سوى هذا وقد عرف في موضعه م في الصحيح ش قيد به احترازا عن قول الكرخي انه
قال لا تسقط الا بقيمته قال القدوري هذا ليس بصحيح والصحيح انه تسقط بالموت م لانها صلة ش
اي لان النفقة صلة فتبطل بالموت م وان تزوج الحر امة فبواها مولاها معه منزلا فعليه النفقة
ش وفي بعض النسخ وان تزوج الرجل امة وهذا اولى لعمومه لان الحكم لا يختلف بين ان يكون الامة تحت
حر او عبد نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر الكافي م لانه تحقق الاحتباس ش تجب النفقة م
وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس ش اي من الزوج فان قيل احتباس المولى بحق له
شرعا فكان كاحتباس الحرة نفسها لصداقها فينبغي ان لا يسقط قلنا ليس كذلك لان حق
الحرة للصداق يفوت الاحتباس من الزوج حين امتنع عن اداء صداقها وههنا التفويت ليس من قبل
الزوج م والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ش هذا تفسير قوله بواها وهي
ان يخلي المولى بين امته وبين العبد في منزله ولا يستخدم الا انه وهو بالنصب عطفا على قوله ان يخلي م
ولو استخدمها ش اي ولو استخدم المولى امته م سقطت النفقة لانه فات الاحتباس ش فلا يجب
شيء م والتبوئة غير لازمة ش هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره ان يقال لما بواها مرة يجب عليه
ان يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام فاجاب بقوله والتبوئة غير لازمة م على ما مر في النكاح ش اي
في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بواها ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة
كما لم يزل بالنكاح م ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم
يستخدمها ليكون استردادا ش اي للتبوئة وكانت خدمتها من الجارية من غير استخدام المولى م
والمدبرة وام الولد في هذا ش اي في عدم وجوب النفقة م كالامة ش يعني كما ان الامة لا نفقة لها
قبل التبوئة فكذلك المدبرة وام الولد لا نفقة لهما قبل التبوئة بخلاف المكاتبة حيث تجب لها
النفقة اذا لم تحبس نفسها منه طالبه ولا يشترط لها التبوئة لان السيد ليس له ذلك ان يستخدمها
ولا يملك منعها من الزوج لانها صارت اخص بنفسها ومنافعها بالكتابة فروع ضاعت
الكسوة والنفقة او سرقت لم يجدد حتى يمضي الفصل بخلاف المحارم والفرق ان نفقة المحارم
مقدرة بالحاجة بخلاف الزوجة فانها غير مقدرة بالحاجة في حقها حتى ياخذها مع الغنى
بخلاف المحارم لانه لا نفقة لهم مع غناهم اذا كان الزوج صاحب مائدة وطلبت المراة الفرض لا يفرض
وفي خزانة الاكمل قول القاضي استدني عليه لذا فرض عليه ولو قال الزوج استديني لا يصير فرضا ما لم

يقبل على ولا يجوز ان يكون لها فراش في حجرة ولم يكتف بفراش واحد لهما لانه قد يعترضها في الحيض والمرض
وقد جاء فراش لك وفراش لاهلك وفراش لضيفك والرابع للشيطان ولو اختلفا في اليسرة والعسرة
فالقول له مع يمينه والنفقة لما ذوبه قال الشافعي وابو ثور وذكر محمد في الزيادات ان القول لها مع
يمينها م فصل ش اي هذا فصل ولما فرغ عن بيان النفقة شرع في بيان السكنى م وعلى
الزوج ان يسكنها س اي يسكن امراته م في دار مفردة ليس له فيها احد من اهله ش كامه او اخته
او احد من قرابته لان السكنى حقها فليس للزوج ان يشرك غيرها معها كالنفقة م الا ان تختار ذلك
ش اي اسكان غيرها معها م لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله مقرونا بالنفقة
اراد به ما ثبت في قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
اي من طاقتكم يعني مما تطيقونه وقال الاترازي ما كان يحتاج صاحب الهداية الى ان يقول اوجبه الله
مقرونا بالنفقة لان القران في النظم لا يدل على القران في الحكم فلو اقتصر على قوله تعالى اسكنوهن
كان كافيا بان قال لان السكنى من كفايتها لقوله تعالى اسكنوهن انتهى قلت لو
اقتصر هو عن هذا الكلام لكان اولى واحدر لانه لم يكن في صدد البحث في ان القران في
النظم هل يوجب القران في الحكم او لا وانما ذكر بحسب ظاهر قراءة ابن مسعود على ان في
هذا خلافا بين الاصوليين م واذا وجب س اي الاسكان حال كونه حقا لها فليس له
ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به س اي باسكان الغير معها م فانها لا تامن على متاعها
س وامات بينها م ويمنعها ذلك س اي اسكان الغير معها م في المعاشرة مع زوجها س لان
الغير يسعى مثلا الراقوت عليها م ومن الاستمتاع س بالجماع ودواعيه وقيل اذا كان
هناك صغير جدا لا يفهم الجماع لا ينبغي ان يمنع وفي الفتاوى كليس له ان يسكنها مع امه
في بيت واحد وان اسكنها في بيت في دار وامته في بيت اخر له ذلك والصحيح انه يحتاج
الى استخدامها في كل ساعة فله ان يسكنها معها للضرورة ولكن ليس له ان يجامعها مع حضرة
امته وفي الخزانة معها عشر من الخدم يحل له وطيهن وصح الخلوة معهن وكذا مع حضرتها
ونقل في خلاصة الفتاوى عن ادب القاضي للخصاف شكت المراة عند القاضي ان الزوج
يضربها وطلبت ان يسكنها عند قوم صالحين ان علم به زجره وان لم يعلم ان كان جيرانه صالحين
اقرها ثمة لكن يسالهم ان اخبروا كما شكت زجره وان لم يكونوا صالحين او يميلون اليه امره
بالاسكان عند قوم صالحين م الا ان تختار ذلك س اي الا ان تختار المراة اسكان الغير معها
لانها رضيت بانتقاص حقها س لان المنع كان لحقها فاذا اسقطت حقها لا يبقى لها كلام م وان كان له ولد
من غيرها ش اي من غير امراته التي تقدم فليس له ان يسكنه ش اي ولده م معها لما بينا س اشار
به الى قوله لانها تتضرر م ولو اسكنها س اي امراته م في بيت في الدار مفرد وله غلق كفاها لان
المقصود قد حصل ش وقال الفقيه ابو الليث في الفتاوى عن ابي بكر الاسكاف انه قال اذا كان
في الدار بيوت وقد فرغ لها بيتا منها لم يكن لها ان تطالب من الزوج بيتا اخر لانه حينئذ
يمكنه ان يجامعها من غير كراهة م وله س اي وللزوج م ان يمنع والديها وولدها من غيره
ش اي من غير هذا الزوج م واهلها ش اي قرابتها م للدخول عليها س اي على المراة والدخول منصوب
بقوله ان يمنع م لان المنزل ملكه ش اي ملك الزوج م فله حق المنع من دخول ملكه ش كما في سائر
منازله م ولا يمنعهم من النظر اليها س اي الى المراة م وكلامها س اي ولا يمنعهم ايضا من كلامها
معهم م اي وقت اختاروا لما فيه ش اي في المنع من النظر والكلام م من قطيعة الرحم س
وهي حرام لما روي في الصحيح عن جبير بن مطعم انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول لا يدخل
الجنة قاطع م وليس له في ذلك ضرر س اي ليس للزوج في نظرهم اليها والكلام معها ضرر
م وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث س اي اللبث
وهو المكث م وتطويل الكلام س لان تطويل الكلام يؤدي الى القال والقيل فيلقح الشر
والفساد م وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين س لاحتمال انهما لا يأتيان اليها فاذا منعها
زوجها عن الخروج اليهما توهم فيها العقوق الذي هو من الكبائر م ولا يمنعهما من الدخول عليها

ثم — (marginal note, right margin): س نسخة

(marginal note, right margin): اي وقد اوجبه الله مقرونا بالنفقة

١٥٤

اي ولا يمنع الزوج والديها من الدخول على امراته م في كل جمعة ش وعليه الفتوى م وفي غيرهما س اي وفي
غير الوالدين م من المحارم التقدير بسنة س مرة واحدة م وهو الصحيح س احترز به عن قول محمد بن مقاتل
فانه قال لا يمنع المراة من زيارة المحرم في الشهر مرة او مرتين وعلى هذا الخلاف خروجها لعمها وخالها
وعن الحسن لا يمنعها من زيارة الاقارب في كل شهرين او ثلاثة ولا يمنع محارمها من الدخول عليها في كل
جمعة ويمنعهم من الكينونة م واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به س اي بالمال انه للغائب
م وبالزوجية س اي ويعترف ايضا بان هذه المراة للرجل الغائب م فرض القاضي في ذلك المال نفقة
زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه س وكذا نفقة اولاده الكبار الزمنى والاناث وقال زفر لا يعوض
عنه شيء كذا في شرح الاقطع وانما اعتبر اقراره بالمال وبالزوجية لان المديون والمودع اذا جحد
الزوجية او المال لم يقبل بينتها على شيء من ذلك اما على الزوجية فلان المديون او المودع ليس
بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه والاستعمال من القاضي للفصل انما يكون بعد العلم بالوجوه
ولم يوجد العلم ولا يومر بالنظر وكان ابو حنيفة اولا يقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا
تقبل م وكذا س اي وكذا يفرض القاضي النفقة لهولاء المذكورين م اذا علم القاضي بذلك س
اي بما ذكر من الزوجية والمال للغائب م ولم يعترف س اي والحال ان صاحب اليد لم يعترف م
به س اي بما ذكر من الزوجية والمال م لانه س اي لان صاحب اليد م لما اقر بالزوجية والوديعة
فقد اقر ان حق الاخذ لها س اي للمراة م لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه س
اي من غير رضى الزوج لحديث هند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك
وولدك بالمعروف وقد مر عن قريب فان قيل يشكل على هذا ما لو اخذ صاحب الدين
دينا او مودعا للغائب وهما معترفان بالدين على الغائب لا يامر القاضي بقضاء دينه من الوديعة
والدين قلنا ان القاضي يامر في حق الغائب بما هو نظر له وفي الامر بالانفاق نظر له لانه
ابقاء ملكه اما في قضاء دينه ليس فيه ابقاء ملكه بل هو قضاء عليه بقول الغير م واقرار صاحب
اليد مقبول في حق نفسه س هذا سوال عن جواب مقدر تقديره ان يقال ينبغي ان لا يصح
اقراره لانه اقرار على الغائب فاجاب بقوله واقرار صاحب اليد س وهو الذي عنده الوديعة م
مقبول في حق نفسه س لانه اقر بان الدين في حق الغائب م لا سيما هاهنا س اي في هذه
المسالة وسيما معناه خصوصا هاهنا وهو مركب من السي وكلمة ما والسي المثل اصله سوي
قلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء والاسم بعده يجيء مجرورا اذا كانت ما زائدة ويجيء مرفوعا خبر
مبتدا محذوف اذا كانت ما موصولة ويجيء منصوبا بالاستثناء بمعنى الا لان الا للاخراج ولا سيما
ايضا للاخراج ولكن باثبات ما هو الافضل له بيقول اكرمني القوم لا سيما زيد اي يعني ان اكرام زيد
اكثر وابلغ من اكرامهم فهاهنا كذلك بيانه ان اقرار صاحب اليد في سائر المواضع مقبول في
حق نفسه وتقبل عليه البينة اذا انكر الحق م فانه س اي فان صاحب اليد هاهنا م لو انكر
احد الامرين س اي الوديعة او الزوجية م لا تقبل بينة المراة فيه س اي في احد الامرين لان
اقامتها ان كانت للزوجية فلا تصح م لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه س اي
على الغائب وان كانت اقامتها لاثبات الوديعة فلا تسمع ايضا لان المراة ليست بخصم وهو
معنى قوله م ولا المراة خصم في اثبات حقوق الغائب فاذا ثبت في حقه س اي فاذا ثبت ما
باقراره على نفسه في حقه م تعدى الى الغائب س لكون ما اقر ملكه قال شارح الشريعة كالمنفرد
بهلال رمضان ثبت الرمضانية في حقه ثم يتعدى الى غيره م وكذا س اي وكذا يفرض
القاضي النفقة للمذكورين م اذا كان المال في يده س اي في يد صاحب اليد م مضاربة س بان كان
صاحب المال ضاربه ليعمل فيه م وكذا الجواب في الدين س يعني اذا احضرت المراة غريم زوجها
الغائب عند القاضي فاعترف بالدين والزوجية فرض القاضي النفقة وان جحد احدهما فلا م
وهذا كله س اي هذا الذي قلنا من فرض القاضي النفقة عند اعتراف صاحب اليد بالمال والزوجية
اذا كان المال من جنس حقها س اي حق المراة م دراهم او دنانير او طعاما او كسوة س اي او كان كسوة
م من جنس حقها س اي حق المراة اي من جنس ما يكتسي مثلها المراة وقضى فيها بالكسوة لانها جنس حقها

(marginal note, left margin): بفرض م

(marginal note, left margin): لزوجية كلهم

المستحق م اما اذا كان خلاف جنسه س اي من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض م لا
يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق س عند اصحابنا م اما عند
ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر س يعني لو كان حاضرا ما كان القاضي يبيع ماله لان بيع القاضي في
وجه الحجر والحجر على العاقل البالغ باطل عنده فاذا كان غائبا فبطريق الاولى وهو معنى قوله م فكذا على
الغائب س اي وكذا لا يبيع على الغائب م واما عندهما س اي عند ابي يوسف ومحمد م فلانه ان كان
يقضي على الحاضر س اي فلان القاضي ان كان يقضي على الحاضر اذا ثبت امتناعه من الحق الذي عليه وهو
معنى قوله م لانه يعرف امتناعه س فيقضي لاجل امتناعه وقوله م لا يقضي على الغائب س جزما
وانما لا يقضي عليه م لانه لا يعرف امتناعه س فيقضي لاجل ولكن يجوز للاب ان يبيع عروض الولد
الغائب عند ابي حنيفة استحسانا ولا يتعرض لها القاضي وتصرفان في نفقتها بالمعروف كذا في
التحفة م قال س اي القدوري م وياخذ منها س اي من المراة م كفيلا بها س اي بالنفقة م نظرا
للغائب س وقال السرخسي وهذا حسن وان لم ياخذ جاز كذا ذكره في ادب القاضي للخصاف وقال
الصدر الشهيد والصحيح التكفيل نظرا للغائب ولكن القاضي يحلفها او لا على ان زوجها لم يعطها
النفقة اذ يجوز ان يعطيها نفقتها قبل ان يغيب ومع ذلك تلبس الامر على القاضي فياخذ النفقة
ثانيا ثم اذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا م لانها س اي لان المراة م ربما استوفت
النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها س فلا تستحق شيئا م الكفالة بالنفقة تصح ولا اجبر
عند محمد وعند ابي يوسف يجبر استحسانا ذكره في جوامع الفقه وفي الحواشي وتصح الكفالة ولم
يذكر خلافا فان اطلق الضمان فهو على شهر عند محمد وعند ابي يوسف على الابد ما دام النكاح باقيا
فان ضمن كل شهر فهو على شهر واحد وكذا عند كل شهر فان رجع بعد مضي الشهر لم يلزمه في الشهر الثاني
وقال ابو يوسف يلزمه ابدا ولا يصح رجوعه ولو طلقها يلزم الكفيل نفقة العدة لانها نفقة
النكاح ولو كفل لها نفقة كل شهر فابرائه صحت عن نفقة شهر واحد فان كفل بنفقة سنة لزمته
في ذلك وكذا لو قال ابدا ما عشت م وفرق س اي ابو حنيفة فرق م بين هذا س اي بين اخذ الكفيل
هنا م وبين الميراث س في احد قولي ابي حنيفة في الميراث وهو انه م اذا قسم س اي الميراث م بين ورثة
حضور س اي حاضرين م بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا اخر حيث لا يوجد منهم الكفيل
عند ابي حنيفة لان هناك س اي في مسئلة الميراث م المكفول له مجهول س فلا يصح م وههنا س اي
في مسئلة الكتاب م معلوم س اي المكفول له معلوم م وهو الزوج س فيصح م فيحلفها س اي يحلف
القاضي المراة بالله عز وجل م ما اعطاها س اي الزوج م النفقة نظرا للغائب س وقد ذكرناه
الان م قال س اي القدوري م ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء س اي لهؤلاء المذكورين
من الزوجة والاولاد الصغار والوالدين والاولاد الكبار الزمنى والاناث م ووجه الفرق
س يعني بين قضاء القاضي لهؤلاء المذكورين بالنفقة في مال الغائب وبين عدم جواز قضائه
لغيرهم من الاقرباء كالاخ والعم وغيرهما من ذوي الارحام م وهو س اي وجه الفرق م ان نفقة
هؤلاء س المذكورين م واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا س اي ولوجوب نفقة هؤلاء قبل
قضاء القاضي م كان لهم ان ياخذوا م وكان قضاء القاضي س جواب عما يقال اذا كان لهم ان
ياخذوا فما الحاجة الى قضاء القاضي م فاجاب بقوله وكان قضاء القاضي م اعانة لهم س
اي لهؤلاء س اما غيرهم س اي اما غير هؤلاء م من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء س اي
بقضاء القاضي م لانه مجتهد فيه س لان الشافعي رضي الله عنه لا يقول بوجوب النفقة في
غير الولاد فلما كان وجوبها بالقضاء م والقضاء على الغائب لا يجوز س عندنا فلا يقضي لهم
بالنفقة في مال الغائب م ولو لم يعلم القاضي بذلك س متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي بذلك
ولم يعترف به م ولم يكن س اي الرجل المودع م مقرا به س وهو متصل بقوله فان
س اي الزوج م مالا اقامت البينة لتفرض القاضي نفقتها على الغائب ويامرها بالاستدانة
لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب س فلا يجوز م وقال زفر يقضي س يعني نسمع

البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن له مال يامرها بالاستدانة م لان فيه نظرا لها
ولا ضرر فيه على الغائب فانه س اي مال الزوج م لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد س اي
وان جحد الزوج ذلك م حلف فان نكل س اي عن اليمين م فقد صدق س المراة م وان اقامت بينة
فقد ثبت حقها وان عجزت س عن البينة م يضمن الكفيل او المراة س واذا ضمن الكفيل يرجع على
المراة م وعمل القضاة اليوم على هذا س اي على قول زفر انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس
اليه م وهو مجتهد فيه س اي بين علمائنا الا ان فيه خلاف زفر ولان فيه خلاف ابي يوسف على
ما ذكره الخصاف مطلقا او على قوله الاول على ما ذكره في مختصر الكافي شرع على قول من يفرض لانه
يحتاج المراة الى اقامة البينة ان الزوج او يحلف ما لك النفقة م وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع
عنها فلم نذكرها س منها ان القاضي اذا لم يعلم بالنكاح فاقامت البينة على النكاح يقبل في
قول ابي حنيفة الاول ومنها لو اقامت البينة على المودع او المديون الجاحد للنكاح فانه يقضي
بالنكاح والنفقة على قول ابي حنيفة اولا ثم رجع وقال لا يقبل ومنها ان النفقة الى قول ابي
يوسف اولا يقبل ولكن لا يقضي بالنكاح كذا في التتمة والفتاوى الصغرى م فصل
س اي هذا فصل لما فرغ عن بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيان ذلك
بعد المفارقة م واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان س اي الطلاق
م او بائنا س وهو قول عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وعائشة واسامة وزيد بن ثابت في
رواية وجابر في رواية وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والاسود بن يزيد والشعبي والثوري
والحسن بن حي واحمد في رواية م وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة س وهي التي طلقها بالثلاث
او بعوض حتى وقع الطلاق بائنا عنه وهو قول ابن عباس وجابر في رواية وبه قال مالك واحمد في
المشهور وعطاء وطاوس وعمرو بن ميمون وعكرمة والليث بن سعد وداود م الا اذا كانت حاملا
س فانها تجب لها بالاجماع خلافا للظاهرية وعند الشافعي ومالك لا سكنى لها ايضا م اما الرجعي س
اي اما الطلاق الرجعي م فلان النكاح بعد قائم لا سيما س اي خصوصا م وانه يحل له الوطء س
في الطلاق الرجعي حين يكون رجعة م واما البائن فوجه قوله س اي قول الشافعي
م ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم
سكنى ولا نفقة س هذا الحديث اخرجه الجماعة الا البخاري عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس
قالت طلقني زوجي ثلاثا فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى والنفقة فلم
يجعل لي سكنى ولا نفقة فامرني ان اعتد في بيت ام مكتوم وفاطمة بنت قيس بن خالد القرشية
الفهرية الصحابية اخت الضحاك بن قيس واسم زوجها ابو عمرو بن حفص وذكر النسائي ان اسمه
احمد وقالت القاضي الاشهر في اسمه عبد الحميد وقيل اسمه كنيته م ولانه لا ملك س له
لا ملك ههنا م وهي س اي النفقة م مرتبة على الملك س فلا تجب م ولهذا س اي ولاجل عدم الملك
لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه س اي لانعدام الملك م بخلاف ما اذا كانت حاملا س يعني تجب
لها النفقة م لانا عرفناه س اي عرفنا وجوب النفقة للحامل م بالنص وهو قوله تعالى وان
كن اولات حمل فانفقوا عليهن م ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا س في بعض
النسخ على ما بينا اي في اول باب النفقة م والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو
الولد س الحكم المقصود بالنكاح هو الولد والاستمتاع تابع ثابت بالشرع بخلاف المضاربة
اذا كان يعمل في ... حيث لا يجب نفقته في مال المضاربة لانه ليس بمحبوس لحق رب المال
قصدا وبخلاف الصغيرة التي لا يستمتع بها اما الكبيرة فلها النفقة م اذ العدة واجبة
لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها س اي للمبتوتة م السكنى بالاجماع س دعوى الاجماع
فيه نظر لان السكنى لا تجب على مذهب الحسن البصري وعطاء بن ابي رباح والشعبي واسحق و
ابراهيم في رواية واهل الظاهر م وصار س اي حكم المبتوتة م كما اذا كانت حاملا س في وجوب
النفقة اذا كانت حاملا لا تخلو من احد الامرين اما ان كان لاجل العدة او لاجل الولد فلا
يجب لاجل الولد فتعين ان يكون لاجل العدة ولهذا اذا كان الحمل عسا ... ورث من احيه

جاع فيه

من امه او وصى لها المال يجب على الزوج نفقة المطلقة الحامل فلو كان لاجل الولد لم يجب
لان نفقة الولد على الاب لا يجب اذا كان الولد غنيا الا ترى انه اذا انفق على الولد ولم يعلم
بانه غنى ثم تبين انه غنى يرجع عليه وهنا لا يرجع عليه وان كان بحكم الحاكم فعلم ان النفقة
كانت لاجل العدة وفى هذا المعنى الحايل والحايل سوا فان قلت اذا كان كذلك فما فايدة القيد
بالحمل فى الاية قلت ان الحامل تستحق النفقة بقدر عدتها بلا اية اذ لو قيل الاستدلال ان الحامل
تستحق النفقة فى مقدار هذا الزمان او اكثر فازال هذا الاشكال ان الحامل تستحق النفقة
وان طالت مدة الحمل بقوله حتى يضعن حملهن فان قلت انقطعت الزوجية فى المبتوتة فلا تجب لها
النفقة كالمتوفى عنها زوجها قلت يمنع صحة القياس لان النفقة جزاء الاحتباس والمبتوتة
محبوسة عن ساير الازواج فى بيت زوجها فى عدتها فيجب لها النفقة كما فى الرجعى بخلاف
المتوفى عنها زوجها لانها ليست محبوسة لحق الزوج بل لحق الشرع م وحديث فاطمة س هذا
جواب عن حديث فاطمة بنت قيس الذى احتج به الشافعى رحمه الله تقريره ان حديث فاطمة م
رده عمر يعنى بن الخطاب رضى الله عنه م فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة
لا ندرى صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة
الثلاث النفقة والسكنى ما دامت فى العدة س هذا الحديث اخرجه مسلم عن ابى اسحق قال حدث
الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا سكنى لها ولا نفقة فاخذ
الاسود كفا من تراب فحصبه به فقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر رضى الله عنه لا نترك كتاب
ربنا ولا سنة نبينا بقول امراة لا ندرى حفظت ام نسيت لها السكنى والنفقة ورواه
ايضا ابو داود والترمذى والنسائى والطحاوى والدارقطنى ولكن لم يقل عمر رضى الله عنه سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن روى جابر انه عليه السلام قال للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى
ذكره عبد الحق وقد بوب الطحاوى فى هذا بابا مطولا وامعن فى الكلام فيه وشرحناه كما ينبغى
فمن اراد ذلك فليرجع اليه قوله لا ندع كتاب ربنا يريد به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به واما الاسكان
فانه قد يملك اسكانها فى غير ملكه بسكنى ولا يملك الانسان من غير ملكه فكان تقديره والله يعلم
ما قاله بن مسعود رضى الله عنه واتفقوا عليه من وجدكم وقوله سنة نبينا يريد به قوله
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت فى العدة
م ورده ايضا زيد بن ثابت س اى رد حديث فاطمة بنت قيس زيد بن ثابت الانصارى
وقال مخرج الاحاديث حديث زيد بن ثابت غريب م واسامة بن زيد س اى ورده ايضا اسامة
ابن زيد بن حارثة وقال مخرج الاحاديث هذا ايضا غريب قلت ليس كذلك لان الطحاوى
رواه حدثنا ربيع المؤذن قال ثنا شعيب بن الليث قال ثنا الليث بن جعفر بن ربيعة بن عبد
الرحمن بن هرمز عن ابى سلمة بن عبد الرحمن قال كانت فاطمة بنت قيس تحدث عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لها اعتدى فى بيت ابن ام مكتوم وكان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان
اسامة اذا ذكرت فاطمة من ذلك شيئا رماها بما كان فى يده فهذا اسامة بن زيد قد انكر
ذلك لعلمه بما انكره عمر بن الخطاب رضى الله عنه م وجابر رضى الله عنه س اى رده ايضا
جابر بن عبد الله ورواه الدارقطنى فى سننه عن حرب بن ابى العالية عن ابى الزبير عن جابر
عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة م وعايشة رضى الله عنها
س اى رده ايضا عايشة ام المؤمنين واخرجه مسلم عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن
عايشة انها قالت ما لفاطمة خير ان تذكر هذا يعنى فى قوله لا سكنى لها ولا نفقة وفى لفظ
للبخارى قالت ما لفاطمة الا تتقى الله يعنى فى قولها لا سكنى ولا نفقة م ولا نفقة للمتوفى
عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع س وبه قال احمد والشافعى فى قول
وهو قول ابن عباس والحكم بن عتيبة وعطاء بن يسار وعبد الملك بن يعلى قاضى البصرة والحسن
البصرى وعامر بن شعيب وفى قول اخر للشافعى رحمه الله ان كان للميت مال كثير ينفق عليها من

نصيبها وان كان قليلا ينفق عليها من جميع المال وفى وجوب السكنى له قولان احدهما لا يجب
كقولنا وهو اختيار المزنى والثانى يجب وبه قال مالك م فان التربص س المذكور فى القران م عبادة
منها س اى من المراة التى توفى عنها زوجها م الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى
فيه حتى لا يشترط فيها س اى فى عدتها م الحيض فلا يجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيا فشيا
ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها فى ملك الورثة س قال الطحاوى فى مختصره ولا سكنى للمتوفى
عنها زوجها ولا نفقة فى مال الزوج حاملا كانت او غير حامل وقال ابو بكر الرازى قد كانت نفقتها
واجبة فى مال الميت بقوله وصية لازواجهم متاعا الى الحول فنسخت هذه النفقة بالميراث
وبقوله يتربصن بانفسهن فاوجب نفقتها على نفسها وقطعها من مال الزوج م وكل فرقة جاءت
من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها
بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة س انما قيد بالنفقة احترازا عن السكنى لان السكنى واجب لها لان
القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك
بمجىء الفرقة من قبلها بمعصية وقال فى المبسوط نفقة المرتدة لا لعين الردة بل لانها تحبس والمحبوسة
بحق لا تستوجب النفقة حال قيام النكاح فكذا فى العدة حتى لو ارتدت ولم تحبس بل هى فى بيت
الزوج او تابت ورجعت الى بيت الزوج فلها النفقة لعدم الحبس م بخلاف المهر بعد الدخول س
حيث لا يسقط م لانه وجد التسليم فى حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها س
اى من المراة لكن م بغير معصية كخيار العتق س بان كان الولد اعتقت وبخيار المدرك اعتقت وهما عند
الزوج فى بيوتهما المولى سيدنا او اختارتا الفرقة فلها النفقة م وخيار البلوغ س بان الصغيرة ادركت
واختارت نفسها فلها النفقة م والتفريق لعدم الكفاءة س بعد الدخول فلها النفقة وكذا الملاعنة
النفقة والسكنى وكذا البائنة بالخلع والايلاء م لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما
اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر س حيث لا يسقط النفقة م وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها س لان الاسقاط بسببها م وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة م معناه
س من كلام المصنف اى معنى قول القدورى مكنت بعد الطلاق فلا نفقة لها لحصول الفرقة من
جهتها بمعصية وقال زفر لا نفقة لها اذا مكنت ابن زوجها فى عدتها كما اذا مكنته فى حال قيام
النكاح لا يجب فكذا هنا م لان الفرقة س هذا التعليل اشارة الى الفرق بين المسالتين المذكورتين
احدهما هو قوله وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والاخرى هو قوله وان مكنت ابن زوجها حيث سقط النفقة
فى الاولى دون الثانية بيانه هو قوله لان الفرقة م ثبتت بالطلقات الثلاث فلا عمل فيها للردة س
اى لا عمل فى الفرقة لاجل الردة م والتمكين س اى ولا عمل فى الفرقة لاجل التمكين م
الا ان المرتدة س اى غير ان المرتدة تحبس حتى تتوب س من الردة م ولا نفقة للمحبوسة
والممكنة س اى المراة التى مكنت ابن زوجها م لا تحبس س فلها النفقة م وبهذا س اى وبهذا التعليل
الذى علل المسالتين م يقع الفرق س بينهما حيث يكون النفقة للممكنة ولا يكون للمعتدة اذا ارتدت
فروع ابراته من النفقة فى المستقبل وهى زوجته لا يصح ولو ابراته عنها فى الخلع صح
لان الابراء فى الخلع ابراء بعوض وفى الاول ابراء قبل الوجوب فلا يصح ولو صالحت المعتدة على دراهم
ان كانت عدتها بالحيض لا يصح للجهالة وان كانت بالاشهر يصح لان المدة معلومة وللملاعنة النفقة
والسكنى وعند الشافعى رحمه الله لا نفقة لها وفى السكنى قولان تجب فى قول ولا تجب فى قول م
فصل س اى هذا فصل فى بيان نفقة الزوجية شرع فى بيان نفقة الاولاد م
ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه فى نفقة الزوجة س هذا الذى
ذكره ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة ان نفقة الولد على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما وباجماع
الايمة الاربعة تجب نفقة الولد الصغير على الاب وقال الطحاوى فى مختصره ويجبر الرجل على
نفقة اولاده الصغار اذا كانوا فقراء ذكورا كانوا او اناثا وان كانوا كبارا محتاجين اجبر على نفقة
اولاده الصغار والاناث منهم ولم يجبر على نفقة الذكور منهم وان كان من ذكورهم من به زمانة وكالعمى
والشلل فى اليدين وما اشبه ذلك فانه يجبر على نفقته م لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود

له نحو الاب وقيل وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه
رزق الولد بطريق الاولى م وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا س يعني في
قوله لا يشاركه فيها احد م ان الكفاية س اي كفاية الصغير م على الاب واجرة الرضاع كالنفقة س
يعني كما يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستاجر من يرضعه فيكون اجرة الرضاع كالنفقة
يجب عليه م ولانها عسى لا تقدر عليه س اي على الرضاع م لعذر بها س يمنعها من الارضاع
فلا معنى للجبر عليه س اي على الارضاع هذا اذا وجد من يرضعه فان لم يجد ولم يكن بها علة
تجبر صيانة له عن الضياع وفي الذخيرة لو كان لا يوجد من يرضعه او لا ياخذ ثدي غيرها تجبر
وذكر الحلواني في ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب وبقية الالبان
فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف واليه الاول اشار القدوري والسرخسي وقال شمس الائمة
السرخسي اذا لم تجبر كان على الاب ان يستاجر امراة ترضعه عند الام ولا يحمل الولد من الام لان
الامة اجمعت على ان الحق لها لكن لا يجب عليها ان تمكث في بيت الام اذا لم يشترط عليها ذلك عند
العقد وكان الولد يستغني عنها في تلك الساعة بل لها ان ترضع ثم تعود الى منزلها وان لم
تشترط ان ترضع عند الام كان لها ان تحمل الصبي الى منزلها او تخرجه فترضعه عند فناء الدار
ثم تدخل الولد الى الام الا ان يكون اشترط عند العقد ان يكون الظئر عند الام فحينئذ يلزمها
الوفاء بالشرط وقال في العمدة ولا يؤاخذ الاب باجرة الرضاع لا لمن تستحق بالاجماع م وقيل
في تاويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها س ولا مولود
له بولده بان تطرح الام الولد الى الاب اذا لم يقبل الصبي الا ثدي امه والحاصل انه نهى
عن ان يلحقها الضرار من قبل الزوج وعلى ان يلحق الضرار بالزوج من قبل المراة بسبب الولد
م وهذا الذي ذكرنا س اي عدم الجبر وفي نسخة الاترازي وهذا الذي ذكره ثم فسره بقوله اي
الذي ذكره القدوري بقوله وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه م بيان الحكم س
اي القضاء اما من حيث الدين فيجب عليها ان ترضع قال الاترازي وهذا قالوا لا يجوز لها ان
تاخذ الاجر بالارضاع لان اخذ الاجرة بازاء ما يجب عليها من حيث الدين لا يجوز وبه صرح
في كتاب النفقات قال وظن بعض الشارحين ان المراد من قوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية
ثم قال وروى الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما من الولد
وتلك الرواية صحيحة ولكن الشرح من المشروح ما اضيف من النول م وذلك س يعني عدم
وجوب الارضاع على الام م اذا كان يوجد من ترضعه س اي من ترضع الصغير يعني يوجد مرضعة
اخرى م اما اذا كان لا يوجد س مرضعة اخرى م تجبر س اي الام م على الارضاع صيانة للصبي
عن الضياع س بفتح الضاد مصدر من ضاع يضيع واما الضياع بالكسر فهو جمع ضيعة م قال
س اي القدوري م ويستاجر الاب من ترضعه عندها س اي عند ام الصغير م اما استيجار الاب
فلان الاجر عليه وقوله س اي قول القدوري عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها س اي لان
التربية لها لحق الحضانة ولا عليها ان تمكث في بيت الام الا ان يشترط ذلك وقد ذكرناه عن
قريب فان اخرت نفسها للارضاع ثم تزوجت فليس للزوج منعها من ذلك حتى تنقضي مدة
الاجارة ولا فسخها فاذا نام الصبي او اشتغل بغيرها فله الاستمتاع بها وليس لولي الصبي
منعه من ذلك وبه قال الشافعي رحمه الله وقال مالك ليس له وطؤها الا برضى الولي ولو اجرت
نفسها للارضاع بغير اذن الزوج ويغير اذنه لا يجوز لان الحق له وهو احد الوجهين للشافعية
والثاني يجوز وله فسخها ان شاء وعند مالك فسخها الا ان يعلم بها وليس له منعها من وطئها فاذا حبلت
فله فسخها للضرر كما لو مرضت م وان استاجرها وهي زوجته او معتدة لترضع ولدها لم يجز لان
الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن س واختلفوا في معناه
فقيل انه مجرد خبر من غير الزام الارضاع وقيل انه خبر في معنى الامر كقوله تعالى والمطلقات
يتربصن والاصح انه خبر بمعنى الامر على وجه الندب او على وجه الوجوب اذا لم يقبل الا ثدي
امه م الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه س اي على الارضاع م بالاجر ظهرت

قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا س اي هذا المذكور من عدم جواز الاجر
في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا س اي وكذا لا يجوز م في المبتوتة
اي في العدة منه في رواية لا يجوز م وفي رواية س هي رواية الحسن عن ابي حنيفة م وفي رواية
اخرى جاز استحسانا س وهي ظاهر الرواية م لان النكاح قد زال س فصارت كالاجنبية م وجه
الاول س وهو عدم الجواز م انه س اي ان النكاح م باق في حق بعض الاحكام س وهي العدة ووجوب
النفقة والسكنى وعدم دفع الزكاة اليها وشهادته لها فلا يجوز استيجارها كما في حال قيام
النكاح م ولو استاجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ولدها من غيرها جاز لانه غير مستحق
عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية
وصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها س اي لا اريدها م وجاء بغيرها ورضيت الام بمثل اجر
الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي س اي الام م احق به لانها اشفق س على الصغير م فكان نظرا
للصبي في الدفع اليها س اي الى الام والدفع الى الاجنبية اضرار به م وان التمست س اي وان طلبت
الام م زيادة س على اجرة الاجنبية لم يجبر الزوج عليها م اي على الزيادة م دفعا للضرر عنه واليه
الاشارة س اي الى دفع الضرر عن الزوج م في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده س
اي بالزيادة لها على اجرة الاجنبية س بل يدفع الصغير الى الظئر ترضعه عند الام كان الحضانة
لها م ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه س هذا اذا اسلم الصغير العاقل وابوه كافر
او ارتد والعياذ بالله وابوه مسلم لان اسلامه وارتداده صحيح عندنا م كما يجب نفقة الزوجة
على الزوج س وان خالفته في دينه م اما الولد س اي اما نفقة الولد م فلاطلاق ما تلونا س وهو قوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن م ولانه س اي ولان الولد م جزؤه فيكون في معنى نفسه س وكفره لا
يؤثر في نفقته فكذا في ولده م واما الزوجة س اي واما نفقة الزوجة م فلان السبب س اي سبب
وجوب النفقة م هو العقد الصحيح فانه س اي بان وجوب النفقة م بازاء الاحتباس الثابت به
س اي بالعقد م وقد صح العقد بين المسلم والكافرة س لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
اي العفائف عن فعل الزنا وقد مر في النكاح فاذا صح العقد بينهما م فيترتب عليه الاحتباس س
فاذا ترتب عليه الاحتباس م وجبت النفقة س وفي جميع ما ذكرنا س اي في هذا الفصل م انما تجب
النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال س فقوله مال نكرة في موضع النفي يعم جميع اجناس الاموال
حتى لو كان للصغير عقار وحيوان وثياب للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الصغير
غني بهذه الاشياء لذا في الذخيرة ولو لم يكن للصغير مال فعلى الاب ان يكتسب وينفق على ولده فان ابى
ذلك يحبس وبه قال الشافعي رحمه الله بخلاف سائر الديون حيث لا يحبس فيها الاب وان علا لاجل
ديون الاولاد وفي هذا الذي يحبس لما ان في الامتناع عن الكسب اتلاف النفس والاب
يستوجب العقوبة عند قصد الاتلاف ولهذا كما لو عدا على ابنه بالسيف كان للابن ان يقتله
ولو كان الاب عاجزا عن الكسب بالزمانة او لانه مقعد يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكر
الخصاف في نفقاته ومن المتاخرين من قال نفقة الاولاد في هذه الصورة في بيت المال لان
نفقة هذا الاب في بيت المال فكذا نفقة اولاده وطالب العلم اذا كان لا يهتدي الى الكسب
فنفقته على الاب لا تسقط عنه كالزمن والانثى م اما اذا كان له س اي للصغير م مال فالاصل
ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا س وذلك لان اصل الموسر لنفسه في ايجاب
النفقة على صاحبه اولى من ايجاب نفقة صاحبه عليه والفرق بين نفقة الصغير والزوجة
حيث لا تجب نفقة الصغير على الاب اذا كان الصغير غنيا باي مال كان وتجب نفقة الزوجة
على الزوج وان كانت الزوجة غنية ان نفقة الصغير واجبة للحاجة فاذا انعدمت الحاجة
فلا تجب كنفقة المحارم ونفقة الزوجة بازاء التمكين من الاستمتاع فكان طريقه البدل
والمعادلة والبدل يجب وان وجد الغنى م ، **فصل** س اي هذا فصل
والمفرغ من بيان نفقة الاولاد شرع في بيان نفقة الاباء والاجداد والمحارم وعلى الرجل ان ينفق
على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء س وفي المبسوط يجبر الرجل الموسر على نفقة ابيه وامه

اذا كانا محتاجين وعلى اب الاب وان علا وعلى اب الام وان علا وعلى ام الاب وان علت وام الام وان علت
وشرط الشافعي في ذلك ان يكون الاب زمنا ولم يوافقه احد و يجب على الاولاد ذكورهم واناثهم
نفقة الوالدين وان علوا بشرط الفقر والزمانة او الجنون مع الصحة لولا اصحابنا لا يجبهم وان خالفوه
في دينه ش واصل ما قبله اي وان خالف هولاء الرجل في دينه وهذا اذا كانوا من اهل الذمة اما
اذا كانوا من اهل الحرب فلا يجب لانا نهينا عن المبرة في حقهم م اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا ش نزلت في الابوين الكافرين ش قال المفسرون نزلت الاية في سعد بن ابي
وقاص رضي الله عنه وذلك انه لما اسلم قالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني
سقف بيت من الضح والريح ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان احب
ولدها اليها ابي سعد وصبرت هي ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل بظل حتى غشي
عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكى ذلك اليه فانزل الله هذه الاية وان جاهداك
على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا م وليس من المعروف
ان يعيش ش الرجل م في نعم الله ويتركهما ش اي الابوين يموتان جوعا والمعروف هو المحاسنة
بالخلق الجميل والحلم والاحتمال والبر والصلة ومما تقتضيه الكرم والمروة واستدل شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي بقوله تعالى ولا تقل لهما اف وقال نص على التافيف ففيه معنى
الاذى ومنع الاذى في منع النفقة عند حاجتهما اكثر ولهذا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين
على الكسب لان معنى الاذى في الكد والتعب اكثر منه في التافيف وقال عليه السلام ان اطيب
ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب اولادكم م واما الاجداد
والجدات فلانهم من الاباء والامهات ش لان اسم الاباء والامهات يطلق عليهم م ولهذا ش اي
ولاجل كون الاجداد والجدات من الاباء والامهات م يقوم الجد مقام الاب عند عدمه
ش اي عدم الاب في الميراث م ولانهم ش اي الاباء والامهات م تسببوا لاحيائه ش اي لاحياء
الولد م فاستوجبوا ش اي فاستحقوا م عليه ش اي على الولد م الاحياء بمنزلة الابوين ش في احياء
الولد فاستحقوا على الساقلة الاحيا كالابوين م وشرط الفقر ش اي شرط القدوري الفقر في
قوله اذا كانوا فقراء م لانه ش اي لان الابن م لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من
ايجابها في مال غيره ش قال عليه السلام كل من كد يمينك وعرق جبينك م ولا يمتنع ذلك ش
اي وجوب النفقة على الابن م باختلاف الدين لما تلونا ش من النص وهو قوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا وبه قال مالك والشافعي وفي المغني لا يجب النفقة لاختلاف الدين الا
الزوجات وفي عموم النسب روايتان م ولا يجب النفقة مع اختلاف الدين ش في اكثر النسخ
قال ولا يجب النفقة ش اي قال القدوري ولا يجب النفقة م مع اختلاف الا للزوجة والابوين
والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها ش اي ان النفقة م واجبة
لها بالعقد لاحتباسها لحق له ش اي للرجل وقوله م مقصود ش بالرفع صفة لقوله لحق وهو
الاستمتاع بها بالوطء وغيره م وهذا ش اي المعنى المذكور م لا يتعلق باتحاد الملة ش بين الزوجين
م واما غيرها ش اي غير الزوجة من المذكورين م فلان الجزئية ثابتة ش اما في حق الولد فظاهر
وفي حق غيره بطريق شمول الولاد اياهم م وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه
بكفره لا يمتنع نفقة جزئه ش الذي هو الولد م بكفره ش وكذا حكم اولاد البنين والبنات
والاجداد والجدات من قبل الام بمنزلة الابوين لان الولاد يشملهم جميعا م الا انهم ش اي غير
هولاء م اذا كانوا حربيين لا يجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين ش اي وان كانوا دخلوا
الى دار الاسلام بالامان م لانا نهينا ش على صيغة المجهول م عن البر ش اي عن الصلة
م في حق من يقاتلنا ش لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم
من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم
في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك
هم الظالمون م ولا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا يجب على المسلم نفقة اخيه

النصراني

النصراني ش هذا التفريع لقوله ولا يجب النفقة مع اختلاف الدين وبيانه ان النفقة في غير
الزوجة وغير صورة الولاد مترتبة على الارث وهو معنى قوله م لان النفقة متعلقة بالارث
بالنص ش وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولا ارث بين المسلم والذمي فلا يجب نفقة
احدهما على الاخر م بخلاف العتق عند الملك ش اي بخلاف ما اذا ملك احدهما الاخر حيث يعتق
عليه لان العتق مرتب على ملك القريب المحرم وقد وجد فيعتق قال عليه السلام من ملك ذا
رحم محرم منه عتق عليه م لانه ش اي لان وجوب النفقة م متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث
ش وهو الذي ذكرناه وقد رواه النسائي من حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وفيه كلام كثير نذكره في
باب العتق ان شاء الله تعالى وروى اصحاب السنن الاربعة من حديث الحسن عن سمرة رضي الله
عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر م ولان القرابة موجبة
للصلة ش لذوي رحمه م ومع الاتفاق في الدين اكد ش يعني اذا كانا مسلمين اكد ش من ايجاب الصلة
مع الاختلاف في الدين م ودوام ملك اليمين ادنى القطيعة من حرمان النفقة م فاعتبرنا في الاعلى
ش وهو ملك اليمين م اصل العلة ش وهو نفس ملك القريب لقوة تهمة قطع الرحم حتى عتق
القريب المملوك سواء وجد الاتحاد في الملة او لم يوجد م وفي الادنى ش اي اعتبرنا في الادنى
وهو النفقة م العلة المؤكدة ش وهي القرابة مع الاتحاد في الملة م فلهذا ش اي ولاجل كون
حرمان النفقة اضعف في قطع الرحم م افترقا ش اي العتق ووجوب النفقة فان قلت
حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى ولان
الانفاق صلة احيا حقيقة وصلة العتق صلة احيا حكما ولا شك ان الاحيا الحقيقي اولى
قلت الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بان يتيسر للناس ان يتبرع احد من غير سؤال
فان الهلاك جوعا في العمران مع تواتر اصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة
الى الاعتاق فانها لا يندفع الا من جانبه م ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد ش احد بالرفع لانه
فاعل لا يشارك والولد بالنصب مفعوله يعني اذا كان الابوان معسرين والولد موسر يجب نفقتهما
عليه خاصة م لان لهما ش اي للابوين م تاويلا في مال الولد بالنص ش وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت
ومالك لابيك رواه جماعة من الصحابة وسياتي ان شاء الله تعالى في الباب الذي يوجب الحد م ولا تاويل
لهما ش اي للابوين م في مال غيره ش اي في مال غير الولد فان قلت التاويل يثبت بخبر الواحد فلا
يعارض قوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فيجوز به الزيادة ولئن سلمنا انه
من الاحاد لكن ترك اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك بالدلايل الدالة على تقييدها بغير قرابة
الولادة المستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الاية كما تقدم فان قلت لا منافاة
بين الايتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان يشاركه الجد الاخ كما انه قوله وعلى
الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع صار غنيا به
والغني لا يجب نفقته على والده ولا يشارك الجد الابن م ولانه ش اي ولان الولد م اقرب الناس اليهما
ش اي الى الابوين م فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه ش اي على الولد م وهي اي نفقة الابوين
على الذكور والاناث بالسوية حتى اذا كان الاب معسرا وله ابن وبنت موسران يجب نفقة الاب عليهما
انصافا ويتقيد بقوله م في ظاهر الرواية وهي الاصح ش احترازا عما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي عن الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ
الانثيين اعتبارا بالميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام م لان المعنى يشملهما ش المعنى هو الولادة وهو
سبب الوجوب وقد استوى الذكر والانثى في هذا المعنى وهو معنى قوله يشملهما ش اي يشمل الذكر
والانثى بخلاف ما اذا كان للمعسر اخ واخت حيث يجب نفقته عليهما اثلاثا لان سبب الوجوب الارث
فيجب اثلاثا كالارث م والنفقة ش اي النفقة م واجبة لكل ذي رحم محرم ش وقال احمد يجب لكل وارث
وبه قال ابن ابي ليلى وقال الشافعي رحمه الله لا يجب نفقة غير الوالدين والمولودين من الاقارب كالاخوة
والاعمام وهو الرحم المحرم هو الذي لا يجوز نكاحه على التابيد وانما قيد بذي الرحم المحرم لانه اذا وجد

الرحم ولم يوجد المحرم او وجد المحرم ولم يوجد الرحم او وجدا الكن لامن قرابة لا يجب النفقة الا ترى لما
ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله ولو كان رحما غير محرم نحو ابن العم او محرما غير محرم نحو الاخ
من الرضاع او الاخت من الرضاع او رحما محرما لا من قرابة نحو ابن عم هو اخ من الرضاع لا يجب النفقة م اذا كان
س اي ذو رحم محرم م صغيرا فقيرا س قيده بالصغر والفقر لان الصغير الفقير عاجز عن الكسب والغني
تجب نفقته في ماله م او كانت امراة بالغة فقيرة او كان س اي ذو رحم محرم م فقيرا زمنا او اعمى
تجب النفقة لهم لعجزهم عن الكسب ولذلك مفقود العينين واشل اليدين ومقطوع الرجلين
والمعتوه والمفلوج م كان اصله في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة س اي لا تجب في القرابة
البعيدة م والفاصل س اي بين القريبة والبعيدة م ان يكون ذا رحم محرم س والدليل عليه ما اشار
اليه بقوله وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك س ان ذلك اشارة الى البعيد فيكون اشارة الى
اول الاية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فدل على ان على الوارث النفقة وعينه
بذي الرحم المحرم بقراءة عبد الله بن مسعود اشار اليه بقوله م وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك س ولا شك ان قراءته كانت مسموعة عن النبي صلى الله عليه وسلم وقراءته
مشهورة فصارت بمنزلة خبر مشهور على ما عرف فجاز تقييد اطلاق الكتاب بها م ثم لا بد من
الحاجة س اي ثم لا بد من وجود الحاجة في وجوب النفقة وبين ذلك بقوله م والصغر والانوثة
والزمانة والعمى امارة الحاجة س اي علامة الحاجة وقوله والصغر مبتدا وما بعده عطف
عليه وقوله امارة الحاجة خبر المبتدا م لتحقق العجز من اصحاب هذه الاشيا المذكورة م فان القادر
على الكسب غني بكسبه س فلا يعد عاجزا م بخلاف الابوين س هذا جواب عما يقال ما بال الابوين
لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين م لانه يلحقهما تعب الكسب والولد
مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب س وذكر السرخسي في شرح ادب القاضي
للخصاف ان الاب اذا كان كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة عليه وقال
الحلواني في شرحه لا يجبر الابن على الكسب واعتبره بذي الرحم المحرم فانه لا يستحق النفقة في
كسب قريبه وفي ظاهر الرواية في نفقة الوالدين فانهما لا يكلفان بالكسب عندنا خلافا للشافعي م
قال س اي القدوري م وتجب ذلك س اي النفقة م على مقدار الميراث ويجبر عليه س اي على الانفاق
م لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار س لان التنصيص عليه بقوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك تنبيه على ان الشارع بنى على مقدار الارث لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق
منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا الوصي لورثة فلان وله بنون وبنات كانت
الوصية لهم على قدر الميراث م ولان الغرم بالغنم س بضم الغين المعجمة فيهما اي الغرم الذي هو الانفاق
في مقابلة الغنم الذي هو الارث م والجبر س اي الجبر على الانفاق م لايفاء حق مستحق س اي لاجل
ايفاء حق مستحق عليه لمستحقه من ينفق عليه م قال س اي القدوري م وتجب نفقة الابنة
البالغة والابن الزمن البالغ على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على
هذا المقدار س اي اوثاثا ولد هذا هو قال س اي المصنف رحمه الله م هذا الذي ذكر س اي القدوري
م رواية الخصاف والحسن س اي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وبه قال الشافعي م وفي ظاهر
الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن س اضاف الولد اليه بحرف
اللام فدل على اختصاصه بهذه النسبة والنفقة تبتنى على هذه النسبة م ووجه الفرق
س اي وجه الفرق بين الولد الصغير والكبير على الرواية الاولى س وهي غير ظاهر الرواية م
انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة س عليه م حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص
بنفقته م ولا كذلك الكبير س اي الولد الكبير م لانعدام الولاية فيه س اي لا ولاية له عليه
ولهذا لو يشارك الاب في نفقة ولده الصغير يشاركه الام س في نفقة الكبير فتجب
الثلثان على الاب والثلث على الام م وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى في رواية واحدة
حتى تكون نفقة الصغير على واحد اثلاثا على الام الثلث وعلى الجد الثلثان قال في شرح
الطحاوي وكذلك اذا كان له ام واخ لاب وام او ابن اخ لاب وام او عم لاب وام او واحد من

العصبة فان النفقة عليهم اثلاثا وكذلك اذا كان له اخ واخت لاب وام فالنفقة عليهما اثلاثا على مقدار
ميراثهما ولو كان له اخ لاب وام واخ لام فالنفقة بينهما اسداسا ولو كان له عم لاب وام وعمة لاب وام
فالنفقة على العم دون العمة وكذلك عما لاب وام وخالة لاب وام فالنفقة على العم ولو العمة كانت
له عمة لاب وام وخال لاب وام فالنفقة عليهما اثلاثا ثلثاها على العمة وثلثها على الخال وكذلك لو
كان له خال وخالة من قبل الاب والام فالنفقة عليهما اثلاثا ولو كان له خال من قبل الاب والام
وابن عم لاب وام فالنفقة على الخال والميراث لابن العم لانه شرط وجوب النفقة ان يكون ذو الرحم المحرم
من اهل الميراث وابن العم ليس بمحرم م ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر
الميراث س يعني تجب ثلاثة الاخماس على الاخت لاب وام والخمس على الاخت لاب والخمس على الاخت
لام وذلك لان النفقة معتبرة بالارث فانهن يرثنه كذلك اخماسا بالفرض والرد فوجبت النفقة
عليهن اخماسا م غير ان المعتبر س استثنا من قوله وفي غير الوالد يعتبر على قدر الميراث م في ذلك
اهلية الارث س في الجملة والمراد باهلية الارث ان لا يكون محروما وقال الكاكي قيد بقوله لان
المعتبر اهلية الارث لانه لو لم يكن اهلا للارث بان كان مخالفا لدينه لا تجب النفقة س م
لا احرازه س اي لا يعتبر احراز الارث كما في الخال مع ابن العم فان الخال لا يحرز الميراث مع ابن
العم ومع ذلك كانت النفقة على الخال والميراث لابن العم وقال احمد والظاهرية المعتبر احراز الارث
واوضح ذلك المصنف بالقا التفسيرية حيث قال م فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته
على خاله وميراثه يحوزه ابن عمه س لان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم م ولا تجب نفقتهم مع
اختلاف الدين س هذا لفظ القدوري اي لا تجب نفقة ذي الرحم المحارم مع الاختلاف في الدين
لان باختلاف الدين لا يجري الارث فلا تجب النفقة ايضا لانها متعلقة بالارث بالنص م لبطلان اهلية
الارث س يعني عند اختلاف الدين م ولا بد من اعتباره س اي من اعتبار الارث لوجوب النفقة
ولا تجب س اي النفقة م على الفقير لانها س اي لان النفقة م تجب صلة وهو س اي الفقير م
يستحقها س اي يستحق الصلة م على غيره فكيف يستحق س على صيغة المجهول اي فكيف يستحق النفقة م
عليه س لان ايجابها عليه ليس باولى من ايجابها له فلهذا لم تجب عليه م بخلاف نفقة الزوجة س حيث
تجب على زوجها الفقير م وولده الصغير س اي وبخلاف ولده الصغير حيث تجب نفقته على ابيه الفقير
لانه س اي لان الفقير م التزمها س اي التزم النفقة م بالاقدام على العقد س اي على عقد النكاح م
اذ المقاصد س يعني من عقد النكاح وهي التوالد والتناسل والعشرة وغيرها م لا تنتظم دونها
س اي دون النفقة م فلا يعمل في مثلها الاعسار س اي في مثل نفقة الزوجة وولده الصغير يعني لا يلتفت
الى الاعسار في نفقتهما وحاصل الكلام ان نفقة الزوجة تجري مجرى الديون لانه لا وجوب مع يسار
المراة كساير الديون واما نفقة ولده الصغير فلانها جارية مجرى نفقة الزوجة بدلالة قوله عليه
السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وقال في شرح الكافي فان كان الولد
معسرا والابوان معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا في الحال لم يكن احدهما بايجاب نفقته
على صاحبه باولى من الاخر الا انه روي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل
عن نفقته فعليه ان يضم الاب الى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الاب ولو فعل لا يخشى الهلاك
على الولد فالانسان لا يهلك على نصف بطنه م ثم اليسار س اي المراد من اليسار في هذا الباب م
مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف س رواها ابن سماعة عن ابي يوسف انه اعتبر اليسار بنصاب
الزكوة م وعن محمد س رواها عنه هشام م انه قدره س اي قدر اليسار م بما يفضل عن
نفقة نفسه وعياله شهرا س يعني اذا كان له فضل على نفقة شهر له ولعياله فانه تجب عليه نفقة
ذي الرحم المحرم والا فلا م او بما يفضل عن ذلك س هذه رواية اخرى عن محمد اي قدره محمد بما يفضل
عن نفقته ونفقة عياله م من كسبه الدائم كل يوم س يعني اذا كان معتملا وقال صاحب التحفة
وروي عن محمد انه لا شيء في بيع من المال ولو يكتسب كل يوم درهما فانه يكفيه اربعة دوانيق
فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه وينفق فضله على من يجبر على نفقته م لان المعتبر في حقوق
العباد انما هو القدرة س على شيء م دون النصاب س اي دون القدرة على النصاب فانه س اي فان

اعتبار القدرة م للتيسير ش اي بحسب ما يتيسر له بخلاف النصاب فانه في حق الله تعالى فانه
لا يعتبر فيه الا القدرة على النصاب الكامل م والفتوى على الاول ش وهو ان اليسار مقدار
النصاب م لكن النصاب ش اي المراد من النصاب هنا م هو نصاب حرمان الصدقة ش وهو ان يكون له
وهو ان يملك ما فضل عن حاجته الاصلية ما يبلغ مائتي درهم من اي مال كان وهو الصحيح ونقل في
خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكوة ثم قال في الخلاصة هذا
ان الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان يفضل منه مائتي درهم لا يجب ثم قال في الخلاصة وبه
يفتى وقدر صاحب الهداية ايضا اليسار بالنصاب لكن فسره بنصاب حرمان الصدقة كما ذكرنا
واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه ش اي بينا وجه المسئلة في
القضاء بالنفقة في مال الغائب عند قوله ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء والوجه ان نفقة هؤلاء
واجبة قبل القضاء لكونها متفقا عليها فكان قضاء القاضي اعانة لهم وتقدم الكلام فيه م واذا باع
ابوه متاعه ش اي متاع ابنه الغائب م في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وعندهما
لا يجوز وفي الكافي هذا الخلاف في بيع الاب اما بيع غير الاب لا يجوز اجماعا وفي حال حضرة من يستحق
عليه النفقة ليس لاحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار اجماعا م وان باع ش اي الاب م
العقار لم يجز ش الا اذا كان الولد صغيرا فيبيع ذلك واجمعوا ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير
كذا في شرح الطحاوي م وفي قولهما ش اي وفي قول ابي يوسف ومحمد م لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه
م اي لان الاب ش لا ولاية له لانقطاعها ش اي لانقطاع الولاية م بالبلوغ ش اي اذا بلغ حال حضرته
ولا يملك البيع في دين له ش اي للاب م سوى النفقة ش ولو قضى القاضي بذلك لا يجوز لانه قضاء على الغائب
م وكذا لا يملك الام ش بيع متاعه م في النفقة ش وهذا مخالف لما ذكرنا في الاقضية وما ذكره القدوري
في جواز البيع للابوين جميعا ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري يملك الام
البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء وانما الجواب ما في الاقضية
والقدوري ما ولا بان الاب هو الذي يبيع لكن لنفقتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع
تعود اليهما ثم الاكمل وهو الظاهر قلت الظاهر هو الاول على ما لا يخفى م ولابي حنيفة رضي الله عنه ان
للاب ولاية الحفظ في مال ابنه الغائب ش اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض ان يبيعه لنفقته وانما
يبيعه ان لو كان فيه ضرورة في البيع الحفظ واجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة ثم حصل الانفاق
لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا عبرة للعرية في تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف
بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة في الحال لم يجب فلا تعارض م الا ترى ان للوصي ذلك
ش اي بيع العروض في الوارث الكبير الغائب للحفظ م فللاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب
الحفظ ش لان العين يخشى عليها الهلاك م ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها ش فلا يحتاج الى
بيعها في الحفظ م وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا
في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه ش
مقدار النفقة لانه من جنس حقه م كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية
له ان يأخذ نفقته لانه من جنس حقه ش لا يقال اذا قدر رب الدين على جنس حقه من مال
الغائب ينبغي ان يأخذه لانا نقول انما يأخذ رب الدين اذا امتنع المديون عن الايفاء وههنا لم يعلم
امتناعه لغيبته فلا يأخذ م وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما
استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر ش اشارة الى ما قال عند قوله ولا يقضي
بالنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء م وقد اخذا ش اي الابوان م جنس الحق ش فلا يضمنان شيئا م
وان كان له ش اي للابن م مال في يد اجنبي فانفق ش اي الاجنبي م عليهما ش اي على ابويه م بغير اذن
القاضي ضمن ش اي الاجنبي م لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية ش لانه لا ولاية له عليه م ولا نيابة
ش حيث لم يجعله وكيلا عنه في الدفع وقال الكاكي بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما ديانة
فلا قضاء عليه حتى كان له ان يحلف بعد موت المودع انه لا حق له قبله لانه لم يرد به الا
الاصلاح وفي النوادر اذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع راي القاضي لا يضمن استحسانا وكذا

وقد قالوا في رجلين كانا في سفر فاغمي على احدهما فانفق رفيقه عليه من ماله او مات فجهزه صاحبه من
ماله لم يضمن استحسانا وكذا العبد المأذون له في التجارة اذا كان في بلدة بعيدة فمات مولاه فانفق على
نفسه وما معه من الامتعة والدواب لا يضمن استحسانا وكذا روي عن مشايخ بلخ انهم قالوا
اذا كان للمسجد اوقاف فلم يكن له متول فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريع الاوقاف وانفق
على مصالح المسجد مما يحتاج اليه من شراء الزيت والحصر ونحوهما لا يضمن م بخلاف ما اذا امر
القاضي لان امره ملزم لعمومه ولايته واذا ضمن ش اي الاجنبي م لا يرجع على القابض ش وهو الاب
والام م لانه ملكه بالضمان ش اي لان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان م فظهر انه كان متبرعا به ش اي
بملك نفسه م واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت
ش اي النفقة وبه قال الشافعي واحمد ش لان نفقة هؤلاء تجب لكفاية الحاجة حتى لا تجب مع اليسار
وقد حصلت ش اي كفاية الحاجة م بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي ش حيث لا تسقط
لان نفقة المرأة جارية مجرى الديون م لانها تجب مع يسارها ش اي مع يسار المرأة م فلا تسقط
بحصول الاستغناء فيما مضى ش لما قلنا انها كالدين فلا تسقط بمضي المدة م قال ش اي القدوري م
الا ان يأذن القاضي في الاستدانة عليه ش هذا استثناء من قوله سقطت اراد ان القاضي اذا
اذن لهم في الاستدانة عليه حينئذ لا تسقط نفقتهم بمضي المدة لان ما اخذوه باذن القاضي
صار دينا على الغائب فلم يسقط بعد ذلك كسائر الديون م لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه
كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة ش وقال الكاكي قوله الا ان يأذن القاضي
بالاستدانة وان كانت الاستدانة في نفقة ذوي الارحام وقد ذكر في ذخيرة الجامع ان نفقة
المحارم تصير دينا بالقضاء وتسقط واختلف المشايخ فيه قيل ما ذكر في الجامع اذا استدان المفروض
له بالنفقة وانفق فكانت الحاجة قائمة لقيام الدين وما ذكر في غيره اذا انفق من غير استدانة
بل اكل من الصدقة وقيل المسئلة فلم تبق الحاجة بعد مضي المدة واليه قال السرخسي في كتاب النكاح
وقيل ما ذكر في سائر الكتب ما اذا طالت المدة وما ذكر في الجامع الصغير ما قصرت المدة فانه يصير
دينا بالقضاء وكيف لا يصير دينا والقاضي مأمور بالقضاء ولو لم يصر دينا لم يكن الامر بالقضاء بالنفقة
فائدة والفصل بين القليل والكثير بالشهر م فصل ش في هذا الفصل بين نفقة
الرقيق وغيره من الحيوانات واخره عن الجميع وهو حرج ظاهر م وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده
ش هذا باجماع العلماء الا عامر الشعبي م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م
في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا
تعذبوا عباد الله ش هذا الحديث اخرجه البخاري عن ابي ذر الغفاري في حديث هذا الذي ذكر
المصنف بعضه ولفظه هم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فاطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما
تلبسون ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ولفظ م ولا تعذبوا عباد الله في رواية
ابي داود ولكن لفظه ومن لا يلائمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله ثم المستحب ان يطعمه مما يأكل
ويلبسه مما يلبس وحديث ابي ذر محمول على الاستحباب وقال ابن شداد قوله عليه السلام فليطعمه
مما يأكل خرج مخرج الغالب وفي الغالب اطعمهم مساويه وكذا اكسوتهم م فان امتنع ش اي المولى م
عن الانفاق على امته وعبده م وكان لهما ش اي للامة والعبد م كسب اكتسبا وانفقا ش على انفسهما
م لان فيه نظرا للجانبين ش جانب المولى وجانب الامة والعبد م حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه
ملك المالك وان لم يكن لهما كسب فان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما
لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع لم يفيا حقهما ش عن الايفاء مصدر من اوفى
يوفي من الوفاء م وايفاء حق المولى ش من ابقى يبقي ابقاء من الابقاء م بالخلف ش
وهو الثمن ش وفي الذخيرة في ظاهر مذهب اصحابنا لا يجبر اصحابنا الانسان على نفقة غير
الرقيق كالحيوان وغيرها كالدور والعقار والزرع والثمار الا انه يكره لان فيه تضييع
المال وفيه رجل له عبد او مدبر او امة او مدبرة او ام ولد يجبر على نفقتهم فان ابى فكل
من يصلح له الاجارة يؤجر وينفق عليه من اجرته ومن لا منفعة له لعدم صغيرا او كبيرا

وما اشبه ذلك ففي العبد والامة يجبر على بيعهما وفي المدبر والمدبرة وام الولد يجبر على الانفاق
عليهم وفي المكاتب والمكاتبة لا يجبر الا الحاقهما بالاحرار عبد بين رجلين تنازعا فيه يجبر
على نفقته وفي الدابة لا يجبر ان ولو طلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون
متطوعا فالقاضي يقول للآخر الاي اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية
لجانب الشريك هكذا ذكره الخصاف وذكر السرخسي انه لا يجبر م بخلاف نفقة الزوجة
س فان الزوج اذا امتنع من انفاقها لا يجبر على النفقة بل يجبر على دفعها اليها م لانها اي لان
نفقة الزوجة م تصير دينا فكان اجبارا على ما ذكرنا س اشارة الى قوله بخلاف منفعة
الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب بيسارها فلا تسقط م وبنفقة المملوك لا تصير
دينا فكان ابطالا س فيجبر على البيع م وبخلاف سائر الحيوانات س حيث لا يجبر على الانفاق
عليها م لانها ليست من اهل الاستحقاق س اذ لا بد من القضاء والاخبار من المقضي له والعبد
يصلح والحيوان لا يصلح م فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به س اي بالانفاق م فيما بينه
وبين الله تعالى لانه عليه السلام س اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م نهى عن تعذيب الحيوان
س وقد تقدم عن قريب ما رواه ابو داود لا تعذبوا خلق الله وسنده حدثنا عثمان بن ابي
شيبة حدثنا جرير عن الاعمش عن المعرور بن سويد به م وفيه ذلك س اي وفي الامتناع
عن انفاق الحيوانات تعذيب الحيوان م ونهى عن اضاعة المال س وهو ما رواه باسناده
الى المغيرة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله حرم عليكم عقوق الامهات ووأد
البنات ومنع وهات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال ووأد البنات
دفنهن احياء م وفيه اضاعته س اي وفي ترك الانفاق على الحيوان اضاعته م وعن ابي
يوسف انه يجبر س اي يجبر مالك الحيوانات على النفقة عليها وبه قال الشافعي ومالك واحمد
كان فيه اضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان م والاصح ما قلنا س اي لا يجبر على انفاق
سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق **فروع** عبد صغير في يد رجل فقال
لغيره هذا عبدك وديعة عندي فانكر يستحلف بالله ما اودعه ويقضي بنفقته على ذي اليد
لانه او تربية ولم يثبت لغيره فيبقى في حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يستحلف لانه في يد نفسه
والقول قوله في الرق والحرية والنفقة تجب على من له المنفعة مالكا كان او غيره مالك
اوصى بجاريته لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على الموصى له بالجارية ولو اوصى لانسان
بداره وبسكناها لآخر وهي تخرج من الثلث فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان
قال صاحب السكنى في انهدمت الدار انا ابنيها واسكنها كان له ذلك ولا يصير متبرعا لانه
مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل
وامتنع صاحبه من بنائه وكذا لو اوصى بنخل لآخر بثمره فالنفقة على صاحب الثمرة ولو النخل
والحنطة التي هي شيء من ثلث ماله فالتخليص في ذلك على صاحب المال وان لم يشف فالتخليص عليهما
لان المنفعة لهما وفي السمسم اوصى بدهنه لواحد وبكسبه لآخر فالنفقة على صاحب الدهن
وعن محمد ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن
وقيل الذبح اجرة الذابح على صاحب اللحم دون الجلد وفي التتمة ينبغي ان تجب نفقة
البيع قبل القبض على المشتري والصحيح ان نفقته على البائع ما دام في يده وفي المغني
ولا يجبر العبد على الضريبة وكان كثير من الصحابة رضي الله عنهم يضربون الضرائب
على رقيقهم روي انه كان الف مملوك للزبير على كل واحد كل يوم درهم والله اعلم بالصواب
م **كتاب العتاق** س اي هذا كتاب
في بيان احكام العتاق والمناسبة في ذكر العتاق بعد الطلاق لانهما مشتركان في الاسقاط
والسراية واللزوم ولا يقبل العتق الفسخ كالطلاق الا انه قدم الطلاق على العتاق مع انه
غير مندوب اليه والعتق مندوب اليه بمقابلة ذكر النكاح وقد قلنا ان العتاق اسقاط
الحق والاسقاطات انواع تختلف اسماؤها باختلاف انواعها فاسقاط الحق عن الرق عتق

الفسخ

واسقاط

واسقاط الحق عن البضع طلاق واسقاط ما في الذمة براءة واسقاط الحق عن القصاص والجراحات
عفو ثم العتاق والعتق عبارتان عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوي وطار عن وكره ومنه عتاق
الطير لاختصاصها بمزيد القوة والجمادات انقادم عهدها تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة
القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة التملك عن نفسها وخلاصها عن ايدي
الجبابرة والعتيق الجميل ومنه سمي ابو بكر رضي الله عنه عتيقا لجماله وقيل لقدمه في الخير
وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه وقيل لان امه لما وضعته قالت اعتيقك من الموت
فيه لي وكانت لا يعيش لها ولد وقيل اسمه العام يقال عتق يعتق عتقا وعتاقا وعتاقة
شدة اعتاقا وفي الصحاح العتق الحرية وكذا العتاق بفتح العين والعبد عتيق اي معتوق
وفي المغرب العتق الخروج من المملكية وقد يقام العتق مقام الاعتاق ومنه قول محمد رحمه الله
انت طالق مع عتق مولاك وفي المبسوط الاعتاق لغة اثبات القوة وفي الشرع اثبات القوة
الشرعية بازالة الضعف الشرعي والقوة الشرعية كونه اهلا للقضاء والولاية والشهادة وفي
التصرف في الاغيار وعلى دفع تصرف الاغيار عن نفسه وقال الاترازي الاعتاق ازالة ملك
متجزئ مفض زوال كله الى العتق وهذا عند ابي حنيفة والعتق الحرية الحاصلة بعد المسلك
فالاعتاق اثبات العتق والملك عبارة عن المطلق الحاجز والرق عبارة عن معنى اذا ملك
في الآدمي صح تملكه انتهى والحرية عبارة عن الخلوص يقال طين حر اي خالص عما يشوبه وارض
حرة اي خالصة لا خراج عليها ولا عشر وفي الشرع الحرية خلوص حكمي يظهر في الآدمي
بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمي يسمى اعتاقا وتحريرا ومن محاسنه
انه احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية
من قبول الشهادات والولاية والقضاء ثم العتق يحتاج الى معرفة اشياء معرفة تفسيره
لغة وشرعا وقد ذكرناهما وسببه وشرطه وركنه وحكمه وصفته وانواعه فسببه
نوعان في الواجبات ما يتعلق ذمته بوجوب الاعتاق من النذور والكفارات وفي
غير الواجبات هو طلب القربة والنشاط الداعي اليه من نفسه في طلب الثواب او طلب
رضا غيره وشرطه ان يكون العتق حرا بالغا عاقلا مالكا ملك اليمين وركنه ما يثبت به
العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وصفته انه مندوب
اليه لكنه ليس بعبادة حتى يصح من الكافر وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد
الموت وكل منها اما ببدل او بغيره م الاعتاق تصرف مندوب اليه س يقال ندبه للامر
فانتدب له اي دعاه فاجاب م قال عليه السلام س اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م
ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار س هذا الحديث اخرجه
الائمة الستة في كتبهم عن سعيد بن مرجانة عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار
وفي لفظ من اعتق الله رقبة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج
بالفرج وذكر البخاري في كتاب النذور وهو يقتضي ان لا يكون اشل ولا اعور ولا اصم وغير ذلك
لينال بذلك ما وعد في الحديث بقوله حتى الفرج بالفرج وثبت في الحديث انه عليه السلام
قال افضلها اغلاها ثمنا وانفسها عند اهلها ... ولو كان العبد اليهودي او النصراني اكثر ثمنا من
المسلم فاعتاق اليهودي او النصراني افضل من المسلم عند مالك لظاهر الحديث وقال اصبغ المسلم
افضل وهو الحق لقوله عليه السلام ايما رجل اعتق مسلما وقال عبد الملك اغلاها ثمنا في ذوي
الدين ولو غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف منه السرقة
او قطع الطريق جاز اعتاقه ويحرم او يكره عتقه وفي المحيط وغيره الاعتاق ثلاثة اقسام
قربة ومباح ومعصية فالقربة لوجه الله تعالى والمباح هو العتق لزيد والمعصية الاعتاق
لوجه الشيطان او للصنم وعند الظاهرية لا يعتق في هذا الوجه وفي التحفة الاعتاق انواع
قد يكون قربة وطاعة لله تعالى بان اعتق لوجه الله تعالى او نوى عن كفارة عليه وقد يكون

دزا على

ز يدعى

مباحا عنه فانه فان اعتق من غير نية او اعتق لوجه فلان وقد يكون معصية بان قال انت حر لوجه
الشيطان ويقع العتق ايضا ومال العبد لمولاه عند الجمهور وعند الظاهرية للعبد وهو قول
الحسن وعطا والنخعي والشعبي ومالك واهل المدينة لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه
السلام قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه احمد وكان عمر رضي الله عنه اذا اعتق عبدا
لم يتعرض لماله وللجمهور ما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال لغلامه يا عمير اني اريد ان
اعتقك عتقا هنيئا فاخبرني عن مالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ايما رجل اعتق
عبده او غلامه فلم يخبره عن ماله فماله لسيده رواه الاثرم ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم
من باع عبدا وله مال فماله للبائع وقال ابو الوليد هذا الحديث خطا وفعل عمر رضي الله عنه من
باب التفضل م ولهذا ش اي ولكون العضو في مقابلة العضو في الاعتاق م استحبوا ش اي العلما
م ان يعتق الرجل العبد والمراة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء ش ومقابلة الفرج بالفرج
انما يتحقق بين الذكر وبين الانثى بخلاف ما اذا كانت بين الذكر والانثى م قال ش اي القدوري في
مختصره م العتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه ش الذي يدل عليه كلام القدوري ان لصحة العتاق
اربع شرائط الاول الحرية والثاني العقل والثالث البلوغ والرابع ان يكون العبد في الملك وشرحها
المصنف كما ترى فقال ش شرط ش اي القدوري م الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك
للمملوك ش وان ملك م والبلوغ ش بالنصب اي وشرط البلوغ م لان الصبي ليس من اهله ش اي من
اهل العتق اي الاعتاق وانما قلنا اي الاعتاق لان الصبي من اهل العتق الا ترى انه لو ورث اخاه
يعتق عليه فدل على انه من اهل العتق ولكنه ليس من اهل الاعتاق م لكونه ش اي لكون الاعتاق
م ضررا ظاهرا ش في حقه م ولهذا ش اي ولاجل كون الاعتاق ضررا في حقه م لا يملكه الولي عليه
ش اي على الاعتاق عنه م وكذا الوصي م والعقل ش بالنصب ايضا اي وشرط العقل م لان المجنون
ليس باهل التصرف ولهذا ش اي ولكون الصبي غير اهل للتصرف م لو قال البالغ اعتقت وانا
صبي فالقول قوله ش لانه لما اسند الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول
المنكر م وكذا لو قال المعتق اعتقت وانا مجنون ش يعني يكون القول قوله ولكن فيه شرط اشار اليه
بقوله م وجنونه كان ظاهرا ش قيد به لان جنونه لو لم يكن ظاهرا لا يسمع كلامه وقوله م لوجود
الاسناد الى حالة منافية ش اي للاعتاق وهذا التعليل يشمل الفصلين اعني فصل دعوى
البالغ الاعتاق في حالة الصبي ودعوى المعتق الاعتاق في حالة الجنون م ولذا ش اي ولا
يصح العتق لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ش
يعني لان الصبي يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل الاسلام ذلك بل هو اهله الا ترى ان صبيا لو اقر
بالرق لرجل حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا يسمع دعواه اجيب بان الملزم ثمة هو يد صاحب
اليد واقراره موله في يده م ولا بد ان يكون العبد في ملكه ش يعني وقت الاعتاق وهو قول
الجمهور وقال مالك له ان يعتق عبد ابنه الصغير وليس له ان يعتق عبد ابنه الكبير م حتى لو
اعتق عبد غيره لا ينفذ ش انما قال لا ينفذ ولم يقل لا يصح او لا يجوز لان اعتاق ملك الغير صحيح
وينفذ باجازة المالك عندنا ولا ينفذ بدون اجازته م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله
عليه وسلم م لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ش هذا الحديث اخرجه ابو داود والترمذي عن عامر الاحول
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن
ادم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك وقال الترمذي حديث حسن
صحيح م واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك
فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه ش اي في الاعتاق ولا خلاف فيه لاحد
م لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية ش لان هذه الالفاظ صريحة فلا يحتاج
الى النية م والوضع ش اي وضع هذه الالفاظ م وان كان في الاخبار ش في الاصل لانه صورة
الاخبار م فقد جعل ش اي هذا الوضع م انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة ش اي لحاجة
الناس اليه م كما في الطلاق والبيع ش اي وكما في البيع ش بان قول البائع بعت وقول المشتري اشتريت

اخبار في الاصل ولكنه جعل انشاء م وغيرهما ش مثل الاجارة ونحوها م ولو قال عنيت به الاخبار ش
اي لو قال قصدت به ش اي باللفظ من الالفاظ المذكورة م الاخبار الباطل ش اي الكذب م او انه حر من
العمل ش اي او قال قصدت به انه حر من العمل اي لا استعمله في عمل م صدق ديانة ش اي فيما بينه
وبين الله تعالى م لانه يحتمله ش اي يحتمل ما قصده باعتبار وضعه الاصلي م ولا يدين قضاء ش اي ولا
يصدق من حيث القضاء م لانه خلاف الظاهر ش لان الظاهر انه انشاء والانشاء اثبات امر لم يكن م
ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح في العتق م وهو ش اي النداء م لاستحضار المنادى
بالوصف المذكور ش وهو الحرية م هذا هو حقيقته ش اي حقيقة هذا المنادى بما هو موضوع للحرية م
فيقتضي تحقق الوصف فيه ش اي تحقق هذا الوصف فيه ش وهو الحرية م وانه يثبت من جهته ش
ان الوصف وهو الحرية يثبت من جهة المنادي م فيقتضي ثبوته ش اي ثبوت الوصف م تصديقا
له ش اي لكلامه م وسنقرره من بعد ش اي في مسألة يا ابني ويا اخي م الا اذا سماه حرا ش هذا
استثناء من قوله يعتق اي الا اذا سمى عبده بلفظ حر م ثم ناداه يا حر ش فانه لا يعتق م لان مراده الاعلام
باسم علمه وهو ما لقبه به ش فلا يكون انشاء للحرية م ولو ناداه بالفارسية ازاد ش بفتح الهمزة وبالزاي
المخففة وبالدال المهملة م وقد لقبه به ش اي والحال انه قد لقب عبده بهذا اللفظ م قالوا ش اي
قال المشايخ م يعتق وكذا عكسه ش يعني اذا ناداه بقوله يا حر وقد سماه ازاد يعتق م لانه ليس
نداء باسم علمه ش اي لانه لم يناده باسم علمه م فيعتبر اخبارا عن الوصف ش اي عن الحرية لانه دعى
المعنى الذي وضع اللفظ له واذا قال لعبده يا ازاد مرد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال
بعضهم لا يعتق وبه قال الفقيه ابو الليث في النوازل لانه اذا قيل ازاد يراد به العتق واذا قيل
ازاد مرد يراد به الانسانية ولا يراد به العتق م وكذلك ش اي وكذلك يعتق م لو قال راسك حر او وجهك
او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في
الطلاق ش بانه اذا قال راسك طالق او وجهك طالق وقد مر الكلام فيه في كتاب الطلاق م وان اضافه
اي الطلاق م الى جزء شائع ش كالنصف والثلث وما اشبه ذلك م يقع في ذلك الجزء ش اي يقع العتاق
في ذلك الجزء الشائع ثم يسري الى الجميع كمن اعتق بعض جاريته م وسيأتيك الخلاف فيه ان شاء الله تعالى
ش يريد الخلاف في تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة وصاحبيه على ما يأتي ان شاء الله تعالى م وان اضافه ش
اي وان اضاف الاعتاق م الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل ش فانهما لا يعبر بهما عن البدن
م لا يقع عندنا خلافا للشافعي ش وزفر ومالك واحمد ايضا م والكلام فيه ش اي في الاعتاق م كالكلام
في الطلاق م وقد بيناه ش اي في باب ايقاع الطلاق وفي المستصفى قال لعبده ذكرك حر يعتق ولو قال فرجك
حر قيل يعتق كالامة وقيل لا يعتق لان فرجه لا يعبر به عن جميع البدن بخلاف الامة ولو
قال لامته فرجك حر عن الجماع عتقت وفي المحيط لو قال ذكرك حر او استك حرة او قال لامته
ذكر جماعة انه يعتق كالفرج وقيل لا يعتق وهو الاصح ومثله حلقك ولو قال عنقك حر قيل لا يعتق
كالمدبر وقيل يعتق كالرقبة ولو قال لسانك حر يعتق وفي الدم روايتان م ولو قال لا ملك لي عليك
ونوى به الحرية يعتق وان لم ينو لا يعتق ش لانه من باب الكنايات ونص احمد انه صريح م لانه يحتمل
انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية ش ولذا
لا رق لي عليك وقيل فيه روايتان ولو قال لعبده هذا عبد الله او يا عبد الله لا يعتق لانه صادق
وفي المرغيناني قال لعبده اعتقك الله يعتق وقيل يعتق بالنية والمختار الاول ولو قال العتاق عليك
يعتق ولو قال عتقك علي واجب لا يعتق بخلاف الطلاق لان وجوب الطلاق بالوقوع ولو قال
تصبح حرا فهو عتق يضاف الى الغد وان قال تقوم حرا او تقعد حرا يعتق في الحال م ونقل
صاحب الايضاح عن نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لمملوكه انت غير مملوك لا يكون عتقا الا ان
ينوي عتقه وقال في خلاصة الفتاوى ليس له ان يستخدمه فان مات لا يرث بالولاء قال
المملوك بعد ذلك انا مملوك له فصدقه كان مملوكا له وقال فيه ايضا ولذا لو قال ليس هذا العبد
لا يعتق م قال ش اي القدوري م وكذا كنايات العتق ش اي وكذا يقع بها العتق اذا وجدت النية
والالفاظ م وذلك ش اشارة الى تفسير ما قاله القدوري م مثل قوله خرجت من ملكي ولا رق لي عليك

ولا سبيل لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل
بالبيع والكتابة كما يحتمل العتق فلا بد من النية س ليتعين المراد وقال في التحفة في قوله لا سبيل لي
عليك ان نوى العتق يعتق وان لم ينو لا يصدق في القضاء لانه لفظ مشترك الا اذا قال لا سبيل لي
عليك الا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ولا يصدق انه اراد به غير العتق ولو قال الا سبيل الموالاة يصدق
في القضاء لانه قد يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولاء فانه يستعمل في ولاء العتق وقال القدوري في
شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق لان المولى قد يقول لا سبيل لي عليه باللوم
لانك وفيت بالخدمة وفعلت ما امرتك وقد يقول لا سبيل لي عليه لاني كاتبتك فزالت يدي عنك او لا
سبيل لي عليك لاني اعتقتك فاذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يعتق الا بالنية انتهى وقيل في لا سبيل
لي عليك لان السبيل الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال
لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قيل م زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك او لازما
له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر
اللازم وارادة الملزوم قلنا الجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في الكتابة ولا بلازم
لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى ان يسلم م وكذا قوله
لامته قد اطلقتك س اي كذا هذا اللفظ ايضا من كنايات العتق فاذا نوى العتق عتقت والا فلا لانه
بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك س حيث لا يعتق به العبد
وان نوى لانه صريح في الطلاق فلا يثبت به العتق م على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى س اراد به عند
قوله لامته انت طالق م ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد
س فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة كذا قاله الكاكي وقال الاكمل يقال فلان سلطان
ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد فكانه قال لا يد لي عليك ولو
قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان تزول اليد ويبقى الملك فهذا ما قاله حاصل ما قال المصنف
بقوله م وسمي السلطان س اي بلفظ السلطان م لقيام يده س يتصرف فيه كيف شاء م وقد يبقى الملك
دون اليد كما في المكاتب س فان المولى لا يد له على المكاتب وملكه فيه باق م بخلاف قوله لا سبيل لي
عليك لان نفيه س اي نفي السبيل م مطلقا س يعني من غير قيد بشيء يكون م بانتفاء الملك لان
للمولى على المكاتب سبيلا س يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك عنه بالاداء
يعتق م فلهذا احتمل العتق س اي فلاجل ان نفي السبيل مطلقا بانتفاء الملك قبل قوله لا سبيل لي
عليك العتق وقال الاتراري وقد روي عن الكرخي انه قال ما اتضح لي وجه الفرق بين المسئلتين
وقد فني عمري وقال ابو بكر الرازي خرج الشيخ ابو الحسن الكرخي من الدنيا والفرق بين السبيل والسلطان
مشكل عليه وقال الكاكي والفرق مذكور في الكتاب ووجه اخر ان السلطان مشترك بين الحجة
واليد ونفي احدهما لا يستدعي نفي الاخر ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك كما في الكتابة وفي
البدائع قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لا يعتق وقيل يعتق وقال الاتراري لفظ القدوري في
مختصره لا يعتق وهو رواية الاصل وقال في الهاروني يعتق اذا نوى م ولو قال هذا ابني وثبت
على ذلك عتق س هذا القيد اتفاقي لانه ذكر في الينابيع الثبوت على الاقرار ليس بلازم ولهذا لم يذكره
اللفظ في المبسوط وفي اصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق وفي المحيط
وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال العبد بعد قوله هذا ابني اوهمت او اخطات
لا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا
قالوا هذا الجواب في معروفة النسب اما في مجهولة النسب اي دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والاجاز
قال صاحب المجتبى عرف بهذا ان الثبوت على ذلك شرط في الفرقة وامتناع جواز النكاح
دون العتق م ومعنى المسئلة س انما قال ومعنى المسئلة لان المسئلة ذكرها القدوري وفسرها
المصنف بقوله ومعنى المسئلة م اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد
هذا س اي ذكر القدوري بعد هذا عند قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني م ثم ان لم
يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج الى النسب

م حتى يحصل له معين وظهير م فيثبت منه س اي فيثبت نسبه من مولاه لانه ليس له نسب معروف م
واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له س اي للعبد م نسب معروف لا يثبت
نسبه منه للتعذر س لانه ثابت النسب من الغير م ويعتق اعمالا للفظ في مجازه س يعني عملا بمجاز
اللفظ لان البنوة سبب للحرية واطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز م عند تعذر
اعماله بحقيقته س لان الذي يذهب الى المجاز له طرق منها عند تعذر الحقيقة ولتعذر العمل بالحقيقة
مناظر م ووجه المجاز نذكر من بعد ان شاء الله تعالى س يعني عند بيان الدليل لابي حنيفة في قوله
وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة والاصل في هذا الباب ان
من وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اعني القرابات المحرمة للنكاح كقوله هذا
ابني او هذه بنتي او هذا ابي او هذه امي او هذا عمي وخالي او قال هذا جدي قال في التحفة ذكر في ظاهر
الرواية وسوى بين الكل الا في الاخ والاخت فانه لا يعتق الا بالنية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
سوى بين الكل وقال يعتق بما علم الا في قوله هذا ابي وهذه امي وهو يصلح ان يكون ولدا لهما وهو مجهول
النسب يثبت العتق ولكن لا يثبت النسب ما لم يصدقاه بخلاف قوله لمجهول النسب هذا ابني حيث
يثبت العتق والنسب بلا تصديق وعليه نص الحاكم لان في الصورة الاولى يحمل النسب على غيره فيعتبر
تصديقه بخلاف البنوة لانه يحملها على نفسه كذا في الشامل ثم اذا قال له هذا ابني هل يصير ام ولد
له اذا كانت في ملكه بعضهم قالوا لا يثبت الاستيلاد سواء كان الولد مجهول النسب او معروف
النسب وقال بعضهم يثبت في الحالين وبعضهم فرق ان كان معروف النسب لا يثبت وفي مجهول
النسب يثبت كذا في التحفة م ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق س هذا لفظ القدوري في مختصره
وعليه نص الحاكم في الكافي ولا يحتاج الى النية لكونه صريحا كما في التحفة وبه قال في خلاصة الفتاوى
وفي العيون قال لا يعتق بالنية الا في موضعين يا مولاي يا حر وقال زفر لا يعتق بدون النية وبه
قال الشافعي ومالك واحمد م اما الاول س وهو قوله هذا مولاي م فلان اسم المولى وان كان ينتظم
الناصر س اشار بهذا الى ان لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى الناصر قال الله تعالى ذلك بان الكافرين لا مولى لهم
م وابن العم س قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي بني عمي بعد موتي كذا قاله اهل
التفسير وقال طرفة فما لي اراني وابن عمي مالكا متى ادن منه ينأ عني ويبعد فلو كان مولاي امرأ
غيره لفرج كربي او لانظرني غدا والمولى في البيت يعني ابن العم م والموالاة في الدين س يقال
الموالاة وصورة الموالاة حر بالغ عاقل مسلم غير معتق لاحد ولم يعقل عنه يقول لآخر انت مولاي
ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت ويقول الآخر قبلت ويكون القابل مولى له يرثه اذا مات ويعقل
عنه اذا جنى م والاعلى س اي المولى الاعلى وهو الذي يعتق م والاسفل س اي العتاقة س وهو الذي انعم عليه
بالعتق والاعلى مقابله والمصنف ذكر للمولى خمسة معان وذكر الاتراري انه استعمل في ثلاثة
وعشرين معنى وزاد عليه غيره وما ذكره المصنف هو المشهور ومنها الخمسة المذكورة ويطلق على
الرب والمالك والسيد والمنعم والمنعم عليه بغير اعتاق والعبد والمحب والتابع والجار والحليف
والصهر والعقيد والمولى والوارث وابن الاخت والشريك والموضع الذي يكون فيه الحرب والمسلط
لكن المعاني العشرين لا يعرفها كل احد ولا يخطر ببال سيد العبد فلا اعتبار بها فتعين ما ذكره
المصنف م الا انه تعين الاسفل س غير انه تعين المولى الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا س اشار
الى كون الاسفل كاسم خاص له بقوله م لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة س اراد
انه لا يجوز ان يحمل المولى في قوله هذا مولاي على النصرة لان المولى لا يستنصر بعبده عادة م
وللعبد نسب معروف س اراد به انه لا يحمل على انه اراد به ابن العم لانه معلوم على خلاف ذلك
م فانتفى الاول س وهو حمله على الناصر م والثاني س اي وانتفى الثاني س وهو حمله على ابن العم م والثالث
نوع مجاز س اراد به المولى في الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين الشرقي
والغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فتعين القرب من جهة الدين
ولهذا جاز نفيه م والكلام لحقيقته س فيتعين الاسفل وقال الاتراري سلمنا ان الكلام لحقيقته اذا لم
يكن المجاز مرادا اما اذا كان مرادا فلا نسلم على انا نقول لفظ المولى مشترك وله حقائق لا حقيقة

واحق فلا يتعين الاسفل منه نصرى بانه لم يرده بل اراد به معنى اخر انتهى قلت في كلامه نظر
لان المصنف ما منع الاشتراك بل صرح به لانه ذكر له خمسة معان ثم بين انه ما كان يصلح جملة
على معنى منها غير معنى المولى الاسفل فيتعين لذلك م والاضافة الى العبد س يعني في قوله هذا مولاي م
تنافي قوله س اي كون العبد م معتقا س بكسر التا حاصله انه لا يحمل على انه اراد به المولى الاعلى
لان العبد لا يعتق مولاه م فتعين المولى الاسفل س وهو العبد الذي انعم عليه بالعتق كما ذكرنا فاذا كان
كذلك م فالتحق بالصريح س في ايقاع العتق بلا نية لاحاله في المحل وهو كونه عبدا م وكذا لو قال
لامته هذه مولاتي لما بينا س اي لما بينا من الدليل في قوله هذا مولاي م ولو قال عنيت به س
اي لو قال القايل المذكور قصدت بقولي هذا مولاي م المولى في الدين م او الكذب س بالنصب اي
او قال عنيت به الكذب م يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر
اي ظاهر الكلام م واما الثاني س عطف على قوله اما الاول واراد بالثاني قوله يا مولاي م فلانه لما
تعين الاسفل مرادا س اي لما تعين المولى الاسفل حال كونه مرادا م التحق بالصريح س الدال على
الاعتاق م وبالندا باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا الندا بهذا اللفظ س اي بقوله
يا مولاي م وقال زفر لا يعتق في الثاني س اي في قوله يا مولاي لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله
يا سيدي يا مالكي س وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال يا سيدي او قال يا مالكي اذا لم ينو العتق لا يعتق
واذا نوى فعن محمد روايتان م قلنا الكلام لحقيقته س اي ان الاصل استعمال اللفظ بحقيقته
م وقد امكن العمل به س اي بقوله هذا اذا امكن العمل بحقيقة كلامه لان معنى قوله يا مولاي يا من انعمت
عليه ولا انعام فتعين الاسفل م بخلاف ما اذا قال س اراد به قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما
يدل على العتق وهو معنى قوله م لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا وبه لا يحصل
العتق وفي الواقعات قال يا سيدي او يا سيد ان نوى العتق عتق وان لم ينو فلا يعتق وقيل لا يعتق
في يا سيدي ولا يعتق في يا سيد والمختار انه لا يعتق وفي المجتبى قال الحسن بن ابي مطيع
يعتق بقوله يا سيدي ولا يعتق بقوله يا سيد وقال نصير لا عتق فيهما الا بالنية وفي النهاية
قال العاصي لا يعتق قال والذي اراه ان يعتق م ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان الندا لاعلام المنادي
س ولا يراد به ما وضع له اللفظ م الا اذا كان س اي الذي قال م بوصف يمكن اثباته من جهته س
اي اثبات ذلك الوصف من جهة المنادي م كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي س بفتح الدال م
استحضارا س اي لاجل الاستحضار له م بالوصف المخصوص نحو قوله يا حر على ما بيناه س
يعني عند قوله وبالندا باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر م واذا كان الندا بوصف لا يمكن من جهته
كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره س اي لتعذر تحقيق الوصف واراد بالوصف
البنوة والاخوة ونحوهما من الابوة م والبنوة لا يمكن اثباتها حالة الندا من جهته لانه لو
انخلق من ما غيره لا يكون ابنا له بهذا الندا س فاذا كان له لام فكان قوله يا ابني لمجرد الاعلام
س في ظاهر الرواية م وروى عن ابي حنيفة شاذا انه يعتق فيهما س اي في قوله يا ابني ويا اخي قال
في تتمة الفتاوى اذا قال لعبده يا ابني روى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق م والاعتماد على الظاهر
س اي على ظاهر الرواية وهو الذي ذكره القدوري وهو المذكور في النوادر والمنتقى م ولو قال
يا ابن س بضم النون وقطع الاضافة على صورة المنادي المفرد م لا يعتق لان الامر كما اخبر س لانه صادق
فيما اخبره م فانه ابن ابيه س فانه ابن ابيه س اي ابن والده م وكذا س اي لا يعتق وكذا لا يعتق لو
قال يا بني او يا بنيه لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة س الى يا المتكلم م والامر كما
ذكر س لان التصغير قد يكون للاكرام واللطف قاله الكاكي والاحسن ان يقال قد يكون
قد يكون للشفقة والترحم م وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي
حنيفة س هذه من مسايل الغلا وفي المغني اذا قال لعبده الاكبر سنا منه هذا ابني
او قال هذا ولدي عتق عليه عند ابي حنيفة م وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله م
س اي ابي يوسف ومحمد والشافعي م انه س اي ان كلامه هذا م محال س لان الاكبر سنا محال
ان يولد من الاصغر سنا فاذا كان محالا م فيرد ويلغو س فلا يعتق فان قلت لم لا يصار الى

المجاز قلت اذا كان محالا بحقيقته لا يثبت لمجازه وهو الحرية لان المجاز خلف عن الحقيقة
فاذا لم يتصور الاصل لم يتصور الخلف فصار م كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان يخلق س
بالخطاب على صيغة المجهول وتصور الاصل شرط لصحة المجاز الا ترى انه اذا قال لمعروف النسب
وهو اصغر سنا منه هذا ابني يثبت الحرية لمجازه لتصور الاصل لان مثله يجوز ان يولد له
لكن لم يثبت حكم الاصل لمانع وهو انه ثابت النسب من الغير قال في شرح الاقطع فرق ابو يوسف
ومحمد بين المعروف بالنسب وبين ان يولد مثله لمثله فان المعروف النسب يجوز ان يكون ابنه من الزنا
ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه م ولابي حنيفة انه س اي ان هذا الكلام م محال بحقيقته لكنه
صحيح بمجازه س لوجود طريق المجاز م لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا س اشارة الى قوله
اخبار عن حريته م لان البنوة من المملوك سبب لحريته س لانه لا يوجد البنوة في المملوك الا
وتوجد الحرية معها فذكر الملزوم وارادة اللازم او ذكر السبب وارادة المسبب طريق من طرق
المجاز م اما اجماعا او صلة للقرابة س يعني ان البنوة موجبة للصلة والعتق صلة فيكون البنوة
موجبة العتق م واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا س اي مجازا م ولان الحرية
ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طريق المجاز على ما عرف س في الاصول
م فيحمل عليه س اي فيحمل عليه قوله هذا ابني على المجاز وهو الحرية تصحيحا لكلامه م بخلاف
ما استشهد به س على صيغة المجهول وهو قوله اعتقتك قبل ان اخلق م لانه لا وجه له في المجاز
لانه لا يتصور ان يكون الاعتاق قبل الاخلاق اصلا فلم يوجد السبب م فتعين الالغاء س اي الغاء
هذا الكلام م وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره س هذا جواب عما يقال لو كان ذكر الملزوم وارادة اللازم
مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطاء
سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة الاف درهم فاللازم
باطلاق الملزوم مثله فاجاب بقوله بخلاف ما اذا قال لغيره م قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث
لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والنزاع س يعني المال المطلق لان القطع انما يكون سببا لوجوب
مال هو ارش وهو مخالف لوجوب مطلق المال م وان كان القطع سببا لوجوب المال م لان القطع
خطا سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه س اي وان المال المخصوص يخالف مطلق المال في
الوصف س وهو الارش ثم اوضح ذلك بقوله م حتى وجب س اي المال الذي هو الارش م على العاقلة في
سنتين س بتثنية سنة كذا قال صاحب النهاية وقال هكذا كان مقيدا بخط شيخي رحمه الله وقال
الكاكي والاتقاني هو الصحيح وقال الاتقاني لان الكلام وقع فيما اذا قطع اليد الواحدة وارش
قطع اليد الواحدة نصف الدية ثم الارش اذا زاد على ثلث الدية يكون في سنتين على العاقلة الثلث في السنة
الاولى والباقي في السنة الثانية وما زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد في السنة الثالثة
قال وفي بعض النسخ في سنين بلفظ الجمع وليس بشي م ولا يمكن اثباته س اي اثبات الارش م بدون
القطع س لوجود صحة البدن م وما امكن اثباته س اي والذي امكن اثباته وهو عبارة عن مطلق المال م
فالقطع ليس بسبب له س فيتعذر جعل الاقرار بقطع اليد مجازا عن الاقرار بمطلق المال لان قطع اليد
خطا سبب لوجوب المال على العاقلة فلو جعل مجازا عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب
المال على العاقلة والاقرار على الغير باطل ولا يمكن ان يجعل اقرارا بما يخصه من الدية لان لازمه قطع
اليد وجوب المال موزعا على العاقلة فايجاب المال مقصورا على واحد من العواقل لا يكون لازمه قطع
اليد فلا يصح المجاز ولانه لما اخرجهما صحيحتين كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له اثر فلا يتعلق
به حكم بعد ذلك لانه لو ثبت حقيقة الجرح فيما لا يتعلق به الحكم نفي المجاز اولى ثم لابي حنيفة رضي الله عنه
في قوله هذا ابني طريقان احدهما انه بمنزلة التحرير ابتداء مجازا بطريق اطلاق السبب على المسبب
فعلى هذا لا يكون الام ام ولد له اذا كانت في ملكه لانه ليس لتحرير الغلام ابتداء اثر في امومية
الولد والطريق الاخر انه اقرار بالحرية مجازا كانه قال عتق على من حين ملكته فان البنوة في
المملوك سبب للعتق وهو الاصح ولهذا قال في كتاب الاكراه اذا اكره على ان يقول هذا ابني لا
يعتق عليه والاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لا صحة التحرير ابتداء فعلى هذا تصير الجارية ام ولد له م

اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما س هذا جواب عما يقال اذا قطع اليد لا يثبت المال مجازا لان مطلق
المال يخالف مالا مخصوصا وهو الارش فكذا الحرية الثابتة بالبنوة تخالف الحرية الثابتة لا بالبنوة
في كونها صلة للقريب وواجبة على القريب فلا يمكن اثبات الحرية مجازا للبنوة كما لم يثبت وجوب
المال بمجاز القطع اليد فاجاب بقوله اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما اي في حيث الذات وهي
زوال الرق ولا من حيث الحكم وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات فكانت الحريتان سوا
فيهما وقال الاترازي لان الحرية عبارة عن زوال الرق وهو شي واحد لا تختلف بالاضافة الى البنوة
وغيرها وحكمها خلوص المحل للمالكية ودفع ودفع ملك الغير الا انها قد توصف بكونها صلة للرحم
وواجبة على القريب وذلك لا يوجب تنوعها كالحرية الواقعة في العاقل البالغ حيث يتعين حالة
يترتب عليها اداء الشهادة والولاية والامارة بخلاف الحرية الواقعة في الطفل والمجنون فانها لا
توجب هذه الاهلية ومع هذا الانفصال انها تنوعت فلذا انها فلم تكن الحرية مختلفة م فامكن
جعاله س اي جعل قوله هذا ابني م مجازا عنه س اي عن الحرية على تاويل العتق او المحرر ولو قال
عنها لكان احسن م ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف س المذكور بين ابي حنيفة
وصاحبيه م لما بينا س يعني الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني م وقيل لا يعتق بالاجماع لان
هذا الكلام لا موجب له في الملك س من عتق او حرية م الا بواسطة وهو الاب وهي س اي الواسطة
م غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة
مثل ان يقول هذا اخي لابي او لامي عتق م بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة
س فيجعلان مجازا للحرية ولو كان يولد مثله لمثلهما وصدقاه ثبت ذلك وعتقا عليه م ولو قال هذا
اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يعتق س وهي رواية الحسن عنه م ووجه الروايتين
ما بيناه س اي وجه رواية العتق ما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الى اخره
فكذلك هنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فقوله في مسئلة الجد لان
هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك هنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب او الام
لانها عبارة عن مجاورة في صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون
هذه الواسطة وقال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا
اخي فاما اذا ذكره مقيدا او قال هذا اخي لابي او لامي فيعتق من غير تردد وهذا لان مطلق الاخوة مشترك
قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المومنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى
والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف
نسب ورضاع فكيف ثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا
يعارض الحقيقة م ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو س اي عدم العتق م بالاجماع
لان المشار اليه ليس من جنس المسمى س لان الذكور والاناث من بني ادم جنسان مختلفان واذا لم
يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى وهو معنى قوله م فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم
س اي المسمى معدوم م فلا يعتبر س يعني لا يمكن تصحيح الكلام ايجابا ولا اقرارا في المعدوم فلا يمكن
ان يجعل البنت مجازا عن الابن بوجه الا ترى انه لا يعتق وان كان احتمل ان يكون ابنه بان كان يولد مثله
لمثله كذا في الاسرار م وقد حققناه في النكاح س اي حققنا هذا الاصل في كتاب النكاح في باب
المهر عند قوله فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة فليراجع
اليه م وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري س اي او قال لها تخمري م لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله
تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية س مثل قوله لامته انت مطلقة او طلقتك
وتخمري وتقنعي واعزبي وخلية وبرية وحرام وما اشبه ذلك م على ما قال مشايخهم س اي مشايخ الشافعية
له س وانما قال مشايخهم لان المنصوص عن الشافعي لفظ الطلاق فحسب واصحابه قاسوا عليها سائر
الفاظ الصريح والكناية م له س اي للشافعي م انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة
س يعني ملك اليمين وملك النكاح م اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح
في حكم ملك العين حتى كان الثابت به من شرطه والثابت مبطل لهما س اي للنكاح وملك اليمين

والثابت ان يجعل له وقت معين م وعمل اللفظين س جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا يثبت
به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض فاجاب بقوله
وعمل اللفظين س اي الطلاق والعتاق وهو مبتدا وخبره هو قوله م في اسقاط ما هو حقه وهو الملك
س الضمير اعني قوله هو راجع في الموضعين الى ما والحاصل ان الاعتاق ايضا اسقاط م ولهذا س اي ولاجل
كون الاعتاق اسقاطا م يصح التعليق فيه بالشرط س كما يصح في الطلاق م اما الاحكام س هذا جواب عما
يقال للشافعي ان يقال يثبت بالاعتاق الاحكام يعني الاهلية والولاية والشهادة والطلاق اسقاط
فلا مناسبة بين الاسقاط والاثبات فلا يستعار الطلاق للعتاق لعدم المناسبة فاجاب اما الا حكام
بالادمية وهي التي ذكرنا ها الان م يثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا س الضمير في هو راجع الى
السبب وفي كونه راجع الى العبد لان الشهرة قائمة مقام الذكر والحاصل ان ثبوت الاحكام بالادمية
لكن الرق كان مانعا فبالاعتاق زال المانع وجوابه لو كان ثبوت الاحكام بالادمية وكونه مكلفا لكانت
القدرة موجودة للعبد واللازم منتف لان الرق مناف للقدرة اصلا وصحة التعليق لا تدل لان
الاعتاق اسقاط على وجه يترتب عليه ثبوت هذه الاحكام فباعتبار الاسقاط صح التعليق م ولهذا
س اي ولكون العتق يحتمل لفظه م يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق س يعني اذا قال لامراته
انت حرة ونوى به الطلاق صح مجازا م ولا عكسه س اي يصلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق م ولنا
انه نوى ما لا يحتمله لفظه س لا مناسبة بينهما بجواز الاستعارة م لان الاعتاق لغة اثبات القوة س ماخوذ من
قولهم عتق الطائر اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع ابطال كذلك م والطلاق رفع القيد س في اللغة من
قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا حللته م وهذا س اشارة الى اثبات القوة م لان العبد الحق بالجمادات
س جمع جماد والجماد عبارة عما لا روح له م وبالاعتاق يحيى فيقدر س على التصرفات الشرعية في
الاقوال والافعال م ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة س مالكة امر نفسها م الا ان قيد النكاح مانع
س لان ملك البضع للزوج عليها مانع م وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة س يحدث له القدرة م
ولا خفاء ان الاول س اي الاعتاق م اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح م لان ملك اليمين قد يستلزم
ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع س واما ملك النكاح فلا يستلزم
ملك اليمين اصلا م فكان اسقاطه اقوى س اي اسقاط ملك اليمين اقوى لان كل ما هو اقوى فاسقاطه
اقوى م واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه س هذا لان مثل هذا المجاز انما
يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في
الاخر وانت تريد الحاق الاضعف بالاقوى في وجه التسوية بينهما فيدعي ان ملزوم الاضعف من
جنس ملزوم الاقوى فيطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وانت تريد ان تلحق جراءته
وقوته بجراءة الاسد وقوته فتدعي انه من الاسد فيه له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق
اسم القوي في الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا فبعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك
جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه م فلهذا امتنع في المتنازع فيه س اي امتنع
المجاز في قوله انت طالق لامته ونوى به العتق م واتساع في عكسه س اي جاز في قوله انت حرة
لمنكوحته ونوى به الطلاق وقال الاكمل والفرق بين الكنايتين المذكورتين في الكتاب ادل ل
المناسبة واظهار السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فانا بينا ان وهي الثانية
لتسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى فهو بنا في الاستعارة م واذا قال لعبده انت
مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية س فلا يعتق
حاصله ان المثل للتشبيه والتشبيه بين الشيئين لا يقتضي اشتراكهما من جميع الوجوه فلذلك
لم يعتق لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى وتعني المثل في اللغة النظير كذا في الجمهرة وفي
التحفة ذكر في كتاب العتاق لا يعتق بلا نية وقد قالوا انه اذا نوى العتق يعتق فانه ذكر في كتاب
الطلاق اذا قال لامراته انت مثل امراة فلان وفلان قد آلى من امراته ونوى الايلاء يصدق ويصير
موليا م ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة
س فان قوله لا اله نفي الالوهية عن غير الله وقوله الا الله اثبات الالوهية لله وفيه اثبات الالوهية

حكام

ولطع

لله تعالى ما كد الوجوه لان الاثبات بعد النفي اكد وابلغ من الاثبات المجرد م ولو قال رأسك رأس حر
لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ش اي حرف التشبيه وهو الكاف لان اصله رأسك كرأس حر فصار
كقوله مثل الحر م ولو قال رأسك رأس حر ش بالتنوين في رأس م عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ
الرأس يعبر به عن جميع البدن ش وقد وصفها بالحرية ومن وصف عبده بالحرية او وصف ما يعبر به
عن جميع البدن بالحرية عتق عليه قال في كتاب عتاق الاصل اذا قال رأسك حر او بدنك حر او جسدك
حر او نفسك او وجهك او روحك او كانت امة فقال فرجك حر عتق في جميع ذلك ونقل صاحب
الاجناس عن الهاروني اذا قال ذنبك حر او بعضك حر عتق ولا يدين في هذا كله ان قال لم ارد به
العتق وفي نوادر المعلى لو قال جزء منك حر او شيء منك يعتق منه ما شاء المولى في قول ابي حنيفة
وفي عتاق الاصل لو قال يدك حر او رجلك حر او اصبع من اصابعك حر او سن من اسنانك او دمك او
دبرك او بطنك فهذا كله باطل وفي الهاروني لو قال ظهرك حر او صدرك حر او بطنك حر او ظهرك او
جنبك او فخذك او لسانك او شعرك او نفسك حر لا يعتق في شيء من هذه الوجوه نوى او لم ينو
قال الناطفي هذا كله على قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وفي كتاب العتاق الاملاء
لو قال كبدك حر او معدتك حر لا يعتق وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال
هذه خياطة حر لا يعتق وفي الهاروني لو رآها تمشي فقال ايش لاها هذه مشية حر او رآها تتكلم
فقال هذا كلام حر لم يعتق الا ان يقول اردت العتق وهذا قول ابي يوسف وقال الحسن بن
زياد من قول نفسه يعتق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد
لو قال حسبك حر او اصلك حر وعلم انه من سبي لا يعتق لان اصله حر فهو صادق فيه ولا يعتق
وكذلك لو قال ابواك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال لامته فرجك حر من الجماع فهي
حرة في القضاء وتسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال انت
حر كان حرا وكذلك لو قال ذكرك حر كان حرا وفي كتاب اصل الفقه لمحمد بن الحسن لو قال العبد فرج
حر لا يعتق وفي الجارية تعتق ولو قال هذا ابني من الزنا يعتق ولا يثبت نسبه وفي المرغيناني
لو قال له افعل في نفسك ما شئت فاعتق نفسه في المجلس عتق ولو قال صم عني يوما وانت حر او قال
صل لي ركعتين وانت حر عتق في الحال فعل ذلك او لم يفعل ولو قال حج عني حجة وانت حر لا يعتق
حتى يحج عنه لان النيابة جائزة في الحج دون الصوم والصلاة ولو قال ان سقيت حماري فانت حر
فذهب به الى الماء ولم يسق عتق لان المراد به عرض الماء عليه وفي المحيط قال رجل انا
مولى ابيك اعتقني ابوك ابوي فهو حر وكذا لو قال انا مولى ابيك ولم يقل اعتقني فهو حر لانه قد
يكون مولاه من قبل حلف فلم يجز اقراره بالرق وان زاد اعتقني فهو مملوك اذا جحد الوارث وفي الذخيرة
قال كل مملوك في هذا المسجد او في بغداد حر وله عبد في المسجد او في بغداد لم يعتق الا ان نوى
عتقه وعن محمد عن ابي حنيفة لو قال عبيد اهل بغداد احرار وهو من اهل بغداد عتق عبيده
وعلى هذا لو قال كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر فدخل عبيده عتقوا وبه اخذ شداد وقال
عصام لا يعتقون قال الصدر الشهيد هو المختار للفتوى ولو قال ولد آدم كلهم احرار لا يعتق
عبيده وفي المنتقى قال عبدي الذي هو قديم الصحبة حر قال محمد ان صحبه ثلاث سنين عتق
وهو قول ابي يوسف وقيل ستة اشهر وقيل سنة وفي المحيط وهو المختار م

فصل

ش اي هذا فصل في المتفرع عن بيان الاعتاق الاختياري شرع في بيان الاعتاق الذي حصل من غير اختيار
كما في شراء القريب وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد ام الولد من مولاها م ومن ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه ش به قال احمد وسواء كان المالك صغيرا او كبيرا صحيح العقل او مجنونا ويروى
ذلك عن عمر وابن مسعود وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن
شبرمة وابي سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحاق وهو قول الظاهرية وقال
مالك يعتق في قرابة الولاد والاخوة والاخوات لا غير قاله الكاكي وقال الاترازي وقال
مالك واصحاب الظواهر لم يعتقوا الا باعتاق المالك قلت فيه نظر من وجهين احدهما ان اصحاب
الظواهر مع مالك وقد ذكرنا انهم مع الجماعة الاخرى والثاني ان هذا النقل عن مالك خلاف ما

وقع في المدونة لمالك حيث قال فيها قال مالك ولا يعتق على الرجل من قرابته اذا ملكهم الا الولد ذكرهم
وانثاهم وولد الولد وان سفلوا وابواه واجداده وجداته من قبل الام والاب وان بعدوا والاخوة
دنيا الابوين او للاب او للام وهم اهل الفرائض في كتاب الله تعالى ولا يعتق غير هؤلاء من ذوي الارحام
انتهى وقال الاوزاعي يعتق كل ذي رحم محرم كانت او غير محرم واعتق كل ابن العم وابن الخال
ويستسعيهما م وهذا اللفظ ش يعني قوله من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه م مروي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ش هذا الحديث
باللفظ الاول اخرجه النسائي في سننه عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار
عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه وباللفظ
الثاني اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واخرجه الحاكم في المستدرك من طريق احمد
ابن حنبل عن حماد بن سلمة عن عاصم الاحول وقتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعا وسكت عنه ثم
اخرجه عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعا من ملك ذا رحم
فهو حر وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين والمحفوظ عن سمرة بن جندب انتهى والكلام
في هذين الحديثين كثير طويناه لكونه خارجا من المقصد م واللفظ ش اي لفظ الحديث م
يتناول كل قرابة موصوفة بالمحرمية ش اي موصوفة وهو بالباء الجارة حرف من النا... م ولادا
او غيره ش اي غير الولاد بكسر الواو وقال الاترازي او غيره منصوب على البدل من قوله كل قرابة
تلك هو منصوب بكان المقدر تقديره او كانت غير الولاد وولادا منصوب بكان الظاهر
غير انه ... عليه وتفسيره كل من لا يجوز نكاحه على التأبيد لاجل النسب سواء كانت القرابة
قريبة كقرابة الولاد او متوسطة كالاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة بخلاف ما اذا
كانت بعيدة كبني الاعمام فان الحديث لا يتناولها لعدم المحرمية م والشافعي يخالفنا في غيره
ش اي في غير الولاد وقرابة الولاد هي القرابة بين الولد والوالدين ومذهب الشافعي رحمه الله
انه لا يعتق في غير قرابة الولاد وقال ابو محمد لا نعلم قول الشافعي عن احد قبله ولست له فيها
... م له ش اي للشافعي م ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ش اي بغير رضاه وهو
... م ينفيه القياس او لا تقتضيه ش قال ... تاج الشريعة معنى قوله ينفيه
القياس من تعرض لنفي القياس اياه وفي الثاني لم يتعرض لا بالنفي ولا بالاثبات م والاخوة وما
يضاهيها ش اي وما يشابهها من قرابة العمومة والخؤولة م نازلة عن قرابة الولاد ش اي
ادنى درجة من قرابة الولاد م فامتنع الالحاق ش اي الحاق قرابة الاخوة بقرابة الولاد
لعدم المساواة م والاستدلال ش اي وامتنع الاستدلال اي دلالة النص الا اذا كان
المسكوت في معنى الملحوق به من كل وجه وههنا ليس كذلك م ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في
غير الولاد ولم يمتنع فيه ش اي في الولاد يعني اذا ملك المكاتب اباه او ابنه يتكاتب بخلاف
الاخ فانه لا يتكاتب م ولنا ما روينا ش وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه
عتق عليه م ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه ش لان الشارع اعتبر محرمية
هي صفة للرحم والرحم عبارة عن القرابة والمحرم عبارة عن حرمة النكاح فالمحرم بلا رحم
كما اذا ملك زوجة ابنه او بنت عمه وهي اخته رضاعا لا يعتق لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة
بل بالمصاهرة او بالرضاع ولا بد ان يكون القرابة في المحرمية مؤثرة لان الشارع اعتبر
محرمية هي صفة للرحم كما ذكرناه وكذا الرحم بلا محرم لا يعتق كبني الاعمام والاخوال لان
القرابة بعدت فلم يؤثر في حرمة النكاح فلم يعتق بالملك م وهذا هو المؤثر في الاصل ش
اي ملك القريب هو المؤثر في ايجاب العتق في الاصل يعني في قرابة الولاد م والولاد ملغى ش لانه
تعليل بوصف غير متعد فكان اشتغالا بما لا يفيد لانه تعليل بعلة قاصرة م لانها ش اي
لان القرابة المؤثرة في المحرمية م هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة
ش لا يقال هذا من مذهبكم لانه لا نفقة في غير الولاد على مذهب الشافعي رحمه الله فكيف



استدل بوجوب النفقة لانا نقول وجوب النفقة ثبت بقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك
فصار كانه ثبت اجماعا فلم يلتفت الى انكار الخصم م وحرمة النكاح س حرمة النكاح بالاجماع وقال
الاكمل ولمشايخنا ههنا نكتة وهو ان هذه قرابة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل النكاح فلان
يصان عن اعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر
وهو باطل قطعا واجماعنا على ان الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة
فان رافع الاعلى رافع الادنى لا محالة م ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم
العلة س وهو صلة الرحم وكذا لا فرق اذا كان المملوك مسلما او كافرا وقيد بقوله في دار الاسلام
لان الحربي اذا ملك قريبه لا يعتق عليه وبه صرح في فتاوى الولوالجي وبعض الحاكم في الكافي
ان عتق الحربي في دار الحرب باطل وكذا تدبيره ولم يذكر اختلافا وذكر في المختلف الحربي اذا اعتق
عبده الحربي في دار الحرب وخلاه عتق عند ابي يوسف وولاؤه له وقالا لا ولاء له لانه عتق
بالتخلية لا بالاعتاق كالمراغم ثم قال اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثمة
القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب ولا يجري عليه ولا ولاء له عندهما وهو القياس
وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير والمكاتب
اذا اشترى اخاه س هذا جواب عن قوله ولهذا امتنع المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم
انه لا يتكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ ايضا والجواب
بطريق التسليم ما قاله المصنف بقوله لانه ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق م او من
يجري مجراه س اي لو اشترى من يجري مجرى الاخ كالعم والخال م لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك
تام يقدره س من الاقدار م على الاعتاق س لانه عبد ما بقي عليه درهم م والافتراض عند القدرة
س اي افتراض وصل القرابة عند القدرة وهي عبارة عن صفة تمكن الحي من فعل وترك م بخلاف
الولاد س هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد بقوله بخلاف الولاد م لان
العتق فيه من مقاصد الكتابة س لان عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتعير بالرق
فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان العتق من مقاصد الكتابة م فامتنع البيع ليعتق تحقيقا
لمقصود العقد س اما حرمة الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار به لحوقه
برق ابيه او ابنه م وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما س اي قول ابي يوسف
ومحمد وسيجيء بيان هذا مستوفى في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى م قلنا ان يمنع
م وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع س هذا جواب
نقض اجمالي اي لا يعتق عليه تقريره هو قوله م لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة س يعني المراد م
بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وههنا ليس كذلك لان الرضاع هو المؤثر والمحرمية من الرضاع
ليست بمراده من الحديث بالاجماع لانه لا قائل بعتقها اصلا م والصبي جعل اهلا لهذا العتق
س اي عتق ذي الرحم المحرم م وكذا المجنون س اي وكذا المجنون اهل لهذا العتق م حتى عتق
القريب عليهما عند الملك س اي عند ملكهما اياه حتى اذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما
كالارث والهبة عتق عليهما م لانه تعلق به س اي بهذا العتق م حق العبد س وهو العلة
فقد وجدت م فشابه النفقة س وهي تجب عليهما للقريب فكذا العتق وسببهما المحرم بالملك وقال في
المبسوط العلة تمت في حقه وهو الملك مع القرابة فان الصغير يملك حقيقة وهذا لجزم عليه
اخذ القدر فيه م ومن اعتق عبدا لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق س وعند الظاهرية
لا يعتق في الاخيرين م لوجود ركن الاعتاق س وهو لفظ الاعتاق من الاهل وهو العاقل
البالغ المالك م في محله س وهو العبد المملوك للمعتق واراد بوجه الله رضى الله سبحانه وتعالى والوجه في
اللغة على معان وجه الانسان وغيره معروف ووجه النهار اوله ووجه الكلام السبيل
الذي تقصده به ووجوه سادتهم وصرفت الشيء عن وجهه اي عن سننه م ووصف
القربة في اللفظ الاول س وهو قوله لوجه الله م زيادة س للتاكيد وذكر الله ليس بشرط
م فلما حصل العتق بعدمه س اي بعدم ذكر وجه الله في اللفظين الاخيرين س وهما قوله

اعتقت للشيطان وقوله اعتق للصنم م لكنه يكون عاصيا غاية ما في الباب انه نفى القربة
ونفيها لا ينافي الحرية كما اذا اعتقه على مال وقال الكلبي في كتاب الاصنام اذا كان معمولا
من خشب او ذهب او فضة صورة انسان فهو صنم واذا كان معمولا من حجارة فهو وثن
م وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق س وقد فسرنا
هذه الالفاظ م وقد بيناه من قبل س اراد انه بينه في الفصل الثاني من كتاب الطلاق وفي
السكران اتفاق الائمة الاربعة على الجواز عندهم وفي المكره خلاف الشافعي ومالك واحمد ومر
الكلام فيه هناك م واذا اضاف العتق الى الملك س بان قال ان ملكتك فانت حر م او شرط س
اي او اضافه الى الشرط بان قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر م كما في الطلاق س بان قال ان
تزوجتك فانت طالق او قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق م اما الاضافة الى الملك ففيه
خلاف الشافعي وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط س اي اسقاط فيصح
واثبات ضمنا لا يلزم المنافي فيصح من هذا وفيما قاله اولا وهو ان الاعتاق لغة اثبات القوة م
فيجري فيه التعليق س اي في الاسقاط ولا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله انما الخلاف
بوجه اخر وهو ان بقاء الملك شرط عند انعقاد التعليق وعند وجود الشرط وزواله فيما بين
ذلك لا يبطله وعنده يبطله لا لانعقاد التعليق سببا عنده وعندنا ينعقد سببا عند وجود
الشرط م بخلاف التمليكات س من حيث لا يجري فيها التعليق لافضائه الى معنى القمار لان في جعله متعلقا
بشرط لا يدرى ايكون ام لا يكون خطرا وخيار الشرط في البيع ثبت فيها بخلاف القياس فلا يرد
نقضا على ما عرف في موضعه س اي في اصول الفقه م واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله
عليه السلام س اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين م هم عتقاء
الله س هذا الحديث اخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن عاصم بن سليمان ثنا ابو عثمان النهدي
عن ابي بكرة انه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر اهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا
فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء واخرج ابو داود في الجهاد والترمذي
في المناقب عن ابن اسحق عن ابان بن صالح عن منصور بن المعتمر عن ربعي بن خراش عن علي بن ابي طالب
رضي الله عنه قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية الحديث وفي اخره هم
عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب قوله عبدان بكسر العين وسكون الباء
الموحدة جمع عبد م ولانه س اي ولان هذا العبد الذي خرج م احرز نفسه وهو مسلم س يعني احرز
نفسه بالاسلام م ولا استرقاق على المسلم ابتداء س قيد به احترازا عن الاسترقاق بقاء لانه يصح
وذلك بان اسلم بعد العسر والعسر كان الرق جبيه جعل من الامور الحكمية لا الاختيارية
فبقي الرق كما يبقى ساير الاملاك بعد وجود اسبابها وبقولنا قال الشافعي ومالك واحمد واكثر اهل
العلم وقال الاوزاعي لو جاء سيده مسلما يرد اليه وعند الظاهرية يعتق بالاسلام من غير خروج م
وان اعتق جارية وهي حامل عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها س لانه كساير اجزائها بدليل انه لا يصح افراده
بالبيع كما لا يصح افراد ساير اعضائها م ولو اعتق الحمل خاصة عتق س اي الحمل م دونها س اي دون
الجارية م لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة س اي لعدم اضافة الاعتاق اليها م ولا اليه
س اي بدون الام وعند الجمهور الا عند الظاهرية م تبعا س اي ولا وجه الى الاعتاق الجارية تبعا م
لما فيه من قلب الموضوع س لانه يكون التبع متبوعا والمتبوع تبعا وهو فاسد م ثم اعتاق الحمل صحيح
س اي بدون الام عند الجمهور الا عند الظاهرية م ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه س
شرط نفسه لانه كالمغصوب م شرط في الهبة والقدرة عليه س اي على التسليم شرط م في
البيع ولم توجد س اي القدرة عليه م بالاضافة الى الجنين س اي بالنسبة اليه م وشيء من ذلك س اي
من القدرة والتسليم م ليس بشرط في الاعتاق فافترقا س اي افترق جواز اعتاق الحمل وعدم جواز
بيعه وهبته ولو قال اعتقها الا حملها وبه قال الشافعي
ومالك وقال احمد واسحق والنخعي والشعبي وعطاء بن سيرين صح استثناؤه من العتق وهو مروي
عن ابن عمر وابي هريرة فانهم يجوزون عتق الجنين دون امه بعد نفخ الروح ويجوزون قبل نفخ الروح

ويكون امه حرة بتعاقه م ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه إلى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الالزام س اي ولا وجه الى الالزام م للام لانه س اي لان الجنين م في حق العتق نفسها على حدة واشتراط بدل العتق في غير العتق س يعني الثمن لا يجوز س قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا ليعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما ههنا فالمسألة مصورة بكلمة على فكان المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الاصل بطلان الوصف فنفذ العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضي انه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما كان علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال او يحمل كلامه على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء م على ما مر في الخلع س قال السغناقي هذه حوالة غير رائجة ثم يحتمل ان يكون مراده اي في مسألة خلع الجامع الصغير قلت نعم الامر يستبعد هذا او قال الاتراري ويجوز ان يكون ذلك اشارة الى ما ذكر في خلع كفاية المنتهي لانه قبل هذا الكتاب م وانما يعرف قيام الحمل س بالعلم وفي بعض النسخ الحمل بالتاء م وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه س اي من وقت العتق م لانه ادنى مدة الحمل س هذا متصل بقوله وان اعتق جارية عتق حملها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها يعني انما يعتق الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق وان جاءت به لستة اشهر فلا نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي وقال ان قال لها في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق وان ولدته لاقل من ستة اشهر عتق وفي التحفة فان كانت الامة في عدة من زوج عتق الولد اذا ولدته ما بينها وبين سنتين منذ وجبت العدة وان كان لا يكن من ستة اشهر منه قال المولى قال الحاكم في الكافي فان ولدت واحدا لاقل من ستة اشهر وواحدا لاكثر منها بيوم عتقا م وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق س هذا باجماع الايمة م هذا هو الاصل س اي الاصل ان يخلق الولد من ماء الام م ولا معارض له فيه س اي في الولد م لان ولد الامة من مولاها س لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماءان له م وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة لان حق الحضانة للام لا للاب فيترجح جانبها م او لاستهلاك مائه س اي او لترجح جانبها باستهلاك ماء زوجها بمائها س لكون مائها في موضعه والحاصل ان جانب الام يترجح بامور منها الحضانة قيل فيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها ومنها ان الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها لتغذيه بغذائها وحملها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما حسا فانه يتنفس بتنفسها وينتقل بانتقالها حتى يعرض بالفرائض عند الانفصال منها واما شرعا فلانه يعتق بعتقها قيل فيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه ومنها انه يتيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط م والمنافاة متحققة س اي بين ماء الرجل وماء المرأة والمنافاة ان لا يجتمع الاثنان في محل واحد في زمان واحد من جهة واحدة كالمتضادين وهذا كانه جواب لسؤال مقدر تقديره ان يقال كيف يكون ماء الرجل مستهلكا بماء المرأة وهما من جنس واحد ولا منافاة بينهما والجنس لا يغلب الجنس وتقرير الجواب ما قاله من قوله والمنافاة متحققة بينهما لان طبع ماء الرجل حار وطبع ماء المرأة بارد وبينهما منافاة لا محالة وماء المرأة في مستقره يزداد قوة وماء الرجل في غير مستقره فيكون مغلوبا بمائها وقال الاكمل رحمه الله والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها وان اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر م والزوج قد رضي به س اي برق الولد هذا جواب عما يقال اذا اعتبر جانب المرأة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها

تقرر الاب والضرر يدفع شرعا وتقرير الجواب ان الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة فان الولد يرقها وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في ثبوته م بخلاف ولد المغرور س لان المغرور لما تزوج الامة بلا علم لم يرض باسقاط حقه فصار ولده حرا بالقيمة نظرا للجانبين م وولد الحرة حر على كل حال س اي سواء كان زوجها حرا او عبدا م لان جانبها راجح فيتبعها س اي يتبعها الولد م في وصف الحرية س يعني يكون حرا كما يتبعها في المملوكية س فيكون مملوكا وهذا الرجحان جانبها بسبب الحرية فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق م والمرقوقية س عطف على ما قبله اي يتبعها في المرقوقية ايضا م وامية الولد س اذا زوج المولى ام ولده من رجل يكون الولد في حكم امه م والتدبير س يعني اذا زوج مدبرته من رجل يكون الولد في حكم امه م والكتابة س يعني اذا كاتب المولى امته ثم ولدت دخل الولد في كتابة الام تبعا وقال الكاكي اورد هذين اللفظين يعني المملوكية والمرقوقية لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه او لان المملوكية عام فيكون في بني ادم وغيرهم والمرقوقية خاص في بني ادم فيتبين ان الولد يتبع الام في العام والخاص ولهذا ان البقر الوحشي والحمر الانسية والظباء لا تجوز في الاضحية ولو كان الولد بين الوحشي والاهلي كانت الام وحشية لا يجوز وان كانت اهلية يجوز لما ان الولد تابع للام فيهما كذا في الفتاوى الولوالجي انتهى وقال الاتراري قال بعضهم في شرحه انما ذكر هذين اللفظين لتغايرهما الى اخر ما ذكره وفيه نظر لان الرق لا يحتمل التجزي وبه صرح اصحابنا في اصول الفقه وما لا يحتمل التجزي كيف يقبل النقصان انتهى وقال الكاكي ثم الولد يتبع الام في الرق والحرية وامومية الولد والكتابة بلا خلاف وفي التدبير خلاف وفي المنهاج ان ولدت المدبرة من نكاح او زنا لا يصير ولدها مدبرا على المذهب وان دبر الحامل صار مدبرا على المذهب وعن احمد وجابر بن زيد وعطاء لا يتبعها ولدها في التدبير حتى لا يعتق بموت سيدها والله اعلم م

باب العبد يعتق بعضه

س اي هذا باب العبد باضافة الباب الى العبد اي هذا باب في بيان حكم العبد حال كونه يعتق بعضه ويعتق على صيغة المجهول محله النصب على الحال ويجوز قطع الباب عن الاضافة ويكون قوله العبد مبتدأ ويعتق بعضه خبره في محل الرفع ولما فرغ عن بيان اعتاق الكل شرع في بيان اعتاق البعض واخر هذا عن ذاك لان ذاك متفق عليه وهذا مختلف فيه والاصل عدم الاختلاف ولان الاول كثير الوقوع فاستحق التقديم م واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر س وفي المنافع اي زال ملكه عن ذلك القدر ولم يرد به حقيقة العتق عند ابي حنيفة س وهو قول الحسن البصري وقد روي عن علي رضي الله عنه م وقالا يعتق كله واصله س اي اصل الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه م ان الاعتاق يتجزى عنده س اي عند ابي حنيفة م فيقتصر على ما اعتق س اي يقتصر اعتاقه على قدر ما اعتقه م وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله س فيما اذا كان المالك واحدا او كان المعتق موسرا فعنده ذلك قوله كقولهما اما لو كان المعتق معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز له بيعه وهبته ومقول الشافعي قال مالك واحمد وقولهما قول قتادة والثوري والشعبي وروي عن عمر رضي الله عنه م فاضافته س اي اضافة الاعتاق م الى البعض س اي الى بعض العبد م كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله س اي كل العبد والمراد من تجزي الاعتاق في الملك ان يتجزى المحل في قبول حكم الاعتاق وهو زوال الملك بان يزول في البعض دون البعض وان يتجزى المحل في قبول حكم الملك وهو ان يكون البعض مملوكا لواحد والبعض لاخر وليس معناه ان ذات الاعتاق او ذات الملك يتجزى لانه معنى واحد لا يقبل التجزي م لهم س اي لابي يوسف ومحمد والشافعي م ان الاعتاق اثبات العتق وهو س اي العتق م قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما س اي العتق والرق م لا يتجزيان س فلا يتجزى الاعتاق ايضا م فصار س اي العتق م كالطلاق س فانه لا يتجزى م والعفو عن القصاص س فانه لا يتجزى فان بعض الورثة لو عفى عمن وجب عليه القصاص سقط القصاص كله م والاستيلاد س اي وكالاستيلاد فانه لا يتجزى حتى لو استولد الامة المشتركة تصير كلها ام ولد له م ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك س كما قالوا م او هو

مضافة

اي الاعتاق م ازالة الملك س كما قال ابو حنيفة يعني ازالة ملك متجز يفضي الى الكل الى العتق والحر
ظاهر لانهم لما اختلفوا في هذه بين المعنيين كان اجماعا منهم ان غير ذلك ليس بمراد وانما قال ابو حنيفة
انه ازالة ملك م لان الملك حقه والرق حق الشرع س لان الله عز وجل اجرى عليه الرق جزاء الكفر لما
استنكف ان يكون عبدا لله تعالى فجعله الله عبد عبيده م او حق العامة س اي او الرق حق العامة لتكون
معونة للمتكلفين في اقامة التكليف يعني الغانمون يستغنمون كما يستغنمون سائر الاموال
فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع به م وحكم التصرف ما يدخل س اي الذي يدخل
تحت ولاية المتصرف وهو س اي ما يدخل تحت ولايته م ازالة حقه لا حق غيره س لانه ليس له ولاية
في التصرف في حق غيره م والاصل س في حكم التصرف م ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة س
اي موضع يضاف اليه التصرف فيه م والتعدي الى ما وراءه س اي وراء موضع الاضافة م ضرورة
عدم التجزي س اي لاجل عدم التجزي م والملك متجز س يزال ملكه عن البعض الذي اعتقه م كما في
البيع س اذا باع نصيبه من العبد المشترك يزول ملكه عن البعض الذي باعه م والهبة س كما اذا
وهب نصيبه من العبد المشترك لشريكه يزول ملكه عن البعض م فيبقى على الاصل س وهو ان
يقتصر التصرف على موضع الاضافة م وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد س يعني لما
تجزى الاعتاق وبازالة بعض الملك والملك متجز احتبس مالية البعض عند العبد فتجب عليه السعاية
م الاستسعاء اي بوجوه وما اخذ قيمة نصفه في الاجرة وتعذر قيمته في الحال والمستسعى س يعني
العبد م بمنزلة المكاتب عنده س اي عند ابي حنيفة فقال بقولهم بمنزلة المكاتب عن حيث ان ملك
المولى ثابت في المكاتب وهو عبد ما بقي عليه درهم ومعتق البعض زال ملكه عن البعض فليس هو
المكاتب من الجيد ان يقال سقط ملكه واستحق الحرية بغير عوض واجيب بان مرادهم بقوله
بمنزلة المكاتب انه لا يجوز بيعه ولا هبته ويخرج الى العتق بالسعاية كالمكاتب يخرج اليه باداء البدل
م لان الاضافة س اي اضافة الاعتاق م الى البعض يوجب ثبوت المالكية س للعدم م في كله س باعتبار
العتق م وبقا الملك في بعضه يمنعه س عن ثبوت المالكية في الكل م فعملنا بالدليلين س لما ان زوال
الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى وبقا الملك في النصف
يوجب ثبوت المالكية باعتبار الرق فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب
بقا الكل والعمل بالدليلين ممكن بان يجعل مكاتبا وهو معنى قوله م بانزاله مكاتبا اذ هو س اي المكاتب
م مالك يدا لا رقبة س يعني مملوك رقبة كالمستسعى ويجوز ان يكون معناه ان اضافة العتق الى البعض
يوجب ثبوت المالكية في الكل كما هو قولهما وبقا الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة فقلنا
انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب م والسعاية س
م كبدل الكتابة فله س اي فللمولى م ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل
للاعتاق م غير انه س هذا جواب عما يقال لو كان بمنزلة المكاتب لكان رقيقا اذا عجز فاجاب بقوله
غير انه س اي ان المستسعى م اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد س والاسقاط لا الى
احد ليس فيه معنى المعاوضة م لانها انما يتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة م فلا يقبل
الفسخ م بخلاف الكتابة المقصودة س فانه اسقاط من المولى الى المكاتب اقرارا على تحصيل
بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة م لانه عقد يقال ويفسخ س كلاهما على صيغة المجهول
من الاقالة والفسخ وفي بعض النسخ لانه اسقاط لا الى احد يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان
الاسقاط فيها الى احد وهو وقت اداء بدل الكتابة م وليس في الطلاق والعفو س جواب عن
توهم وصار كالطلاق والعفو عن القصاص وتقرير الجواب انه انما لم يثبت العتق في الكل
لامكان العمل بالدليلين لوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار اليها وليس في
الطلاق والعفو م حالة متوسطة فاثبتناه س اي في الكل ترجيحا للمحرم س على المبيح م والاستيلاد
متجز عنده س اي عند ابي حنيفة وهذا جواب عن توهم الاستيلاد وتقريره ان الاستيلاد
يتجزى عند ابي حنيفة م حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه س اي على نصيب
المستولد يعني اذا ولدت الامة المدبرة بين رجلين ولدا فادعاه احدهما تصير نصف الجارية

ام ولد له ونصفها مدبرة لشريكه حتى انهما لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ونصف الاخر
من جملة المال ولا الولد بينهما وفي رواية كتاب الولاء نصف الولاء للثاني ويغرم الاب عليه ولا عليه
فيه نصف الولد مدبرا يوم ولد لان الولد في الطابع منهما وقد امتلف ابدا ذكره شمس الائمة
السرخسي في الشامل في قسم المبسوط م وفي القنة س جواب عما يقال لو كان الاستيلاد متجزيا لاقتصر
في القنة ايضا تقرير الجواب انه انما لم يتجز في القنة لان المستولد م لما ضمن نصيب صاحبه
بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد س اي كمل استيلاد القنة بالضمان وصار كانه استولد
جارية نفسه لان للاستيلاد عنده غير متجز م واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه
عتق س اي عتق نصيبه وانما قال عتق دون كان العتق لا يتجزى بالاتفاق لما انه اراد به زال ملكه
في نصيبه قال الاتراري و[...] الكاكي عتق اي استحق العتق او زال ملك المعتق وملك
الشريك ايضا مع بقا الرق في كل العبد عند ابي حنيفة لان عنده لا يثبت شيء من العتق به م فان
كان س اي المعتق م موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيب شريكه
وان شاء استسعى العبد س ذكر المصنف ثلاث خيارات كما ذكر في المبسوط وفي التحفة له خمس خيارات
ان كان موسرا ان شاء اعتق وان شاء ضمن وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان شاء دبر فاذا دبر نصيبه
نصيبه صار مدبرا وتجب عليه السعاية للحال فيعتق ولا يجوز له ان يؤخر عتقه الى ما بعد الموت
وفي هذه المسئلة اقوال احدها ما ذكر ابو حنيفة والثاني قولهما والثالث قول ربيعة بن ابي عبد
الرحمن انه لا يعتق شيء منه كان باذن شريكه او بغير اذنه والرابع قول عثمان البتي انه يعتق نصيب
من اعتق ويبقى نصيب من لم يعتق على حاله ولا ضمان على المعتق وهو مروي عن عمر رواه ابن ابي شيبة
والخامس قول الثوري والليث فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولم يذكر السعاية والسادس
قول زفر وبشر ان له التضمين سواء كان المعتق موسرا او معسرا والسابع يعتق الباقي من بيت مال
المسلمين وهو قول ابن سيرين والثامن قول مالك يقوم عليه نصيب شريكه وضمنها له ويعتق كله بعد
التقويم لا قبله وان شريكه اعتق نصيبه وليس له ان يمسكه رقيقا ولا ان يكاتبه ولا ان يدبره
ولا ان يبيعه وان غفل عن التقويم حتى مات المعتق او العبد بطل وماله كله لمن يمسكه بالرق وان كان
المعتق معسرا فالثاني يمسك ببيعه الشاكت او يكاتبه او يدبره او يمسكه رقيقا سوا الشريك بعد
اعتاق [...] لا اعلم لاحد قبله من السلف التاسع احد اقوال الشافعي رحمه الله وهو ان المعتق ان
كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وهو حر كله حين اعتقه وان كان معسرا اعتق ما اعتق ويبقى
الباقي مملوكا يتصرف فيه مالكه كيف شاء العاشر قول ابي حنيفة في الولاء انه مشترك بين المعتق
والمستسعي وهو قول الحسن البصري وحماد بن ابي سليمان والثوري وعندهما للمعتق دون المستسعي وهو
قول ابراهيم النخعي وعامر الشعبي وابن شبرمة وابن ابي ليلى والحادي عشر لو كان المعتق موسرا له
عتق نصيبه متجزيا ومضافا عند ابي حنيفة وعند مالك يعتقه بلا الى اجل والثاني عشر قول
ان كان المعتق موسرا لا يعتق نصيبه حتى يؤدي قيمة نصيب شريكه وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
يعتق في الحال والثالث عشر احد اقوال الشافعي رحمه الله ان الحال موقوف فاذا ادى تبين انه اعتق
كله والرابع عشر ان العتق يسري بالارث عندنا بلا ضمان وعند الشافعية وبعض المالكية لا يسري
ولا يضمن والخامس عشر لو كان المشترك رهنا يسري عندنا وبين الشافعية خلاف فيها والسادس عشر
اوصى بعتق نصيبه يسري عندنا وعند الشافعية لا يسري م فان ضمن س اي الشريك ان ضمن المعتق
بكسر التاء م رجع المعتق س بكسر التاء م على العبد والولاء للمعتق وان اعتق س اي الشريك م او استسعى
العبد فالولاء بينهما س اي بين الشريكين م وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق
وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين س اي في صورة الاعتاق وصورة السعاية م
وهذا س اي المذكور م قول ابي حنيفة م وقالا س اي ابو يوسف ومحمد م ليس له س اي للشريك
الساكت م الا الضمان مع اليسار س اي مع يسار المعتق م والسعاية س اي ليس له الا السعاية م
مع الاعسار س اي مع اعسار الشريك م ولا يرجع المعتق على العبد س اي لا يرجع بما ضمن لان العبد لا
تجب عليه السعاية عندهما في اليسار وعند ابي حنيفة يرجع عليه لانه باداء الضمان قام مقام

لان

مكان للساكت اخذ العوض منه بالاستسعا فكذلك كان للمعتق الرجوع عليه بما ادى م وللمعتق
ش بكسر التا م وهذه المسئلة ش المذكورة اى رجوع المعتق على العبد وعدم الرجوع عند اداء الضمان
تبتنى على حرفين ش اى اصلين ومبنيين م احدهما ش اى احد الحرفين م تجزى الاعتاق وعدمه ش
اى وعدم التجزى م على ما بينا ش اى عند قوله فى اول الباب واصله ان الاعتاق يتجزى عنده الى اخره
م والثانى ش اى الحرف الثانى م ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ش اى عند ابى حنيفة
وعندهما يمنع السعاية وبين وجه الحرف الاول وشرع هنا فى بيان وجه الحرف الثانى بقوله م
فى الثانى ش اى لابى يوسف ومحمد اى فى وجه الحرف الثانى م قوله عليه السلام ش اى قول النبى
صلى الله عليه وسلم م فى الرجل الذى يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة
الاخر ش هذا الحديث اخرجه الائمة الستة عن سعيد بن عروبة عن قتادة عن النضر بن انس عن بشير بن نهيك عن
ابى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا له فى عبد فخلاصه فى ماله
ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى غير مشقوق عليه وجه الاستدلال ان النبى عليه
السلام م قسم ش الامرين اعنى خلاص العبد وسعايته بين الحالين اعنى يسار المعتق واعساره
م والقسمة تنافى الشركة ش فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق م وله ش اى
ولابى حنيفة انه احتبست ش بفتح التاء والباء على بناء الفاعل [illegible] السعاية فى هكذا كان مقيدا
شيخى قوله م ماليته نصيبه ش بالرفع فاعل احتبست م عند العبد فله ان يضمنه ش اى يضمن
العبد حاصل المعنى ان مالية نصيب الشريك الساكت احتبست عند العبد فكان للساكت ان
يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده الا ان العبد فقير لم يمكن القول بتضمينه فوجب الاستسعا
م كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب
قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا ش يريد به قوله وله ان احتبست مالية الساكت
نصيبه م فكذا هنا ش اى فكما انتفع رب الثوب بالصبغ فكذا هنا انتفع العبد بالعتق م الا ان
العبد فقير فيستسعيه فيه ش اى يستسعيه الشريك فيما خصه وسال عليه اذا سعى
فالقياس ان يرجع على المعتق لانه هو الذى ورطه فصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما
سعى واجيب بان عسر المعتق يمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك يمنعه العبد والعبد
انما سعى فى بدل رقبته لا فى الدين الثابت وما لبته فى [illegible] سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف
المرهون فان سعايته ليست فى بدل رقبته بل فى الدين الثابت فى ذمة الراهن ومن كان مجبرا على
قضاء دين فى ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له الرجوع به عليه كما فى معير الرهن فان قيل
ما ذكر من وجه ابى حنيفة قياس وقياس فى مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبى صلى الله
عليه وسلم قسم على وجه الشرط لانه عليه السلام علق الاستسعا بفقر المعتق وهو لا ينافى
الاستسعا عند عدمه لان المعلق بالشرط تقتضى الوجود عند الوجود ولا ينفى العدم عند
العدم لجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد دل على ما ذكر من وجه
ابى حنيفة م ثم المعتبر يسار التيسير ش اى الاعتبار فى يسار المعتق الذى تجب به عليه الضمان
هو يسار التيسير م وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر ش فاضلا عن ملبوسه ونفقة
نفسه ونفقة عياله م لا يسار الغنى ش اى لا يعتبر يسار الغنى هذا ظاهر الرواية وبه قال
الشافعى ومالك واحمد ومن المشايخ من اعتبر نصاب حرمة الصدقة وفى العيون والمختار ظاهر
الرواية م لان به ش اى بيسار التيسير م يعتدل النظر من الجانبين ش اى من جانب المعتق وجانب
الشريك الساكت لان مقصود المعتق تحصيل القربة ومقصود الشريك حصول بدل حقه
اليه فبيسار التيسير يحصل الامران فلا حاجة الى يسار الغنى وهو معنى قوله م بتحصيل ما
قصد المعتق من القربة ش اى من التقرب الى الله تعالى بالعتق م وايصال ش اى وبايصال
بدل حق الساكت اليه ش اى عوض نصيبه من العبد وفى التحفة انما يعتبر القيمة فى الضمان
والسعاية يوم الاعتاق لانه سبب الضمان ولهذا يعتبر حال المعتق فى يساره واعساره يوم
الاعتاق حتى لا يسقط الضمان اذا اعسر بعد اليسار ولا يثبت الضمان اذا ايسر بعد الاعسار

وفى

وفى التمرتاشى لو قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه نظر الى يوم ظهر العتق كما فى
الاجارة اذا اختلفا فى انقطاع الاجر لانه وان مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا له ان يضمن
له تضمين الموسر فى رواية عن ابى حنيفة رضى الله عنه لان التضمين يشترط فيه نقل الملك الى
المعتق وقد فات النقل بالموت وفى ظاهر الرواية عنه له ذلك ويأخذ من تركته لان الضمان
يستند الى حالة الاعتاق لا فى تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجب ولو باع الساكت
نصيبه من المعتق او وهب على عوض فالقياس ان يجوز وفى الاستحسان لا يجوز لانه هذا تمليك
للحال وهو غير محتمل له وفى جامع قاضى خان لو اعتق احد الشريكين فى مرض موته وهو موسر ثم
مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته فى قول ابى حنيفة بل يسقط وعندهما يؤخذ من تركته
لانه ضمان الاتلاف م ثم التخريج على قولهما ظاهر ش اى تخريج المسئلة على قول ابى يوسف ومحمد ظاهر
يعنى اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اى اصلين ففى الكلام فى التخريج وهو على قولهما ظاهر
لان الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا العتق فى النصيبين جميعا ويساره مانع من
السعاية فوجب عليه الضمان وانتفى السعاية م فلا رجوع للمعتق على العبد بما ضمن ش
اى لشريكه م لعدم السعاية ش اى لاجل عدم السعاية م عليه ش اى على العبد م فى حالتى اليسار
والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزى واما التخريج على قوله ش اى على قول ابى
حنيفة رضى الله عنه م فخيار الاعتاق ش يعنى لشريكه م لقيام ملكه ش اى ملك الشريك
فى الباقى اذ الاعتاق يتجزى عنده ش اى عند ابى حنيفة فاذا كان الاعتاق يتجزى كان ملك الشريك
فى الباقى دائما م والتضمين ش بالرفع عطف على قوله فخيار العتق اى فخيار التضمين م لان المعتق
جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ش التصدق والوصية
م مما سوى الاعتاق وتوابعه ش اى توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة والاستيلاد م
والاستسعا ش بالجر عطف على المضاف اليه فى قوله فخيار الاعتاق كذا قاله الاترارى
وقال الاكمل معطوف على قوله والتضمين وكذا قاله الكاكى وهذا اوجه والتقدير
وخيار الاستسعا كما ذكرنا م لما بينا ش اشارة به الى قوله احتبست ماليته عنده م و
يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك
ش اى وقد كان للشريك الساكت الرجوع باستسعاء العبد م فكذلك ش كان م للمعتق
ايضا لانه قام مقام الساكت كالمدبر اذا قتل فى يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان
يرجع على القاتل بما ضمن م ولانه ش اى ولان المعتق م ملك العبد بالضمان ش لشريكه م ضمنا
ش جواب عما يقال المعتق البعض كالمكاتب عنده فينبغى ان لا يملكه بالضمان كالمكاتب
لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب عنه بقوله ملكه ضمنا لاداء الضمان وكم من شيء يثبت
ضمنا ولا يثبت قصدا والضمنيات لا تعتبر م فيصير ش اى فيصير المعتق كان الكل
له ش اى كل العبد له م وقد اعتق بعضه ش اى والحال انه قد اعتق بعض العبد م فله ان
يعتق الباقى او يستسعى ش العبد م ان شاء والولاء للمعتق فى هذا الوجه ش اى فى وجه
التضمين م لان العتق كله ش حصل م من جهته حيث يملكه بالضمان ش اى من حيث انه
يملك العبد بالضمان لحصة شريكه الساكت م وفى حال اعسار المعتق ان شاء اعتق ش
اى ان شاء الشريك الساكت اعتق م لبقاء ملكه وان شاء استسعى ش العبد م لما بينا ش
اى لبقاء ملكه م والولاء له ش اى للشريك الساكت م فى الوجهين ش اى فى الاعتاق
والاستسعا فى نصيبه م لان العتق من جهته ش اى من جهة الساكت م ولا يرجع المستسعى ش
بفتح العين اسم مفعول وهو العبد م على المعتق بما ادى باجماع بيننا ش وبه احترازا
عن قول ابن ابى ليلى وزفر فان عندهما يرجع العبد بما سعى على المعتق كالعبد المرهون
اذا اعتقه الراهن المعسر وبين الفرق انا بقوله م لانه ش اى العبد م يسعى لفكاك رقبته ش
اى لان العبد انما يسعى فى تخليص رقبته عن الرق وهو معتق خالص له فلهذا لا
يرجع م او لا يقضى دينا ش اى او لا يقضى العبد م دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته ش

لاعساره م بخلاف المرهون ش اى بخلاف العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى
قد تكلمت فانه يسعى في رقبة تخلصت م ويقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه ش اى فلاجل كونه
مضطرا يرجع على الراهن بقوله لفكاك رقبته على مذهبه وقوله او يقضى دينا على الراهن
المعتق على مذهبهما م وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما ش اى كقول ابي يوسف ومحمد
وقال ش اى الشافعي م في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه
لتضمين الشريك لاعساره ش اى لاعسار الشريك م ولا الى السعاية ش اى ولا وجه ايضا
الى الاستسعاء م لان العبد ليس بجاني ولا راض به ش اى باعتاق المعسر لان الرضا لا
يتحقق الا بالعلم والمولى متفرد في اعتاقه فلا بد من علمه م ولا الى اعتاق الكل ش اى ولا وجه
الى اعتاق الكل م لان فيه اضرارا بالساكت ش اى بلزوم الضرر بالشريك م فتعين ما عيناه م وهو عتق
ما عتق ورق ما رق م قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية ش اى لا يفتقر
في وجوده م الى الجناية ش كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا م بل يبتنى على
احتباس المالية ش اى مالية نصيبه حيث حبست عنده فيستسعيه واذا كان الى الاستسعاء
سبيل م فلا نصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية ش الحاصلة من اعتاق البعض م وبين
الضعف السالب لها ش اى للمالكية او للقوة المصححة للبيع وامثاله م في شخص واحد ش قال الكاكي
قوله فلا نصار الى الجمع الى اخره يعني كونه حرا في بعضه رقيقا في بعضه اذ لا يشهد له اصول
الشرع كالاستشهاد بان يكون نصف المراة مطلقة ونصفها غير مطلقة او يقتل بعض رجل
ويبقى بعضه غير مستحق للقتل ولان الغرض من المالكية ملك الاشياء باسبابها وملك الاشياء
باسبابها انما يتصور فيما لا يتجزى لان من الاسباب ما لا ينقسم لئلا يؤدي الى المالكية وعدمها
في محل واحد والاستسعاء لا يفتقر الى الجناية بل هو مبني على احتباس المالية كما اذا وقع
ثوب بهبوب الريح في صبغ انسان وقد ذكرناه وقال تاج الشريعة قوله ولا مصار الى الجمع
الى اخره بيانه ان اثر الحرية المالكية والولاية وجواز الشهادة واثر الرق سلب هذه الاحكام
ويستحيل كون نصف الشخص مالكا ووليا ونصفه مملوكا عاجزا اذا تعذر الجمع يرجح جانب
الحرية لانها وصف اصلي فاعتباره اولى فقلنا بخروجه الى الحرية بالسعاية وهو مشكل في قول ابي
حنيفة لانه لا يقول بزوال الرق م قال ش اى القدوري في مختصره م ولو شهد كل واحد ش
اى او قال تاج الشريعة م من الشريكين على صاحبه بالعتق ش اى بالاعتاق بنصيبه م
سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه ش سواء م موسرين كانا او ش كانا م معسرين عند ابي حنيفة
وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار
مكاتبا في زعمه ش اى في زعم كل واحد منهما الزعم بفتح الزاي وضمها لغتان فصيحتان كالضعف
والضعف حكاهما ابن السكيت وقرا الكسائي قوله تعالى هذا لله بزعمهم بضم الزاي والباقون
بفتحها قال ابن دريد واكثر ما يقع الزعم على الباطل في القران وفي شعر العرب م عنده ش
اى عند ابي حنيفة م وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه
ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه ش اى لان العبد
مكاتبه ش على تقدير الصدق في قوله ان شريكه اعتقه م او مملوكه ش على تقدير الكذب
وكسب المملوك لمولاه وهذا لف ونشر مشوش م فلهذا ش اى فلاجل ان العبد مكاتبه
او مملوكه م يستسعيانه ش اى يستسعي الشريكان العبد لاجل التيقن بحق الاستسعاء
م ولا يختلف ذلك ش اى الاستسعاء م باليسار والاعسار لان حقه ش اى حق الذي يشهد
في الحالين ش اى في حالتي يسار شريكه الذي اعتق نصيبه وحال اعساره م في احد
شيئين ش من تضمين الشريك واستسعاء العبد م لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ش
اى عند ابي حنيفة م وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الاخر وهو السعاية ش فان
قيل لم يتعذر على تقدير التحليف فانه لما انكر حلف فاذا نكل يجب الضمان قلت لما كان من اعتقاد
كل واحد انه اعتقه صاحبه حلف لم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية فلا فائدة في

التحليف بتعين السعاية فلا تحليف لان ماله اليه م والولاء لهما ش اى للشريكين م لان كلا منهما يقول
عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي ش ولكن ينبغي ان
يعلم ان هذا كله بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعي على الاخر
الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه م وقال ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية
عليه لان كل واحد منهما يتبرا عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق
يمنع السعاية عندهما ش اى عند ابي يوسف ومحمد م الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الاخر والبراءة
ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه
صادقا كان او كاذبا على ما بيناه ش اشارة الى قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا
كذا قاله الاترازي والكاكي وصاحب النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه
قاله الاكمل قلت قائل هذا تاج الشريعة م اذ المعتق معسر ش اى لان المعتق معسر م وان كان
احدهما موسرا والاخر معسرا سعى ش اى العبد م للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه
لاعساره وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرا عنه ش اى عن السعاية ذكره على تاويل الاستسعاء
م ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبريا للعبد عن السعاية
والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما ش اى عند ابي يوسف ومحمد م لان كلا منهما يحيله ش اى يحيل
الولاء على صاحبه وهو يتبرا عنه ش اى صاحبه يتبرا عن الولاء م فيتوقف الى ان يتفقا ش اى الشريكان
على اعتاق واحد منهما ش وذلك لان كل واحد منهما يزعم ان جميع الولاء لشريكه وشريكه يجحد
ذلك م ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ش اى الشريك
الاخر م ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف ش اى نصف العبد
م وسعى ش اى العبد م لهما ش اى للشريكين م في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يسعى في جميع قيمته ش هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولكن لم يذكر قول ابي
يوسف ومحمد فيه وانما ذكر قولهما في الجامع الكبير وفي عتاق الاصل وفيما ذكره المصنف ابهام لان
عند ابي يوسف انما يسعى في النصف اذا كانا معسرين واما اذا كان احدهما معسرا يسعى له في الربع و
عند محمد انما يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين واذا كان احدهما موسرا يسعى له في نصف القيمة
وقال الاترازي العذر لصاحب الهداية انه اشار الى ذلك بعد هذا بقوله وبناء التفريع فيه
على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ثم جواب المسئلة مشروحا على
قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه يعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته بينهما نصفين سواء
كانا موسرين او معسرين وفي قول ابي يوسف ان كانا موسرين فلا يسعى في شيء وان كانا معسرين
سعى لهما في نصف القيمة لكل واحد منهما في الربع وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر في
ربع قيمته ولا يسعى للمعسر في شيء وفي قول محمد ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين
يسعى لهما في جميع القيمة وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر في نصف القيمة ولا يسعى
للمعسر في شيء م لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ش لانه اما هذا واما هذا المولى م ولا يمكن القضاء
على المجهول ش ولا يمكن القول بالتوزيع ايضا لما فيه من اسقاط السعاية لغير المعتق وايجاب السعاية
للمعتق لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالحنث فكان كالعبد بين اثنين يشهد كل واحد منهما على الاخر
بالاعتاق فيه يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين فلذا هنا ونظر المصنف لما قاله محمد بقوله
م كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هنا ولهما ش اى لابي حنيفة
وابي يوسف م انا تيقنا بسقوط نصف السعاية ش وهو نصيب المعتق لان احدهما حانث بيقين
ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل ش لانه يكون ظلما م والجهالة ترتفع
بالشيوع ش هذا جواب عن قول محمد لان المقضي عليه مجهول وتقريره م ان الجهالة ترتفع بالشيوع
ش اى بشيوع النصف الذي عتق م والتوزيع ش اى وبتوزيعه لان بالتوزيع يصير المقضي عليه الموليان
ولا جهالة فيهما م كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه ش بان قال لعبديه احدكما حر ولم يعينه م
او بعينه ش اى او قال احدهما حر وعينه م ونسيه ش اى نسي الذي عينه م ومات قبل التذكر او البيان

ش فانه لعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى كل واحد في نصفه وعند الشافعي رحمه الله في قول الفرع بينهما وفي قول الوارث بقام مقامه في البيان وهو الاصح م فاما التفريع فيه ش اي في هذا الوجه على ان اليسار يمنع السعاية اولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ش وهو ان اليسار لا يمنع السعاية عند ابي حنيفة وعندهما يمنع وصورة التفريع ذكرناها عن قريب بقولنا بم جوابه المسئلة تسرى فليراجع اليه م ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما ش يعني اذا كان لكل واحد من الرجلين عبد على حدة فقال احدهما ان دخل فلان الدار غدا فعبدي حر وقال الاخر ان لم يدخل فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه م لم يعتق واحد منهما اي من العبدين في قولهم جميعا م لان المقضي عليه ش وهو المولى م بالعتق مجهول وكذا المقضي له ش وهو العبد مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ش لتفاحش الجهالة م وفي العبد الواحد ش بين اثنين م المقضي له والمقضي عليه معلوم ش وكذا المقضي به وهو عتق نصف العبد معلوم لان احدهما حانث لا محالة م فغلب المعلوم المجهول ش لان المعلوم اكثر من المجهول م واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص ش اي الاب ملك نصف م وشراؤه اعتاق على ما مر ش في فصل ومن ملك ذا رحم محرم م ولا ضمان عليه للاخر ش اي لا ضمان على الاب لشريكه الذي اشترى معه سواء م علم الاخر انه ابن شريكه او لم يعلم ش انه ناشر علة العتق وهي الشرى فكان منه رضي بالدلالة كما اذا رضي نصا وصريحا م وكذلك ش اي الحكم وكذلك عتق نصيب الاب م اذا ورثاه ش اي الاب والابن وكذلك حكم الصدقة والوصية والهبة م وله بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد سواء كان الذي عتق عليه موسرا او معسرا م وهذا ش اي وهذا الحكم المذكور م عند ابي حنيفة م وقالا ش اي قال ابو يوسف ومحمد م في الشرى يضمن الاب نصف قيمته ش اي قيمة الابن م ان كان ش اي الاب م موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف ش اي المذكور بين ابي حنيفة وصاحبيه م اذا ملكاه ش اي اذا ملك الاب والاخر ابنه م بصفة ش بان وهبه لهما رجل م او صدقة ش بان تصدق به عليهما م او وصية ش بان اوصى به شخص لهما م وعلى هذا ش الخلاف م اذا اشتراه رجلان واحدهما اي والحال ان احدهما م قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه ش قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ان اشترى لا يعتق بشرى النصف لعدم الشرط م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه ش اي ان الاب م ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرى القريب اعتاق م وصار ش هذا م كما اذا كان العبد بين اجنبيين ش يعني مشتركا بينهما م فاعتق احدهما نصيبه ش يعتق نصيب الاخر ايضا لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيضمن لصاحبه قيمة نصيبه ان كان موسرا والا فالعبد يسعى م وله ش اي ولابي حنيفة م انه رضي بافساد نصيبه ش ولا عدوان مع الرضا م فلا يضمنه ش اي ولا يضمن صاحبه م كما اذا اذن له ش اي للشريك م باعتاق نصيبه صريحا م بان قال له اعتق نصيبك فاعتقه لا يضمن شيئا بين المصنف وجه المساواة في الوجهين بقوله م ودلالة ذلك ش اي دلالة الرضي بافساد نصيبه م انه ش اي ان الشريك م شاركه فيما هو علة العتق وهو الشرى لان شرى القريب اعتاق حتى يخرج به ش اي بشرى القريب م عن الكفارة ش التي عليه عندنا ش خلافا للشافعي رحمه الله وقال الاترازي قوله لانه شاركه الى اخره فيه تسامح لان شرى القريب علة الملك والملك علة العتق فيكون الشرى علة العلة والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة في سوق الدابة وقودها م وضمان الافساد ش يعني لا ضمان تملك وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار م في ظاهر قولهما ش اي في قول ابي يوسف ومحمد فان هذا الضمان يختلف باليسار اشار اليه بقوله م حتى يختلف ش اي الضمان م باليسار والاعسار فيسقط بالرضى م وقد وجد ش باشر السبب بخلاف ضمان التملك فانه لا يسقط بالرضى لانه بناء على التملك وهو كائن اما ضمان الافساد فبناء على الجناية ولما رضي لم يبق فعله جناية فيسقط وانما قيد بالظاهر احترازا عما روي عن ابي يوسف اذا قال لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق يضمن جعله ضمان التملك حيث لم يسقط الضمان بالرضى ذكر رواية ابي يوسف علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال الاكمل قوله في ظاهر ضمان الافساد يجوز ان يكون جوابا عما يقال انما كان الرضى مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك ووجه الجواب انه ان

افساد في ظاهر قولهما م ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ش اي بين ان يعلم بانه ابوه وبين ان لا يعلم م وهو ظاهر الرواية عنه ش اي عن ابي حنيفة واحترز بالظاهر عن رواية الحسن بن زياد عنه بانه اذا لم يكن عالما بانه ابوه لا يكون راضيا وقال ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي اذا كان الشريك لم يعلم واشتراه فهو بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء نقض لان المبيع قد تغير قبل القبض كما اذا اشترى عبدا فاعتقه احدهما قبل القبض كان الاخر بالخيار اجاز او نقض م لان الحكم يدار على السبب ش يعني ان سقوط حقه في الضمان يدور مع كونه مشاركا في السبب وذلك لا يختلف بالعلم وعدمه م كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بملكه ش فاكله المامور لم يكن للامر ان يضمنه لانه وان كان غير راض به لانه باشر سبب الرضى وهو الامر م وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ش اي نصف الابن اراد ان رجلا اشترى نصف ابن الرجل م ثم اشترى الاب نصفه الاخر وهو موسر ش اي والحال ان الاب موسر م فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه ش اي لان الاجنبي ما رضي بافساد الاب نصيبه م وان شاء استسعى ش اي الاجنبي م الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عند الابن م وهذا ش اي هذا الحكم م عند ابي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ش اي عند ابي حنيفة وقد علم ذلك فيما تقدم م وقالا ش اي قال ابو يوسف ومحمد م لا خيار له ش اي للاجنبي م ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ش وقد علم هذا ايضا فيما تقدم وحاصل هذه المسئلة ان الاب يضمن في هذه الصورة في قولهم جميعا لان الرضى لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الاب فيما هو علة للعتق وقد اتفقوا في الضمان واختلفوا في الخيار كما ذكرنا م ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر ش اي والحال انه موسر م فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن ان كان موسرا ش وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير واوضحها المصنف بقوله م ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله ش اي كل الابن م فلا يضمن لبائعه شيئا عنده ش اي عند ابي حنيفة ش لانه رضي بافساد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق وعندهما يضمن لانه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق وقيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين يضمن الساكت بالاتفاق كما في المسئلة المتقدمة م والوجه قد ذكرناه ش اشارة الى قولهما انه ابطل والى انه رضي م واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره احدهم وهو موسر ش اي والحال انه موسر م ثم اعتقه الاخر وهو موسر ش اي والحال انه موسر م فاذا اراد والضمان ش انما قال اراد بضمير الجمع على سبيل التغليب وهذا لان المعتق لا يريد الضمان ولا يريد الضمان الا الساكت والمدبر بكسر الباء م فللساكت ان يضمن المدبر ش بكسر الباء م ولا يضمن المعتق وللمدبر ش بكسر الباء م ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ش اي ثلث قيمة العبد حال كونه مدبرا م ولا يضمنه ش اي ولا يضمن المعتق م الثلث الذي ضمن ش بيان ذلك ان قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فللساكت ان يضمن المعتق ستة وذلك ان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن فبالتدبير تلفت تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ويضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه اياها م وهذا عند ابي حنيفة ش او صحح مذهب ابو حنيفة بقوله اعلم ان العبد بين ثلاثة اذا دبره احدهم ثم اعتقه الاخر وهما موسران كان للساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ويرجع به المدبر على العبد نص عليه الحاكم في الكافي وليس له ان يضمن المعتق لانه لو ضمنه كان الملك له بالضمان والمدبر يفسخ البالبس نقل الملك سوى المدبر وانما يضمن الساكت المدبر اذا كان موسرا وان شاء استسعى العبد في ثلث قيمته فاذا كان المدبر معسرا فللساكت الاستسعاء دون التضمين ثم المدبر في نصيب نفسه يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ان كان المعتق موسرا وان شاء استسعى العبد فيه لانه افسد تدبيره فيضمنه وما لية العبد احتبست عند العبد فليستسعيه اما اذا كان المعتق معسرا فللمدبر استسعاء العبد دون التضمين كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وليس للمدبر ان يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن للساكت لان ملك المدبر ذلك الثلث ثابت من وجه دون وجه وذلك لانه ثبت مستندا اما دا الضمان فبالنظر الى جانب اداء الضمان يثبت له الملك وبالنظر الى حال التدبير لم يثبت له الملك فلما كان كذلك لم يظهر في حق التضمين ثم الساكت اذا اختار تضمين المدبر كان الولاء للمدبر والثلث للمعتق وان اختار

سعاية العبد كان الولاء بينهم أثلاثا وبه صرح الفقيه وهذا كله قول أبي حنيفة م وقالا العبد
للذي دبره أولا ش يعني لما دبره أحدهم صار كله مدبرا له والعتق باطل لأن التدبير عندهما
يتجزى كالإعتاق عندهما م ويضمن ش أي المدبر م ثلثي قيمته لشريكيه ش المعتق والساكت سوا
م موسرا كان ش أي المدبر م أو معسرا ش أي أو كان معسرا والولاء كله للمدبر وإنما يقع الفرق بين العتق
والتدبير في حرف وهو أن المعتق لا يضمن إذا كان معسرا وفي التدبير يضمن وإن كان معسرا لأنه لما دبره
فقد ملك كله لأنه يملك كسبه ويأخذ منه فصار وجوب الضمان بالبدل والضمان إذا كان بالبدل
استوى فيه العسر واليسر كجارية بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهم صارت أم ولد له ويضمن
نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان أو معسرا لأنه يملك كسبها واستخدامها بخلاف ضمان
الإعتاق فإنه ضمان إتلاف لا ضمان عليه لأنه لا يحصل له البدل بالضمان فاختلف باليسر والعسر
إن كان غنيا يضمن وإن كان فقيرا سعى العبد م وأصل هذا ش الخلاف م أن التدبير يتجزى عند أبي حنيفة
خلافا لهما كالإعتاق ش فإنه يتجزى عنده خلافا لهما م لأنه ش أي لأن التدبير م شعبة من شعبه
ش أي من شعب الإعتاق م فيكون معتبرا به ش أي بالإعتاق يعني يتجزى لما يتجزى الإعتاق
م ولما كان ش أي التدبير م متجزيا عنده ش أي عند أبي حنيفة م اقتصر على نصيبه ش
أي على نصيب المدبر م وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين ش وهما المعتق والساكت م
فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر ش بكسر الباء م أو
يستسعي العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه ش أي نصيب كل واحد من الآخرين م باق على ملكه
فاسدا ش أي حال كون ملكه فاسدا م بإفساد شريكه ش أي شريك كل واحد منهما وأراد
بالشريك المدبر م حيث سد عليه ش أي حيث سد المدبر على كل واحد منهما م طرق الانتفاع به
ش أي بالعبد م بيعا ش أي من حيث البيع م وهبة ش أي من حيث الهبة وكذلك من حيث الوصية
والصدقة والإمهار م على ما مر ش إشارة إلى قوله لأن المعتق خاطر عليه بإفساد نصيبه حيث
امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ذكره في المسألة الثانية من هذا الباب م فإذا اختار أحدهما
ش أي أحد الآخرين وهما المعتق والساكت م العتق تعين حقه فيه ش أي في العتق يعني لعتق
منه لمصادفته ملكه لكونه متجزيا عنده م وسقط اختياره غيره ش أي غير العتق من السعاية والا
والتضمين وغيرهما م فتوجه للساكت سببا ضمان ش وفسرهما بقوله م تدبير المدبر وإعتاق
المعتق ش يعني أن كل واحد منهما سبب للضمان م غير أن له ش أي للساكت م أن يضمن المدبر لكون
الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل ش أي ضمان المعاوضة هو الأصل ش في الضمان لأن الضمان
يقتضي أن يصير المضمون ملكا للضامن ولا يكون ذلك إلا في ضمان المعاوضة لا في ضمان الجناية وضمان
المعتق ضمان جناية وإتلاف وضمان المدبر ضمان معاوضة م حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على
أصلنا ش الكاشاني الدليل على أن الغصب ضمان معاوضة مسألة المأذون فإن إقراره بالغصب
يصح إقراره إن أقر بالضمان الإتلاف مؤخرا إلى ما بعد العتق وإذا كان الأصل في الضمانات ضمان
معاوضة في الغصب مع أنه عدوان فمع الإعتاق وهو مشروع أولى فلا يترك هذا الأصل إلى
ضمان الجناية إلا لضرورة العجز م وأمكن ذلك ش أي ضمان المعاوضة م في التدبير ش أي في ضمان
التدبير م لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك ش أي النقل من ملك
إلى ملك م في الإعتاق لأنه عند ذلك ش أي عند الإعتاق م مكاتب أو حر ش وفي بعض النسخ لأنه
عند ذلك مدبر م على اختلاف الأصلين ش يعني أن معتق البعض مكاتب عند أبي حنيفة
وعندهما حر عليه دين وقال الإمام حميد الدين في المصنف قوله مكاتب أو حر على اختلاف
الأصلين غير مستقيم ولهذا قوله لأنه مدبر يقتضي المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا
حر وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق إلا في المستسعى عند أبي حنيفة وإن بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يسع
بالعجز ولا بالتفاسخ وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند ذلك مدبر وقال الأكمل للساكت حق الاستسعاء
ذكر من قبله حق الاستسعاء فصار له المكاتب كما أن من قبله حق البيان كذا له على ما سيجيء في هذا الكتاب
في مسألة البائت والخارج والداخل أن للمولى حق بيان الإيجاب في كل واحد من البائت والخارج فإذا

لاحق البيان أن كان كلا منهما حرا من وجه عبدا من وجه فكان البائت كالمكاتب فكذا هنا ما دام له
حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة
الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق ولذلك تفسخ بالتراضي م ولا بد من رضى المكاتب بفسخه
حتى يقبل الانتقال فلهذا ش أي فلأجل كون المدبر عند الإعتاق غير قابل للانتقال م يضمن
المدبر ش أي يضمن الساكت المدبر بكسر الباء م ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته ش حال
كونه مدبرا م لأنه ش أي لأن المعتق م أفسد عليه ش أي على المدبر م نصيبه ش حال كونه م
مدبرا ش أراد نصيبه الذي دبره م والضمان يتقدر بقيمة المتلف ش يعني لما كان قيمة المتلف
يلزم ذلك م وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا ش أي من حيث كونه قنا وقد مر بيان ذلك عند قوله
ولا يضمن المعتق الثلث الذي ضمن وفي قيمة المدبر اختلاف المشايخ وقال البلخي قيمته نصف قيمة
القن لأنه ينتفع بالمملوك على وجهين بعينه وببدله فالانتفاع ببدله فات والانتفاع
بعينه باق كذا في النوازل وقال بعضهم تمام قيمة القن وقال الصدر الشهيد هذا غير
سديد وذكر القاضي الإمام أبو علي السغدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن وقدر وقال بعضهم
قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن كذا في التتمة والفتاوى
الصغرى وقيل يسأل عن أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعه بكم يشترى هذا المدبر بعد ما
قالوا وقيل يقوم ما كانت المنافع التي تفوت بالتدبير وإليه أشار محمد في بعض الكتب ثم النقل
من المتقدمين في معرفة قيمة المكاتب يشتبه وأشار محمد في جنايات الجامع إلى أن قيمته أقل من قيمة
القن ولم يبين مقداره وقيل ينبغي أن يكون النصف وقيمة أم الولد ثلث قيمة القن وفي الذخيرة
قال بعض المشايخ ينظر بكم يستخدم مدة عمرها وقيل يسأل أهل العلم أن العلماء لو جوزوا بيعها
بكم يشترى فيجب ذلك المقدار م على ما قالوا ش إشارة إلى اختلاف المشايخ الذي بيناه وفي
الكافي إشارة إلى أن فيه خلافا م ولا بقيمته ش أي ولا يضمن المدبر المعتق م ما ملكه بالضمان
ش وهو الثلث م من جهة الساكت لأن ملكه ش أي ملك المدبر م يثبت مستندا ش إلى وقت
التدبير م وهو ثابت من وجه ش أي نظرا إلى حال أداء الضمان م دون وجه ش أي ليس بثابت
من وجه نظرا إلى حال التدبير م فلا يظهر في التضمين ش أي في تضمين المعتق فإن قيل
قوله ثابت في وجه دون وجه يشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر يؤدي العتق
الضمان ثم يرجع على العبد بما ضمن للساكت مع أن العبد ثابت قلنا العتق بأداء الضمان قام مقام
الشريك وللشريك ولاية الاستسعاء فكذا من قام مقامه أما المدبر كما قام مقام الساكت بأداء الضمان
وليس للساكت تضمين المعتق فكذا من قام مقامه وقيل يرد عليه ما لو هلك المدبر في
يد الغاصب وضمنه الغاصب حيث يرجع على الجاني وإن كان ملكه يثبت مستندا أجيب
أن الغاصب قام مقام المالك في ضمان الجناية وللمالك أن يضمن الجاني غاصب فكذا من قام مقامه
م والولاء بين المعتق والمدبر ش بكسر الباء أي بين المعتق وعصبته المدبر لأن العتق لا يحصل للمدبر
إلا بعد موت مولاه م أثلاثا ثلثاه ش أي ثلثا الولاء م للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على
ملكهما على هذا المقدار ش لأن المدبر عتق عليه الثلثان من جهة ملكه في الساكت والثلث
الآخر نصيبه وفي الأصل هذا إذا اختار الساكت تضمين المدبر أما إذا اختار سعاية العبد فالولاء
بينهم جميعا أثلاثا لكل واحد منهم الثلث م وإذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله ش أي كل العبد
م مدبرا ش للمدبر بكسر الباء م وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا ش أراد به عند قوله
فيما مضى في قريب العبد للذي دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه كان موسرا أو معسرا م فيضمنه
ش أي يضمن نصيب شريكيه م ولا يختلف ش أي الضمان م باليسار والإعسار ش يعني يضمن مطلقا
سواء كان معسرا أو موسرا م لأنه ش أي لأن هذا الضمان م ضمان تملك فأشبه الاستيلاد ش أي
فأشبه هذا الضمان ضمان استيلاد فإن كانت جارية بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت
نسبه منه ويضمن نصف قيمتها لشريكه م بخلاف الإعتاق ش أي بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان
جناية فيختلف باليسار والإعسار واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والإعسار

اردم مطلق ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق والاول مردود فان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني حكم واجيب بان المراد به الثاني والحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في رجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الاخر ولا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس م قال س اي محمد في الجامع الصغير ولفظ قال في كثير من النسخ م واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر الاخر فهي موقوفة يوما س المراد من كونها موقوفة يوما ان ترفع عنها الخدمة يوما وان لا يكون للمقر عليها سبيل م ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة س قال في الكافي واختلف المشايخ في الخدمة للمنكر هل تخدم للمنكر عندهما والاصح انها لا تخدم م وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها س يعني للمقر بالاستسعاء م لهما س اي لابي يوسف ومحمد م انه س اي ان المقر لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه س اي على نفسه فصار م كانه استولدها فصار س حكم هذا م كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا س اي كذا حكم هذا مثل حكم ذاك م فيمتنع الخدمة س للمقر لانها ام ولد الغير في زعمه م ونصيب المنكر على ملكه في الحكم س محتبسا عند الجارية م فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت س تخرج الى العتاق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر وفيه نظر الى الجانبين لان ملك النصراني محترم فلا يجوز ابطاله مجانا واعلم ان قول ابي يوسف الذي ذكره مع محمد هو قوله الاول وقد رجع عنه الى قول ابي حنيفة هكذا نص الحاكم الشهيد في الكافي واما جنايتها فموقوفة عند ابي حنيفة و قولهما تسعى في جنايتها بمنزلة المكاتب ويأخذ الجناية عليها فتستعين بها كذا في الكافي وذكر في المختلف في باب محمد ان نفقتها في كسبها وان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر في النفقة الخلاف وقال ابو الحسن علي بن محمد رحمه الله في شرحه للمنظومة وهو تلميذ ظهير الدين المرغيناني نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها وان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر بيقين م ولابي حنيفة ان المقر لو صدق س بتخفيف الدال م كانت الخدمة كلها للمنكر س لانها ام ولده له م ولو كذب س بتخفيف الذال اي المقر لو كذب م كان له نصف الخدمة س لانها مشتركة بينهما م فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف س ويكون النصف الاخر موقوفا م ولا خدمة للشريك الشاهد ولا سعاية ولا استسعاء لانه يتبرا عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان س اما تبرؤه عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان وفي كلامه لف ونشر على ما ترى م والاقرار بامومية الولد س هذا جواب عن قولهما انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فقرره ان الاقرار س اي اقرار احد الشريكين بامومية الولد م يتضمن الاقرار بالنسب وهو س اي الاقرار بالنسب م امر لازم لا يرتد بالرد س حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير لرجل ولد له المقر له ثم اقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لا يصح لان النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد م وان كانت ام ولد بينهما س اي بين اثنين م فاعتقها احدهما وهو موسر س اي والحال انه موسر م فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده س اي عند ابي حنيفة م ومتقومة عندهما س وهذا هو الاصل في المسئلة وقول سائر الفقهاء كقولهما م وعلى هذا الاصل يبتني عدة من المسائل اوردها في كفاية المنتهي س وكفاية المنتهي اليوم مفقودة ولكن المسائل التي تبتنى على هذا الاصل مشهورة مذكورة في الكتب منها اذا مات احدهما لا تسعى للاخر عنده وعندهما تسعى ومنها انها ولدت بعد ذلك فادعاه احدهما يثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده وعندهما يضمن لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا وتسعى الولد في النصف ان كان معسرا ومنها لو غصبها غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمنه عندهما وذكر في الرقيات يضمن عنده لانه ضمان جناية لا ضمان غصب ويضمن بالقتل بالاتفاق لانه ضمان جناية ومنها انه لو باعها وسلمها وماتت في يد المشتري لم يضمن عنده وعندهما

يضمن ومنها ان الامة الحبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن م وجه قوله انها س اي ان ام الولد م منتفع بها وطئا س يعني من حيث الوطء م واجارة س يعني من حيث الاجارة م واستخداما س يعني من حيث الاستخدام م وبهذا س اي بكونها منتفعا بها من هذه الوجوه م يبقى ملكه متقوما س لان هذه لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم العقد وملك اليمين لا يكون الا في مال متقوم م وبامتناع بيعها س هذا جواب عما يقال بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم فاجاب بامتناع بيعها س اي بيع ام الولد م لا يسقط تقومها كما في المدبر س فانه يمتنع بيعه وهو متقوم وكذا بيع الابق ثم اوضح ذلك بقوله م الا ترى ان ام الولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية س بالاتفاق والسعاية انما تكون في المتقوم م وهذا م اي وجوب السعاية م امارة التقوم س لا ملاءمة التقوم م غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة س يعني من حيث كونها قنة م على ما قالوا س اي على ما قال مشايخنا م لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت س اي بعد موت المولى فانها لا تسعى للغرماء ولا للورثة م بخلاف المدبر لان الفائت فيه منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان س فانه يسعى للغرماء ويخدم مولاه الى ان يموت م ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز س اي بالاقتناء للتمول الا ترى ان الصيد قبل الاحراز لا يكون مالا متقوما والادمي في الاصل ليس بمال ويصير مالا بالاحراز لما كان لملك المتعة على قصد التمول وثبت ملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التمول فصار في صفة المالية كان الاحراز لم يوجد اصلا فلا تكون مالا متقوما م وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع له س اي للنسب يعني انها كانت محرزة للمالية والتقوم قبل الاستيلاد فلما احرزت بعد الاستيلاد للنسب كان الاحراز للتقوم تابعا لانه ظهر ان احرازه كان للنسب م ولهذا س اي ولكونها محرزة للنسب س لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر م اوضح عدم وجوب السعي عليها علمها والفرق بين ام الولد والمدبر بقوله م وهذا س اشارة الى الفرق بينهما م لان السبب فيها س اي لان السبب الحرية في ام الولد م متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة س بين المولى وام الولد م بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة س لانه لما حصل الولد من مائهما بحيث لا يمتاز احدهما من الاخر صار اصوله وفروعه كاصولها وفروعها وبالعكس وثبوت الجزئية يقتضي عدم التقوم لان الحر حرام م الا انه لم يظهر عمله س اي عمل سبب الحرية م لم يظهر عمله في حق الملك س ولم يعتق لاحل م ضرورة الانتفاع لها فالاجماع اذا قضى ان يكون ملكه الى وقت موته م فعمل السبب س اي سبب الحرية م في اسقاط التقوم غير انه لم يظهر عمله في الحال لما قلنا م وفي المدبر ينعقد السبب س اي سبب الحرية م في اسقاط التقوم بعد الموت س فان قيل هذا تناقض من المصنف في كلامه لانه جعل التدبير هنا سببا بعد الموت وجعله في باب التدبير سببا في الحال وقد ثبت علمائنا ان التدبير سبب في الحال بخلاف سائر التعليقات فانها ليست باسباب في الحال عندنا قلت هذا ذكره صاحب الكافي وليس منه م وامتناع فيه س اي في المدبر وهذا جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وبالقياس على هذا يعني ان لا يمنع بيع المدبر لانه اذا كان السبب ينعقد بعد الموت فلم قلتم بامتناع بيعه فاجاب بقوله وامتناع البيع فيه م لتحقيق مقصوده س اي لمقصود المولى من التدبير وهو الحرية وان كان السبب لم ينعقد في الحال فلم يدل على سقوط التقوم وانما اثر انعقاده في حرمة البيع خاصة م فافترقا س اي حكم ام الولد والمدبر من الوجه المذكور م وفي ام ولد النصراني س جواب عما قاسا عليه م قضينا س اي حكمنا م بكتابتها عليه س اي على النصراني م دفعا للضرر عن الجانبين س اما في جانب ام الولد فلئلا تبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان زيادته في معنى بدل الكتابة م وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم س اي تقوم ما يقابله لانه في

الاصل يقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان الكتابة لم تنقض بتقوم ام الولد النصراني
والله اعلم واحكم م باب عتق احد العبدين ش
اي هذا باب في بيان حكم عتق احد العبدين ولما فرغ عن بيان اعتاق البعض عينه واحد شرع في
اعتاق احد العبدين لان احدهما بعض ايضا لكن قدم الاول لكون الواحد مقدما على الاثنين م
ومن كان له ثلاثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل اخر فقال
احدكما حر ثم مات ولم يبين س اي ثم مات المولى والحال انه لم يبين ولقسم كل واحد من العبيد
باسم الفعل الذي اتصف به فالمسمى الذي خرج خارجا والذي دخل داخلا والذي لم يخرج ثابتا
ثم ان كان المولى ما دام حيا يؤمر بالبيان لانه هو المجمل فيرجع في البيان اليه والعتق الذي
عينه فاذا مات قبل البيان م عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه س اراد بالقول
قوله احدكما حر واراد بالذي اعيد عليه القول الثابت م ونصف كل واحد س اي عتق نصف
واحد م من الاخرين س وهما الداخل والخارج م عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو
كذلك س يعني يعتق من الثابت ثلاثة ارباعه ومن الخارج نصفه م الا في العبد الاخر س وهو
الداخل م فانه يعتق ربعه اما الخارج فان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت س حيث
يحتمل انه يراد به هذا او ذاك وليس احدهما باولى من الاخر فيتنصف بينهما م وهو الذي س
اي الثابت هو الذي م اعيد عليه القول س وهو قوله احدكما حر م فاوجب عتق رقبة بينهما
س اي بين الداخل والثابت م لاستوائهما س لان احدهما ليس باولى من الاخر م فيصيب كلا
منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني س وهو قوله احدكما حر في المرة الثانية
م ربعا اخر لان الثاني م اي الايجاب الثاني م دائر بينه س اي بين الثابت م وبين الداخل م
فيتنصف بينهما س اي بين الداخل والثابت لعدم الاولوية م غير ان الثابت استحق نصف
الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني س اي بالايجاب الثاني م في نصفيه فما
اصاب المستحق س بفتح الحاء اي المستحق لان حرية الحر محال بالعتق م بالاول س اي بالايجاب
الاول م لغى س اي الذي اصاب من النصف الشائع النصف المستحق بالاول لغى م وما اصاب
الفارغ بقي س اي وما اصاب غير المستحق بقي وصح م فيكون له الربع فيتنصف النصف الشائع
فيعتق بالايجاب الثاني ربع الثابت وبالايجاب الاول نصفه م فتمت له س اي الثابت م
ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو س اي الثابت م بالثاني س اي بالايجاب الثاني م لعتق نصفه
س الباقي م ولو اريد به س اي بالايجاب الثاني م الداخل لا يعتق هذا النصف س اي النصف
الباقي من الثابت فاذن يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال م فيتنصف س
النصف م فيعتق منه الربع بالثاني س اي بالايجاب الثاني م والنصف بالاول س اي يعتق النصف
بالايجاب الاول م واما الداخل فمحمد يقول لما دار الايجاب الثاني بينه س اي بين الداخل م وبين
الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع س بالاتفاق م فكذلك يصيب الداخل س يعني الربع م وهما
س اي ابو حنيفة وابو يوسف م يقولان انه دائر بينهما س اي ان الايجاب الثاني دائر بين
الداخل والثابت م وقضيته التنصيف س اي قضية هذا الدوران ان يكون بينهما التنصيف
لاستوائهما م وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا
س اي عند قوله كان الثاني دائرا بينه وبين الداخل فيتنصف اي يجعل بينهما النصف م ولا
استحقاق للداخل من قبل س اي من قبل ذلك م فيثبت فيه النصف س اي ثبت في حق الداخل النصف
حاصله ان الايجاب الثاني لو اريد به الداخل عتق ولو اريد به الثابت لعتق الباقي منه فلا
يعتق الداخل فاذن عتق الداخل في حال دون حال فيتنصف العتق بينهما فيعتق نصف الداخل م
قال س اي قال محمد في الجامع الصغير م فان كان القول منه س اي فان كان القول المذكور من المولى
م في المرض قسم الثلث على هذا ش اي على ما ذكرنا م وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة س
اي سهام وصايا العبيد الثلاثة سبعة لان العتق وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل
بقدر وصيته م على قولهما س اي على قول ابي حنيفة وابي يوسف م لانا نجعل كل رقبة على اربعة س اسهم

رح

فاحتجنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة اسهم ومن الاخرين س بفتح الخاء واراد بهما الخارج
والداخل م من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل
نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة س اسهم واذا كان
الثلث سبعة والثلثان اربعة عشر م وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة س اسهم م ويسعى
في اربعة اسهم م ومن الباقيين س وهما الخارج والداخل م من كل واحد منهما سهمان س اي يعتق سهمان م
ويسعى س اي كل واحد منهما م في خمسة س اسهم م فاذا تاملت وجمعت اسهام الثلث والثلثين س كان
سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية اربعة عشر م وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه
يعتق من الداخل عنده س اي عند محمد م سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر
س لان الخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة اسهم والداخل بسهم وكان سهام الوصايا ستة فاذا
كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر لا محالة م والتخريج ما مر س يعني يعلم مما مر فالخارج
يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم
ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثنا عشر وسهام الوصايا ستة م ولو كان
هذا س اي هذا الكلام م في الطلاق وهي مسئلة الزيادات خرجها محمد عليها وصورته رجل
له ثلاث نسوة م وهن غير مدخولات س يعني لم يدخل بهن فقال لاثنتين منهن احداكما طالق ثم
خرجت واحدة منهما ودخلت الثالثة فقال احداكما طالق م ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر
الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه س والثمن من الصداق بمنزلة الربع
من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوط على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا بالايجاب الثاني م
قيل هذا قول محمد خاصة س فلا يكون حجة عليهما وكيف يكون حجة م وعندهما يسقط ربعه س وقيل
هو على قولهما ايضا س اي قول ابي حنيفة وابي يوسف فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق م وتمام س
بالنصب عطفا على الفرق اي وذكرنا تمام م تفريعاتها س اي تفريعات هذه المسئلة م في الزيادات س
اي في شرحه للزيادات اما الفرق فهو ان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له
حق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من
العبدين حرا من وجه وعبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل
وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف فاما الثابتة
في الطلاق مترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة ان كانت المرادة بالا
الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة هي المرادة بالايجاب الاول كانت
اجنبية فيلغو الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه فصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه
فيسقط نصف المهر وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهن الثمن واما
التفريعات فمنها ان المولى اذا لم يمت ومات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فكان الكلام الاول
اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت مزاحمة الثابت ولذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة
بين الثابت والداخل فبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما اما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما
الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بالموت ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقوله لهما ومنها
ان الداخل اذا مات قبل المولى اوقع العتق الاول على ايهما شاء من الخارج والثابت فان اوقعه على
الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني فبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقع
العتق الاول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر وهو في شرح
الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما يجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح لتعين له
الثابت بموت الداخل فاوجب تعين الثابت لتعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت
بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر ومنها ان المولى اذا لم يمت ولا العبيد ايضا
وبين المولى فان عين الخارج بالكلام الاول خير في الاخرين لان الكلام الثاني صحيح بكل حال على هذا
الوجه وان عين الثابت بقي الخارج عبدا وكذا الداخل لان المضموم اليه حر وان عين الثابت بالكلام
الثاني خير في تعيين الخارج او الثابت بالكلام الاول ومنها ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم

بين الداخلة والاولين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاولين والنصف الاخر
بين الاولين لان احدهما ليست باولى منها ان الثابتة اذا ماتت والزوج حي طلقت الخارجة
والداخلة لانعدام المزاحمة ولكل واحدة ثلاثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخرى
بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقع
على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الزوجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة ومنها اذا لم
تمت واحدة منهن لكن الزوج اوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين
الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة
او الثابتة بالكلام الاول م ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات ش اي احدهما م او قال
له ش اي لاحدهما م انت حر بعد موتي عتق الاخر ش وهذه من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما قال يعتق الاخر وان مات
احدهما عتق الاخر وان قال لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الاخر وكذلك لو قال لامراتيه احدكما طالق
ثم ماتت احديهما طلقت الاخرى وقال الحاكم الشهيد في الكافي لو قال لعبديه احدكما حر ثم مات
احدهما او قتل او باعه او وهبه او دبره عتق الباقي لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت ش فان قيل
يشكل بما لو قال لامتيه احديهما ابنتي او ام ولدي ثم ماتت احديهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في
الحية ذكره التمرتاشي قلنا التدبير يوافقها في صفته بل هو احياء وجواز تحريره لهذا على الحي والميت
فيرجع الى بيان المولى واما الانشاء فلا يصح الا في الحي وفيما نحن فيه انما يتعين الاخر بعد الموت لان البيان
من وجه اظهار من وجه فصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الاخر للعتق
كذا في الايضاح ثم البيان يثبت صريحا ودلالة بالاولى كقوله اخترت ان يكون هذا حرا باللفظ
الذي قلت او يقول انت حر بذلك العتق او يقول اعتقتك بالعتق السابق والثاني كما اذا باع
احدهما مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين او باع بيعا فاسدا وقبضه المشتري على ما ذكره
في شرح الطحاوي وخلافه الفقيها ولم يقبضه على ما اختاره ذكره في الفتاوى الولوالجي او كاتب او دبر
او رهن او اجر فانه يكون بيانا في قولهم كذا في شرح الطحاوي وان اعتق احدهما عتقا مستانفا عتقا
جميعا هذا بالاعتاق وذلك باللفظ السابق وان قال عنيت به العتق باللفظ السابق صدق في القضاء
كذا في شرح الطحاوي م وللعتق من كل وجه بالتدبير ش اي لم يبق العبد محلا للعتق الملزم من كل وجه
بالتدبير لان المدبر استحق الحرية م فتعين الاخر ش لانه م ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير
ابقا الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملزم ش اي المقصود بالبيع وهو الوصول الى
الثمن والمقصود بالتدبير وهو ابقا الانتفاع الى الموت كلاهما ينافيان العتق الملزم ش بفتح الزاي لانه
يلزم من اثبات احدهما عدم الاخر فلما ثبت المنافي للعتق في احدهما م تعين له الاخر ش لانه م ولهذا
ش اي ولهذا تعين الاخرى للعتق م اذا استولد احداهما ش يعني اذا وطئ احدى الامتين بعد قوله
احديكما حرة تعين الاخرى للعتق اذا علقت منه وانما قيد بالعلوق لان مجرد الوطي ليس بيان عند
ابي حنيفة في العتق كما سيجي ان شاء الله تعالى بعد هذا م للمعنيين ش واراد بهما ما قلنا في التدبير
وهو عدم بقائها للعتق من كل وجه بعد الاستيلاد لانها استحقت الحرية وابقا الانتفاع الى الموت
م ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض او بدونه ش اي دون القبض في البيع الفاسد
لان التصرف الذي يختص بالملك يوجد في الكل م والمطلق ش اي والبيع المطلق عن الخيار م او بشرط
الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب ش اراد بالكتاب الجامع الصغير م والمعنى ما قلنا ش وهو
انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الاخر للعتق م والعرض على البيع
ملحق به ش اي بالبيع م في المحفوظ ش اي في القول المحفوظ م عن ابي يوسف ش قال في شرح
الطحاوي روى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ساوم احدهما يكون بيانا يعني ان الاخر يتعين للعتق م
والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك ش قال الاترازي ولنا فيه نظر
لانه لم يشترط التسليم في البيع الفاسد مع ان الملك فيه لا يثبت الا بعد القبض وهنا اشترط
التسليم والحق عندي ان لا يشترط التسليم في الفصلين جميعا لوجود تصرف مختص بالملك فيهما

ولهذا اطلق الحاكم فيهما جميعا انتهى قلت قال الاكمل قيد التسليم بشرط وانما ذكره تابعا ذكره في
الاملا اذا وهب احدهما واقبضه او تصدق وقبض عتق الاخر قلت اخذ هذا عن صاحب النهاية فانه
قال ذكر التسليم في قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع على وجه الناكيد لا على وجه
الشرط م وكذلك ش اي وكذلك تتعين الاخرى للطلاق م لو قال لامراتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما
لما قلنا ش اشارة الى قوله لانه لم يبق محلا للطلاق بالموت م وكذا لو وطي احديهما ش اي احد المراتين لا احد
الامتين م لما نبينه ش اي في المسئلة التي بعد هذه م ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم
تعتق الاخرى عند ابي حنيفة ش وبه قال احمد م وقالا تعتق ش وبه قال الشافعي ومالك في رواية كما في
الطلاق وفيه الايمان م لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في
الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق ش بان قال لامراتيه احديكما طالق ثم وطي
احديهما كان بيانا وهذا الخلاف فيما اذا لم تعلق الامة الموطوءة فاذا علقت يكون بيانا في قول ابي حنيفة
ايضا نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال احديكما مدبرة ثم وطي احديهما لا يكون بيانا بالاجماع
لان التدبير لا يزيل ملك البائع كذا في شرح الطحاوي م وله ش اي ولابي حنيفة م ان الملك قائم في الموطوءة
اي في التي يوطا من كل منهما م لان الايقاع في المنكرة ش اي لان ايقاع العتق انما هو في المنكرة م وهي
بعينه ش اي الموطوءة معينة غير منكرة م فكان وطيها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا ش اي ولاجل قيام الملك
في الموطوءة م حل وطيهما ش اي وطي الامتين جميعا بعد قوله لهما احديكما حرة م على مذهبه ش اي على
مذهب ابي حنيفة م الا انه لا يفتي به ش اي بحل وطيهما وهو استثنا من قوله حل وطيهما اي لعلم
هذا ولا يفتي به لئلا يتخذ مغنما الا في حنيفة بترك الاحتياط م ثم يقال العتق غير نازل ش هذا جواب
عما يقال العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل كان
عن مدلوله وان كان نازلا لا
يجوز وطيهما فاجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني بقوله ثم يقال العتق غير نازل م في
البيان لتعلقه به ش اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل
قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول بقوله م او يقال نازل ش اي العتق نازل م في المنكرة
فيظهر ش اي العتق النازل في المنكرة م في حق حكم يقبله ش اي المنكر كالبيع ش فان المنكر يقبله بان
يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح م والوطي يصادف المعينة ش اي الوطي غير
المعينة لا يمكن لانه امر حسي لا يقع الا في المعين م بخلاف الطلاق ش جواب عما يقال كيف يقع بيانا
في الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي
يدل على استيفا الملك بالموطوءة صيانة للولد ش اي لاجل صيانة الولد م اما الامة فالمقصود من وطيها
قضا الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستيفا ش فلا يصير وطيها بيانا للعتق في الاخرى م ومن قال
لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف
الام ونصف الجارية والغلام عبد ش في شرح الطحاوي روى عن محمد انه قال لا يعتق واحد منهم وفي
المبسوط ذكر محمد في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر لبين جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا
يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل فنكوله كاقراره
وان حلف كلهم ارقا واما جواب الكتاب ففي فصل اخر وهو ما اذا قال لامته اذا كان اول ولد تلدينه
غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدري الاول فالغلام رقيق والامة حرة
ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة فالغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال
دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال
صاحب النهاية هو الصحيح وقال الاترازي نقلا عن الكافي وعن هذه المسئلة على وجوه ستة
لان ادها المختصة احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا يعتق من كل واحد من الغلام
والجارية النصف ويسعى كل منهما في النصف الثاني ان ادعى الام ان الغلام ولد اولا وانكر المولى
ذلك وقال ان الجارية هي الاول وهي صغيرة فالقول قول المولى مع يمينه على العلم فان حلف لا
يثبت عتق احد وان نكل عتقت الام والجارية وهي اذا كانت صغيرة نصب الام خصما عنها لكون
حريتها نفعا محضا فعتقتا جميعا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما صح خصومة الام

طوق ش

عن البنت ما دامت صغيرة وان كانت كبيرة لم يصح الثالث ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت
اولا فلا يعتق احد لانعدام شرط العتق الرابع ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا فتعتق الام لوجود شرط
العتق وكذا الجارية تبعا للام والغلام عبد لانه ولد عنها في حال الرق ولا يعتق تبعا لها الخامس
ان تدعي الام ان الغلام اول ولم تدع الجارية شيئا وهي كبيرة حلف المولى على العلم فان حلف لا يثبت عتق
احد وان نكل عتقت الام دون الجارية السادس ان تدعي الجارية وام تدع الام شيئا فان حلف
المولى لا يثبت عتق احد وان نكل يعتق الجارية دون الغلام وقال الحاكم في مختصر الكافي ولو قال
ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما فان علم ايهما اول عمل
على ذلك وان لم يعلم واتفقوا الام والمولى انه لا يدري ما الغلام رقيق والابنة حرة ويعتق
نصف الام لان كل واحد منهما س اي من الغلام والجارية م يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول
مرة الام س اي يعتق الام م بالشرط والجارية س اي يعتق الجارية م لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها
ويرق س اي الام م في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحد منهما
وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر
المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين س اي القول قول المولى مع اليمين على العلم م لانكاره شرط
العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة
معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا س اي الام والجارية م ولو كانت الجارية
كبيرة لم تدع شيئا والمسألة بحالها س اي ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى م عتقت
الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول
تبنى على الدعوى فلم يظهر في حق حرية الجارية الكبيرة ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق
ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا س اشارة الى
قوله وصحة النكول تبتني على الدعوى م والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير
وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى س اي وبهذا القدر من البيان احاط الوقوف
ما ذكرنا من الوجوه تفصيلا في كتاب كفاية المنتهي واراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها الخمسة
والاربعة من الوجوه ممتنعة في الكتاب تعرف عليها المسائل الفطن م قال س اي محمد في الجامع
الصغير م واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق عبدا له فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رضي الله عنه
س بخلاف الشهادة على طلاق احدى نسائه ~~الشهادة~~ س اي الشهادة م جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى
اعتاق احد عبديه لكلهما عندهما وعند ابي حنيفة هي باطلة م لا ان يكون س اي الشهادة م في
استحسانا س اي استحسنه ما روي رجل في مرض موته احد عبدي حر ثم يموت الرجل وترك
ورثته فينكرون فالشهادة جائزة م ذكر في العتاق س اي ذكر الاستحسان في عتق الاصل وقال
لو قال الشاهدان كان هذا عند الموت استحسنت الداعي من كل واحد منهما نصفه م وان
شهدوا انه طلق احدى جازت الشهادة ويجبر على ان يبين احدهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف
ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك وهو مبني على ان يوقع العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة على
عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عند ابي حنيفة وعندهما تقبل س وبه قال الشافعي ومالك واحمد
والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة
واذا كان دعوى العبد شرطا عنده س اي عند ابي حنيفة م لم يتحقق س اي الدعوى م في مسألة
الكتاب س اي في مسألة كتاب الجامع الصغير م لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة
وعندهما ليس بشرط فقبلت الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق عدم الدعوى لا يوجب
خللا في الشهادة لانها س اي لان الدعوى م ليست بشرط فيه س اي في الطلاق م ولو شهدا
انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة وان لم تكن الدعوى شرطا فيه س اي في عتق
الامة الواحدة وهذا كانه صورة نقض على ابي حنيفة وقد دفعه المصنف بقوله م لانه انما
يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق س ويعني قوله انه يتضمن تحريم الفرج
ان العتق اذا اخص استلزم ان يكون الوطء بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم

تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب ان لازم عتقها
من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما
خطأ م والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده س اي عند ابي حنيفة م على ما ذكرناه س يعني به قوله
ولهذا ان الملك قائم في الموطوءة ولهذا حل وطؤها م فصار كالشهادة على عتق احد العبدين س قال الشهادة فيه
باطلة عنده كما مر م وهذا كله س اي هذا المذكور كله م اذا شهدا س اي الشاهدان م في صحته س اي في صحة
الرجل على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره س
اي على انه دبر احد عبديه م في صحته او في مرضه س فان هذه الشهادة لا تقبل في القياس وتقبل في
الاستحسان وهو معنى قوله م واذا الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير
حيثما وقع وقع وصية س يعني سواء وقع في حال الصحة او في حال المرض م وكذا العتق في مرض الموت
وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم م لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا
تقديرا م وعنه خلف س اي وعن الموصي خلف م وهو الوصي او الوارث س فتقبل الشهادة م ولان العتق
بهذا دليل ثان لوجه الاستحسان م يشيع بالموت فيهما س اي في العبدين م فصار كل منهما خصما
متعينا س لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجز عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل
واحد منهما م ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا تقبل س اي هذه الشهادة
لانه ليس بوصية وقد قيل يقع للشيوع س اي لشيوع العتق فيهما فكان كل منهما خصما متعينا فكان
دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة وانما قال بلفظ قيل لانه لا نص فيه عن اصحابنا ولكن المشايخ
اختلفوا فيه وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير واذا شهدا بعد موته انه قال
في حياته وصحته احدكما حر فلا نص فيه واختلف فيه مشايخنا في قول ابي حنيفة ان كان الطريق هو
الوصية لم تقبل ههنا وان كان الطريق هو الشياع قبلت البينة ههنا والصحيح ان تقبل لجواز ان يكون
معلولا بعلتين فيتعدى باحدهما والله اعلم بالصواب م باب

الحلف بالعتق س اي هذا باب في بيان حكم الحلف بالعتق والحلف بكسر اللام مصدر من حلف بالله
يحلف حلفا وحلفا والحلف بالعتق ان يجعل العتق جزاء على الحلف بان تعلق العتق بشيء ولما كان المعلق
ناظرا الى السببية اخر التعليق عن التنجيز م ومن قال اذا دخلت هذه الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر
وليس له مملوك س يعني زمان الحلف م فاشترى مملوكا ثم دخل عتق س اعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق لانه
ما اشتراه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد
الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لما قلنا واجيب بانه وجد الاضافة
فيها الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف
المسألة لانه لم يوجد فيها الاضافة لا صريحا ولا دلالة م لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا
انه اسقط الفعل س وهو قوله دخلت م وعوض بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول س
لان قوله يومئذ ظرف لقوله كل مملوك فيعتق كل مملوك له سواء كان مستحدثا بعد اليمين او لم يكن
اذا وجد في ملكه حينئذ اعني وقت الدخول لانه علق حرية المملوك المضاف الى ذلك الوقت بالدخول
اذا لم يذكر قوله يومئذ بل قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف لانه
ارسل الملك ارسالا والملك المرسل يراد به الحال لان المستقبل موهوم فلا يعتبر فصار كانه قال
فكل مملوك لي الان في الحال فلو علق هكذا بذكر الحال لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف فكذا هذا م وكذا
لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا س اشارة الى قوله المعتبر قيام
الملك وقت الدخول م قال ولو لم يقل في يمينه يومئذ لم يعتق س اي لم يعتق ما اشتراه بعد
الحلف وقد ذكرنا وجهه الان م لان قوله كل مملوك لي للحال س يعني يراد به الحال م والجزاء حرية
المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تاخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي الى ملكه الى
الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين س فصار كانه قال كل مملوك لي الان في الحال
فهو حر اذا دخلت الدار يعتق ما كان في ملكه دون ما يتملكه كذا هذا م ومن قال كل مملوك لي ذكر
س حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق س لان المملوك صفة لمملوكي م فهو حر لانه

مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين مملوك ابعض كاملا م وهذا ش اى وهذا الحكم م اذا ولدت ش
الجارية المذكورة م لستة اشهر فصاعدا اطلاق لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال ش
يعني يحتمل ان يكون الحمل وقت اليمين ويحتمل ان لا يكون م لوجود اقل مدة الحمل بعده ش اى بعد وقت
اليمين م ولد اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك
تبعا للام لا مقصودا ش الا ترى انه لو اعتقه عن كفارة يمينه لا يجوز م ولانه ش اى ولان الجنين عضو
من وجه ش بدليل انه ينتقل بانتقال امه ويتغذى بغذائها م واسم المملوك المطلق يتناول الانفس
الكاملة دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه ش اى بيع الجنين حال كونه م منفردا ش لكونه عضوا من
اعضائها قال ش اى المصنف م وفائدة التقييد بوصف الذكورة ش يعني في كل مملوك لي ذكر فهو حر
انه لو قال كل مملوك لي فهو حر ش بدون ذكر لفظ ذكر م يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها ش اى للحامل
والدليل على هذا ما اورده الولوالجي في فتاواه بقوله لو قال كل مملوك لي حر وله عبيد وامهات اولاد
ومدبرين ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبين لانه اوجب العتق لكل مملوك يضاف اليه بالمملوكية
مطلقا وهذا متحقق فيما ذكرنا لانه يملكهم رقبة ويدا م وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد ش بعد
هنا مرفوع لانه فاعل حال لان بعد معرب وليس بمبني وانما ينتصب في مواضع على الظرفية م عتق
الذي ش اى المملوك الذي في ملكه م يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة ش حقيقة بالرفع لكونه
خبر ان ويجوز النصب على التمييز م يقال انا املك كذا كذا ويراد به الحال وكذا تستعمل له ش اى للحال
م من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف ش وقال صاحب النهاية وهذا التقدير
خالف رواية اهل النحو وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وقال الاكمل وظاهر تقرير
المصنف يدل على ما قاله صاحب النهاية وقال الكاكي فيما ذكره بحسب الاستعمال لا بحسب
الوضع والشيخ ذكره بحسب الوضع لانهم وضعوا صيغا للماضي وصيغا للاستقبال وهي الامر
والنهي فوجب ان يكون افعل للحال لان الاصل ان يكون لكل معنى لفظ على حدة فوجب ان يكون للحال
نفيا للاشتراك والترادف وفي المحيط املك وان كان حقيقة للاستقبال الا انه صار للحال شرعا
كما في الشهادة وعرفا كما يقال املك كذا احدهما فكان حقيقة في الحال وفي الذخيرة صيغة
افعل للحال حقيقة وهو مذهب محققي النحويين وبعد هذا اختلف عبارات المشايخ قيل للحال
احوذ ليس للحال صيغة سوى هذا فكان الاستقبال كما في اشهد واصلي وكما تعين للاستقبال
في قولك ازوج واسافر وقال الاترازي قال بعضهم في شرحه تقرير صاحب الهداية خالف رواية
النحو لانه قال املك للحال حقيقة الى قوله او سوف واهل النحو قالوا ان المضارع مشترك بين
الحال والاستقبال قلت لا نسلم الحالية لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال
ليس بحقيقة لان المشترك يدل على كل واحد من المعنيين بسبيل الحقيقة لكنه بسبيل البدل
ويترجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد هنا عند الاطلاق دليل على ارادة الحال لان الحال
موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم الموهوم انتهى كلامه قلت اراد بقوله قال بعضهم
في شرحه صاحب النهاية وقال الاكمل رحمه الله وقال بعض الشارحين واراد به
الاترازي هذا وكلام الاترازي من اوله الى قوله المعدوم الموهوم ثم قال القول قول المصنف
ولهذا تستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين
بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى
انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف
لتبادر الفهم اليه م فيكون مطلقه ش اى يكون مطلق املك للحال وكان الجزاء حرية المملوك في الحال
مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين م ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك
لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر ش اى مملوكا اخر م فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر
والاخر ليس بمدبر ش يعني ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد حتى جاز له ان يبيعه م وان مات ش
اى المولى م عتقا من الثلث ش مشتركين فيه م وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه
يوم حلف وكان مات ش ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه ش لان اللفظ حقيقة للحال وهو المراد فلا

يجوز

يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا م وعلى هذا ش اى وعلى هذا الحكم م اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر ش
يكون الذي عنده يوم الحلف مدبرا والذي اشتراه بعده يمدبر م له ش اى لابي يوسف م ان اللفظ حقيقة
للحال على ما بيناه م بعد قوله فيكون مطلقه للحال الى قوله بعد اليمين م فلا يعتق به ش اى اللفظ
المذكور م ما سيملكه ش بعد حلفه م ولهذا ش اى ولاجل ذلك م صار هو ش اى الذي في ملكه يوم
الحلف م مدبرا دون الاخر ش ملكه بعد اليمين م ولهما ش اى ولابي حنيفة ومحمد م ان هذا
ش اى قوله كل مملوك املكه او قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي م ايجاب عتق وايصا ش
اى وصية اما ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه او لي فهو حر واما انه ايصا فبقوله بعد
موتي م حتى اعتبر من الثلث في الموجود عند الحلف بالاتفاق م وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة
ش اى المتربصة م والحالة الراهنة ش اى الحاضرة التي يقال الان وسميت بالراهنة لان الرهن
هو الحبس والمرء محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها ثم اوضح بقوله ذلك م الا يرى انه
يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية ش بان قال ثلث مالي لفلان بعد موتي فا
بعد ذلك مالا ثم مات فللموصى له ثلث ما كان موجودا عند الموت م وفي الوصية ش اى يدخل في
الوصية لاولاد فلان من يولد له بعد هنا ش اى بعد الوصية اذا عاشوا الى وقت الموت م
والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه ش وهو الشراء قال الاترازي لماذا لو قيل هذا فقوله
لما ان هذا ايجاب عتق وايصا ثبت ان فيه الايجاب وجهة الايصا فراعى كل واحد منهما ثم
الايجاب انما يصح اذا اضيف الى الملك او الى سبب الملك م فمن حيث انه ش اى ان قوله كل مملوك املكه
م ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير ش اى المملوك م مدبرا حتى لا
يجوز بيعه ومن حيث انه ش اى ان قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي م ايصا يتناول الذي يشتريه
اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت ش ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه
ش وقال الكاكي قوله جواب سؤال مقدر فالايجاب انما يصح وهو على وجهين احدهما ان يقال ينبغي ان لا
يتناول الايجاب المشتري اصلا لا في الحال ولا في المال لان التناول انما يكون مضافا الى الملك او الى
وليس احدهما في حقه فاجاب عنه وقال انما يتناوله باعتبار الايصا لا باعتبار الايجاب الحالي والثاني
هو ان يقال ينبغي ان يكون المشتري مدبرا مطلقا حال شرائه لان التدبير في كل مدبر انما يكون على
وجه الايصا حتى يعتبر من الثلث وفي الايصا لا يتفاوت الحالي والمستحدث كما لو اوصى بثلث ماله
يدخل فيه الحالي والمستحدث فاجاب عنه بان ايجاب التدبير مطلقا انما يكون عند اضافة التدبير
الى الملك والى سببه ولم يوجد في حق المستحدث انتهى م وقبل الموت حالة التملك استقبال
محض ش قيل هذا اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف تقريره ان ابا يوسف قال فيما روى عنه
ابو طاهر الدباس في النوادر ان اللفظ حقيقة للحال فلا يعتق به ما سيملكه وتقرير الجواب ان
قبل الموت حالة التملك استقبال محض م فلا بد من دخول تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل
مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر ش لدخوله تحت الحالة المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض
وصية م بخلاف قوله بعد غد ش اى بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي حر بعد غد م على ما تقدم ش عند
قوله وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد الى اخره م لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه
ايصا والحالة محض استقبال ش لا يتناوله الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه م فافترقا
ش اى الحكمان المذكوران م ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال ش قال الاكمل هذا اشارة
الى جواب ابي يوسف م لانا نقول نعم ش يعني جمعنا بين الحال والاستقبال م لكن بسببين مختلفين
ايجاب عتق وايجاب وصية ش انه دخل ما ملكه تحت هذا الايجاب بحكم الوصية لا بحكم الايجاب
ودخل ما يملكه باعتبار الايجاب لا بحكم الوصية فلم يكن جمعا بين الحال والاستقبال بسبب واحد
م وانما لا يجوز ذلك ش اى الجمع بين الحال والاستقبال م اذا كان بسبب واحد ش قال الاترازي
صاحب الهداية هو السؤال كما ترى والاولى ان يمنع بان يقال لا نسلم انا جمعنا بينهما لان الحالة المتربصة
ما اريدت باعتبار انها استقبال بل باعتبار انها حال محلية مقصودة في الوصية فلا يرد
هذا السؤال وقال الاكمل ولعل ابا يوسف اراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية

كتبت

نى

ا

الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه
يستلزم التنافي من طرفي كلام واحد اذ كان المراد ايجاب عتق في الحال او كونه ايضا فقط اذا
كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والو
يعتبر فيها الحالة الراهنة والمسطرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت واما ما
بينهما فليس الا اشكل فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اشد ما بنا ولسلم من
الاعتراض والله اعلم ؛ م باب العتق على جعل ؛ ش اي هذا باب
في بيان حكم العتق على جعل والجعل بضم الجيم ما يجعل للانسان من شيء على شيء يفعله وكذلك
الجعيلة والجعالة بفتح الجيم وبه صرح العيني في شرح غريب الحديث ورايت في الصحاح
بكسر الجيم ... في تهذيب ديوان الادب في قوله باب فعالة بكسر الفاء ذكره في
مفتوح الفاء والجعل بالفتح مصدر وبالضم اسم يقال جعلت لك كذا جعلا وجعلا وهو الاجرة
على الشيء فعلا او قولا وانما اخر هذا الباب لان الولاء بالمال غير اصل في باب العتق م ومن اعتق
عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم ش وكذلك
لو قال على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف قوله عتق اي بمجرد قبوله م وانما
يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة
ثبوت الحكم ش اراد به العتق م بقبول العوض في الحال كما في البيع فانه اذا اشترى
بعد ان يقول البائع بعت يقع العقد فاذا قبل صار حرا فان قلت كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا
بشرط اداء الالف حالا او قال ادت الي الفا قلت انما تكون على للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك
في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال م وما شرط دين عليه ش اي الذي
شرط على العبد دين عليه م لانه ش اي لان بدل الكتابة م ثبت مع المنافي وهو قيام الرق ش وكان ثبوته على
خلاف القياس اذ القياس يعني ان لا يستوجب المولى الدين على عبده فلا يثبت بخلاف القياس من ضرورة حصول
الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى فيقتصر على موضع الضرورة ولم تتعد الى الكفالة م على ما عرف ش في
كتاب المكاتب وجواز المولى لا يستوجب على عبده دينا م واطلاق لفظ المال ش يعني في قوله ومن اعتق
عبده على مال م ينتظم انواعه ش اي انواع المال م من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه
ش يعني وان كان الحيوان غير معين بان يكون دينا في الذمة ولكن يريد به النوع فان قال فرس او حمار م
لانه ش اي كان الاعتاق على مال م معاوضة المال بغير المال ش وهو الحرية م فشابه النكاح والطلاق
والصلح عن دم العمد ش وجه المشابهة من حيث ان الحيوان يثبت دينا في الذمة في هذه العقود
فكذا هنا وبه قال مالك واحمد وفيه خلاف الشافعي رحمه الله فانه اعتبره بالبيع والاجارة وقد مر
في النكاح م وكذا الطعام ش اي وكذا يجوز ان يكون الطعام عوضا عن الاعتاق بان قال اعتقتك
على مائة قفيز من حنطة م والمكيل ش بان قال اعتقتك على مائة كيل من الشعير ونحوه مما يكال م
والموزون ش بان قال اعتقتك على مائة من من العسل ونحوه مما يوزن م اذا كان معلوم الجنس هذا
قيد للكل م ولا يضره جهالة الوصف ش فانه لم يذكر الجودة والرداءة والوسطية والحنفية م لانها
يسيرة ش فكانت عفوا فيما كان عوضا عما ليس بمال كالمهر فلم يمنع صحة التسمية وفي التحفة ولو
اعتق على عوض في الذمة بعينه وهو ملك غيره فانه يعتق فان اجاز المالك يستحق عينه وان لم يجز
يجب على العبد قيمة رقبته ولذلك لو اعتق على عوض بغير عينه معلوم الجنس جاز فان كان موصوفا
فعليه تسليمه وان لم يكن موصوفا فعليه الوسط من ذلك فان جاء بالقيمة اجبر المولى على القبول
كما في المهر ولو اعتقه على مجهول الجنس بان قال انت حر على ثوب يعتق ويلزمه قيمة نفسه لان
جهالة الجنس تمنع صحة البدل كما في المهر فلو ادى البدل العوض فاستحق من يد المولى ان كان بغير عينه
في العقد فعلى العبد مثله لانه لم يعجز عن الذي هو موجب العقد وان كان عينا في العقد وهو
عرض او حيوان فانه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع
بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت الجارية او هلكت
قبل التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبد وعنده يرجع بقيمة الجارية وفي الكافي للحاكم

فان اختلفا

فان اختلفا في المال فالقول قول العبد بيانه ما قال في الشامل قال المولى اعتقتك على وصيف
وقال العبد على كر حنطة فالقول للعبد مع يمينه لان العبد لو انكر اصل المال كان القول قوله
فكذلك وصفه والبينة للمولى وقال في الشامل ايضا اختلفا في قدر المال فالقول للمولى والبينة
للعبد لان القول للمولى في اصل الشرط كذلك في صفته قال ولو علق عتقه باداء المال صح ش اي قال
القدوري ولو علق الرجل عتق عبده باداء المال صح التعليق فلا يعتق قبل الاداء ولا يحتاج فيه الى
قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط م وصار
ش اي العبد م ماذونا ش يسعى في التكسب لاداء المال م وذلك ش اي تعليقه باداء المال م مثل ان
يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح ش اي يعني قول القدوري صح م انه ش اي ان
العبد م يعتق عند الاداء ش اي اداء المال المشروط م من غير ان يصير مكاتبا ش يعني لا يثبت له احكام المكاتب
حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من
الكسب ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او ابراه المولى لم يعتق ولو كان
مكاتبا كان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع م لانه ش اي لان قول المولى ان اديت الي الف درهم فانت حر
م صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء ش اي عند اداء المال م على ما نبين ش
اي بعد خطوط عند قوله ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود م وانما صار ماذونا
لانه رغبه في الاكتساب ش لا تقاضي المشترك عند الاختيار م دون التكدي ش لانه بذل المرء
وجهه والتكدي في الاصل لفظ فارسي ومعناه السؤال من الناس ... م فكان ش اي حثه
على اداء المال م اذنا له دلالة ش اي من حيث الدلالة لان مراده التجارة فلا يتمكن من ذلك الا بالاذن
اما صريحا او اما دلالة م وان احضر المال ش اي وان احضر العبد المال المشروط م اجبره الحاكم ش اي
اجبر المولى على قبضه م وعتق العبد ش لانه قام بما شرط عليه م ومعنى الاجبار فيه ش اي في هذا الموضع
وفي سائر الحقوق ش كالثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها م انه ش اي ان المولى ينزل
قابضا بالتخلية ش وهي دفع الموانع وقال الكاكي شرطها ان لو مد يده امكنه قبضه وهو قول الشافعي
لا ان يكون معنى الاجبار في القبض ما هو المفهوم عند الناس وهو ان يكره على القبض بالالزام بالضرب
والحبس م وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين ش وليس المراد اليمين بالله واليمين
بغير الله هو الشرط والجزاء اذ هو ش اي لانه تعليق العتق بالشرط لفظا ش احترازا عن الكتابة فانها
ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي
لعدم الفاظ الشرط م ولهذا ش اي ولاجل ذلك م لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ش ويمكنه
ان يبيعه قبل الاداء م ولا جبر على مباشرة شروط الايمان ش هذا متصل لانه تصرف يمين م لانه لا
استحقاق قبل وجود الشرط ش فصار كالتعليق بدخول الدار م بخلاف الكتابة ش حيث يجبر فيها م لانها
ش اي لان الكتابة م معاوضة والبدل فيها واجب ش فلذلك يجبر م ولنا انه ش اي ان قول الرجل ان
اديت الي الفا فانت حر م تعليق نظرا الى اللفظ ش لان فيه حرف الشرط م ومعاوضة نظرا الى المقصود
ش اي مقصود المولى وهو حصول المال ومقصود العبد وهو حصول الحرية واوضح ذلك بقوله م لانه
ش اي لان المولى م ما علق عتقه بالاداء ش اي باداء المال م الا ليحثه ش اي ليحرضه م على دفع المال
فينال العبد شرف الحرية والمولى ش اي وينال المولى م المال بمقابلته ش اي بمقابلة العتق م بمنزلة
الكتابة ش فانها معاوضة في الاصل ومعنى الشرط تابع ولهذا اذا مات المولى لا ينفسخ الكتابة م و
ش اي ولاجل كون المال بمقابلة العتق معاوضة نظرا الى المقصود م كان ش اي المال م عوضا
في الطلاق في مثل هذا اللفظ ش يعني اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق م حتى كان ش اي الطلاق م بائنا
ش اذا طلقها بهذه الصفة لوقوعه على عوض م فجعلناه ش اي فجعلنا قول المولى ان اديت الي الفا
فانت حر م تعليقا في الابتداء ش اي في اول الامر م عملا باللفظ ش وهو كونه بحرف الشرط م دفعا
للضرر عن المولى ش اي لاجل دفع الضرر عن المولى م حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق
بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء ش اي قبل اداء المال بان قال لامته ان اديت الفا
فانت حرة فولدت ثم ادت المال لم يعتق الولد معها م وجعلناه ش اي القول المذكور م معاوضة

في الاستحسان ش اي في انتها الامر م عند الادا ش اي ادا المال م دفعا للضرر عن العبد ش اي
قبول المال ولو اجبر المولى لا يتضرر به لانه لا يخرج العرض وقد رضي بالعتق باداية حيث علقه فان
قيل لا يمكن جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الادا ملك المولى لانه قبل الادا
عبد وهو وما في يده لمولاه اجيب بانه لما ثبت عند الادا معنى الكتابة ثبت شرط صحته
اقتضا وهو ان يصير العبد احق بالمودى فصحت لهذا اسابقا على الادا متى وجد الادا صار كما اذا
كاتب عبده على نفسه وماله وكان الكسب ما لا قبل الكتابة فانه يصير احق بذلك المال حتى لو ادى
ذلك عتق لهذا اكله صاحب النهاية ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام وقال الاكمل وفيه
نظر من وجهين احدهما ان معنى ثبوت الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثاني ان حصول شرط
صحة الشي عبارة لا يقتضي صحته فضلا عن حصوله اقتضا ولعل الصواب في الجواب ان يقال
لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قايم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح العتق
مال وفيه معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقال الاترازي فان قلت كيف
يصح جعله معاوضة والعوض والمعوض للمولى جميعا قلت هذه معالطة لان المعوض ههنا هو العتق
حصل للعبد لا للمولى فان قلت يرد عليكم الاحكام فيها اذا قال ان اديت الي خمرا فانت حر حيث لا
يجبر على القبول ومنها اذا باع العبد ثم اشتراه ثم جا بالالف لا يجبر على القبول قلت لا يجبر في الخمر لان المسلم
ممنوع منه لكن ان اداها عتق واما الثوب فانه مجهول الجنس واما الحج فالتعليق فيه بشان ادا المال والحج
ولهذا لا يعتق بمجرد الادا ما لم يوجد الحج وليس فيه معنى المعاوضة فلا يصح الجبر ولو قال ان اديت الي الفا
احج بها اجبر على القبول ويعتق العبد وجد الحج او لا لان الحج وقع مشورة لا شرطا واما صح البيع في المسئلة
الاخيرة بطل معنى الكتابة فلا اجبر على القبول م فعلى هذا يدور الفقه ش اي في اعتبار الشبهين يدور
الفقه اي المسائل الفقهية وقال الكاكي ان المعنى الفقهي م وتخرج المسائل ش عطف على قوله يدور
وهو على صيغة المجهول منها الهبة بشرط العوض جعلناها هبة ابتدا حتى لا يفيد الملك قبل القبض
ولا يجبر على تسليمه ويفسد بالشيوع فيما يحتمل القسمة ولا يستحق فيها الشفعة قبل القبض ولا
يرد بالعيب وبعد القبض جعلناه بيعا حتى يستحق بها الشفعة ويردها بالعيب ويترتب عليها احكام
البيع بعد القبض حتى لا يتمكن الواهب من الرجوع م ولو ادى البعض يجبر على القبول ش لانه جزء
من جملة هي عرض عند الادا فصار للبعض حكم الاعراض ايضا للبعض بدل الكتابة وبعض الثمن وفي
شرح الطحاوي ولو اتى العبد بخمسمائة فالقياس ان لا يجبر لانه لا يعتق بقبول هذا وهو قول
ابي يوسف وفي الاستحسان يجبر على القبول كما في المكاتب م الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم
الشرط ش وتنوادا الكلام م كما اذا حط البعض ش يعني اذا حط المولى بعض الالف فيما اذا قال ان
اديت الي الفا فانت حر م وادى الباقي ش اي باقي الالف لا يعتق لعدم الشرط لان الشرط ادا الالف
ولم يوجد كما اذا ادى الدنانير مكان الدراهم وقد نص الحاكم في الكافي على هذا الحكم م ولو ادى
الفا اكتسبها ش العبد م قبل التعليق عتق ورجع المولى عليه ش بالف اخرى مثلها م لاستحقاقها ش
اي لاستحقاق المولى الالف لانه كان يستحقها لان العبد وما في يده لمولاه م ولو كان اكتسبها بعده
ش اي ولو كان العبد اكتسب تلك الالف بعد التعليق م لم يرجع عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه
اي لان العبد ماذون من جهة المولى بالاكتساب والادا منه لكنه ياخذ الباقي لان مال الماذون
في التجارة للمولى بخلاف المكاتب كذا في الشامل وغيره م ثم الادا في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه
تخيير ش يعني تخيير للعبد بين الادا والامتناع عنه بمشيئته وهذا هو ظاهر الرواية وروى بشر عن
ابي يوسف انه لا يقتصر م وفي قوله اذا اديت ش يعني اذا اديت الفا فانت حر م لا يقتصر لان اذا
تستعمل للوقت بمنزلة متى ش والوقت نعم فلا يقتصر على المجلس كما في قوله متى اديت الي الفا فانت حر
لا يقتصر على المجلس م ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت ش اي قبول
العبد بعد موت المولى م لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت ش فيكون نزول ايجاب العتق بعد
الموت والقبول يكون عند نزول الايجاب م فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم ش يكون
القبول غدا لانه وقت نزول الايجاب فاذا قبل بعد الموت هل يعتق ام لا قال في شرح الطحاوي

١٨
لم يعتق بالقبول حتى يعتقه الورثة او الوصي لان الاصل ان كل عتق تاخر وقوعه بعد الموت ولو
بساعة لا يعتق الا بالاعتاق الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي بشهر لا يعتق حتى يعتقه الورثة
بعد شهر م بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم قال ابو حنيفة ليس له حيث يكون القبول اليه في
الحال لانه ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق ش لان المولى لا يستوجب على
عبده دينا صحيحا هذا قول ابي يوسف على ما ذكره صاحب الاجناس عن نوادر بشر بن الوليد اذا قال
انت مدبر على الف درهم قال ابو حنيفة ليس القبول الساعة ولكن بعده فاذا مات المولى وهو في
ملكه وقال قبلت ادا الالف عتق وقال ابو يوسف ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل
بعد ذلك وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد م قالوا ش اي قال المتاخرون من
مشايخنا م لا يعتق في مسئلة الكتاب ش اي في مسئلة الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على
الف درهم م وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة ش قال التمرتاشي او الوصي فان امتنعوا فالقاضي م
لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح ش اي قول المشايخ صحيح انه لا يعتق ما لم يعتقه الورثة بنا على انه
ايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف
التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو
قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا اي
ش قول المشايخ صحيح انه لا يعتق ما لم يعتقه وقال الاترازي ولنا فيه نظر قد بيناه وهو قوله فيما
تقدم فاذا قبل بعد الموت ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل مضافا الى المحل وان كان الميت
ليس باهل للاعتاق الا ترى ان الايجاب نزل معتبرا بعد الموت حكما لكلام صدر من الاهل وان كان الميت
في ذلك الوقت ليس باهل للايجاب ولهذا ترتب القبول عليه وايضا ان القبول لا يعتبر حال الحياة
فاذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة الا باعتاق واحد منهم اي من الورثة او الوصي لا يكون معتبرا بعد الوفاة
ايضا فلا يبقى فايدة لقوله فالقبول بعد الموت م قال ومن اعتق عبده ش اي قال محمد في الجامع الصغير
ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات ش اي المولى او العبد كما بين في اخر
المسئلة م من ساعته ش اي ساعة القبول م فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع سنين ش هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة اخرا وقوله الاول
كقول محمد كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقول زفر والشافعي كقول محمد وحد
البيت المعروفة بين الناس كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشرح المسئلة ما قال في شرح الطحاوي
لو قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لان شرط
الخدمة للمولى وقد مات المولى فعند ابي حنيفة وابي يوسف عليه قيمة نفسه وعند محمد عليه قيمة
خدمته اربع سنين ولو كان خدم سنة ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة ارباع قيمته وعلى قول محمد عليه
قيمة خدمته ثلاث سنين ولذلك لو مات العبد وترك مالا يقضي من ماله قيمة نفسه لمولاه عند هما
وعند محمد يقضي بقيمة الخدمة وقال في الشامل فان مات المولى فلورثته قيمة نفسه الا قدر قيمة ما خدم
عندهما وعند محمد قيمة ما بقي وكذلك ان مات العبد اخذ من تركته م اما العتق ش فللتفصيل لانه ذكر
اولا شيين العتق ووجوب القيمة لكن هي قيمة النفس عندهما وعند محمد قيمة الخدمة فقال بعد ذلك
اما العتق م فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا ش اي عن العتق م فيتعلق العتق بالقبول ش
اي بقبوله في المجلس قبل تسليم الخدمة لان المولى جعل الاعتاق على الخدمة فكان معاوضة وقضية
المعاوضة ثبوت الحكم بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع وقال الاترازي بعد قوله اما العتق
للتفصيل كما ذكرنا ولكن ينبغي في المصنف ان يقول واما وجوب قيمة النفس عندهما فلاجل كذا
واما وجوب قيمة الخدمة عند محمد فلاجل كذا فلم يوف ما هو حق الكلام انتهى قلت الذي
بني عليه من الكلام علم مما ذكره في اثنا الكلام فاقتصر على ذكر اما مرة اكتفا بما علم من اثنا كلامه
م وقد وجد ش اي القبول م ولزمه خدمته ش اي ولزم العبد خدمة المولى م اربع سنين لانه
يصلح عوضا ش اي لان الخدمة على الوجه المذكور وانما يصلح عوضا لان المنفعة اخذت حكم المالية
بالعقد ولهذا اصلح مهرا م وصار ش اي الاعتاق في الخدمة اذا مات العبد بعد القبول م كما اذا اعتقه

على الف درهم ثم مات العبد بعد القبول لان الخدمة يصلح عوضا عن الاعتاق كالالف فيعتق في الفور
بالقبول م ثم اذا مات العبد فالخلافية س اي فالمسئلة الخلافية في الاعتاق على الخدمة في المدة المعلومة
م بناء على خلافية اخرى وهي س اي صورة المسئلة الاخرى م ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها
س فقبل العبد وعتق م ثم استحقت الجارية او هلكت س قبل التسليم م يرجع المولى على العبد بقيمة
نفسه عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف م وبقيمة الجارية س اي يرجع بقيمة الجارية عند[ه]
س اي عند محمد م وهي س اي مسئلة بيع نفس العبد منه بجارية اذا استحقت م معروفة س لنا
طريقة الخلاف وهناك موضع بيانها وماخذ عنا لنا م وجه البناء س اي بناء هذه الخلافية على
هذه الخلافية م انه س اي ان الشان م كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر
الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها س اي نظير صار الاعتاق على
الخدمة اذا مات العبد او المولى نظير الخلافية الاخرى في ان الواجب عند محمد قيمة الخدمة وعندهما
الواجب قيمة العبد م ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها س وفي بعض النسخ
الجامع الصغير ذكر لفظ على قبل قوله على ان تزوجنيها وفي البعض لم يذكر لفظ على والوجوب
مستفاد على الحالين لكن ذكر على ادل على المراد م ففعل س اي المامور وفعل ما قاله الرجل م فابت
س اي الامة م ان تتزوجه س اي ان تتزوج الامر م فالعتق جائز ولا شيء على الامر لان من قال لغيره
اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المامور م بخلاف ما اذا قال لغيره
طلق امراتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الامر لان اشتراط البدل على الاجنبي
في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز س والفرق ان اشتراط البدل من الخلع على المراة مشروع من غير
ان يسلم لها شيء لان الخلع اسقاط محض فلما جاز على المراة من غير سلامة شيء لها جاز على الاجنبي كذلك
بخلاف الاعتاق فان فيه معنى الاثبات وان كان يسوا ازالة الملك لان به يحصل للعبد قوة حكمية لم
يكن ثابتة قبل الاعتاق فكان في معنى المعاوضة واشتراط العوض لا يجوز على غير من يسلم له المعوض
فلا يجب على الاجنبي شيء لانه لم يسلم له شيء بهذا الضمان كذا ذكر شمس الائمة ان المراة لا تجبر على تزوج
نفسها منه بعد العتاق لانها صارت حرة مالكة امر نفسها بمنزلة من اعتق امته على ان تزوج
منه فقبلت ثم ابت بعد العتاق لا تجبر على ذلك م وقد قررناه من قبل س اي في باب الخلع في مسئلة
خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة في بدل العتق على الاجنبي صحيح نعلم الاب ولي م ولو
قال اعتق امتك على الف درهم والمسئلة بحالها س اي قال على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تزوجه م
قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب مهر المثل بطل عنه س
اي عن الامر م لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء س فكانه قال بع امتك مني ثم اعتقها م على ما عرف
س اي في اصول الفقه م واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء س اي من حيث الشراء م وبا
س اي وقابله بالبضع م نكاحا س اي من حيث النكاح م فانقسم عليهما س اي على الرقبة والبضع م
ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة س لانها سلمت له حيث وقع العتق منه م وبطل عنه ما لم
يسلم وهو البضع س حيث لم تزوجه م فلو زوجت نفسها منه لم يذكره س يعني في الجامع الصغير م وجوابه
ان ما اصاب قيمتها سقط من الوجه الاول م وهو ما اذا لم يقل عني وانما سقط حصة القيمة لعدم دخوله في
الضمان م وهي للمولى في الوجه الثاني س اي حصة القيمة للمولى م في الوجه الثاني س وهو ما اذا قال عني
وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين س اي فيما اذا قال عني او لم يقل وقال التمرتاشي رحمه الله
فان تزوجت فلها مهرها ولا يكون عتقها مهرا لانه ليس بمال وعن ابي يوسف انه جعل العتق مهرا
لانه عليه السلام اعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها مهرها قلنا انه عليه السلام مخصوص بالنكاح
بغير مهر فان ابت تعطيه قيمتها لان الشرط فات وكذا لو اعتقت عبدا على ان يتزوجها فان فعل فلها مهرها
وان ابى تعطيه قيمته والله اعلم ومنه التوفيق

م باب التدبير

س اي هذا باب في بيان حكم التدبير ولما فرغ عن الاعتاق المطلق عن القيد شرع في الاعتاق المقيد
وهو التدبير او المولف بمنزلة المقيد والمطلق بمنزلة المفرد والمركب بعد المفرد لا محالة وقال
الاتراري لما فرغ عن العتق الواقع في حالة الحياة شرع في العتق الواقع بعد الموت لان الموت يتلو الحياة

والتدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الامر وكان المولى لما نظر في عاقبة امره وامر عاقبته اخرج عبده
الى الحرية بعده س وفي الشرع هو العتق الواقع عن دبر من الانسان م اذا قال المولى لمملوكه اذا مت
فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح
في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر س وفي الايضاح والتحفة والينابيع الفاظه ثلاثة انواع احدها
الصريح كقوله دبرتك او انت مدبر او انت حر عن دبر مني وكذا حررتك او اعتقتك او انت محرر او
عتيق او معتق بعد موتي يصير مدبرا والثاني بلفظ اليمين مثل قوله ان مت او ان حدث في حادث
والمراد بالحادث الموت عادة فانت حر ولهذا اذا قال مع موتي او في موتي وروى هشام عن محمد
في قوله انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا للحال وكذا لو قال اعتقتك بعد موتي او حر رقبتك
والثالث بلفظ الوصية بان قال اوصيت لك برقبتك او اوصيت لك بعتقك او بنفسك فالكل
سواء ولذا لو قال اوصيت بثلث مالي فيه حاصل رقبته فيه لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له
ثلث رقبته م ثم لا يجوز بيعه س اي بيع المدبر م ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في
الكتابة س حيث لا يجوز بيع المكاتب ولا هبته ولا يجوز اخراجه عن ملكه الا بالحرية وبقولنا قال
عامة العلماء والسلف من الحجازيين والشاميين والكوفيين وهو مروي عن عمر وعثمان وابن مسعود
وزيد بن ثابت وبه قال شريح وقتادة والثوري والاوزاعي وهو مذهب مالك في الموطا م وقال
الشافعي رحمه الله يجوز س اي بيعه وبه قال احمد وداود وكذا هبته وصدقته وغيرها ولا يباع
في الدين عند الجمهور وعند مالك يباع في الدين حال حيوة سيده وبعد موته م لانه س اي لان
التدبير م تعليق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات س اي كما يجوز البيع في
سائر التعليقات قبل وجود الشرط فكذا في هذا التعليق م وكما في المدبر س اي وكما يجوز بيع المدبر
المقيد فانه يجوز بالاتفاق م ولان التدبير وصيته س بالعتق ولهذا انه يعتبر من الثلث م وهي غير
مانعة من ذلك س اي الوصية غير مانع من البيع والهبة وغيرهما لان الوصايا ليست بلازمة ولهذا
يجوز الرجوع عنها صريحا ودلالة فكذا هذه الوصية م ولنا قوله عليه السلام س اي قول النبي صلى الله
عليه وسلم م المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث س هذا الحديث اخرجه الدارقطني
ولا يورث من رواية عبيدة بن حسان عن ايوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال قال الدارقطني لم
يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف وانما هو عن ابن عمر من قوله وقال الاتراري ولنا ما ذكر
محمد بن الحسن في الاصل حدثنا ابو جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع خدمة المدبر ولم يبع
رقبته يعني اجر المدبر وروى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن عمر المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر
من الثلث وقال الاتراري ايضا وجه قول الشافعي رحمه الله ما روى جابر في صحيح البخاري قال اعتق
رجل منا عبدا له عن دبر فدعى النبي صلى الله عليه وسلم به فباعه قال جابر مات الغلام عام اول قال
في السنن اشتراه نعيم بن عبد الله بن النحام بثمان مائة درهم وفي بعض الروايات بسبع او بتسع مائة وقال في
الجامع الترمذي كان عبدا قبطيا مات في امارة ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم قال الاتراري وما رواه الشافعي رحمه الله محمول على المدبر المقيد او على ابتداء الاسلام حين كان يباع الحر
او على بيع الخدمة لا الرقبة توفيقا بين حديثنا وحديثه ولان من قبل الشافعي قد اجمعوا على عدم
جواز بيعه مع ابي حنيفة وسفيان ومالك والاوزاعي ثم لما نشا الشافعي بعدهم جوزه فصار هذا
منه خرقا للاجماع فلا يجوز انتهى كلامه قلت في كلامه نظر في موضعين الاول قوله توفيقا
بين حديثنا وحديثه فكيف يوفق بينهما وحديثه صحيح وحديثنا لم يبلغ الى الصحة والثاني ان قوله
فصار منه خرقا للاجماع غير مسلم لان الشافعي رحمه الله لم يتفرد به وهو مذهب جابر وعطاء ووافقه
احمد واسحق وداود م ولانه س اي ولان التدبير م سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت س
بالاجماع م ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت س
لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين ان يكون سببا في الحال ولا يقال انه موجود حكما اذا امكن
وجوده حقيقة ولا امكان لوجوده حقيقة بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميت

قلت صححه ابن الهمام موفقا وراجحه

وقال الاترازي وما قاله صاحب الهداية قبيل باب العتق احد العبدين بقوله وفي المدبر ينعقد
السبب بعد الموت فذاك منه يناقض لا محالة وقلنا لا تحمل كلامه ذلك هنالك على غير الاول
فيندفع التناقض او يكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت
او اختار جوازه بالاجتهاد م ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير
السببية الى زمان بطلان الاهلية ش ولا يتصور انعقاد السبب من غير الاهل م بخلاف سائر
التعليقات ش هذا جواب عما يقال في التدبير تعليق وليس في التعليق شيء من السبب بانما
في الحال وانما يكون عند الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات فاجاب بقوله بخلاف
سائر التعليقات قال الكاكي هو متعلق بقوله حال بطلان اهلية التصرف واهلية التصرف
باقية في سائر التعليقات عند وجود الشرط اما هاهنا لا يبقى اهل التصرف بعد موته ولو لم
يجعل سببا في الحال لغى كلامه من كل وجه فان قيل وجود اهلية المعلق حال وجود الشرط
ليس بشرط لما مر انه لو علق الطلاق او العتاق ثم جن ثم وجد الشرط وهو مجنون يقعان فكان
التدبير بمنزلة سائر التعليقات قلنا الاهلية فيما نحن فيه يبطل من كل وجه وفي المجنون من وجه
فانه اهل للملك وزواله ولا يكون اهلا لايقاع الطلاق والعتاق الا ترى ان الولي لو زوجه
امراة يصح النكاح ولو باشر هو بنفسه اسباب حرمة المصاهرة ثبت حرمة المصاهرة ولو ارتد
ابواه ولحقا بدار الحرب يثبت الحرمة بينه وبين منكوحته وفي الموت يبطل الاهلية من كل
وجه الا ترى ان نفس التعليق يبطل بالموت ولا يبطل بالجنون فعلى هذا لا يلزم في عدم اشتراط
تلك الاهلية عدم اشتراط مثل هذه الاهلية م لان المانع من السبب قائم ش يعني موجود م قبل
الشرط ش لانه العقد تصرفا اخر في الحال م لانه يمين ش يعني لانه تصير يمينا م واليمين مانع
عن مباشرة الشرط والمانع من الشرط مانع من الحكم المعلق بالشرط والمانع من الحكم لا يكون سببا
للحكم م والمنع هو المقصود ش اي المنع عن تحقق الشرط هو المقصود م وانه ش اي وان المنع م يضاد
وقوع الطلاق والعتاق ش اي المانع لوقوعهما فيضاد وقوعهما فلا يكون التعليق سببا في الحال م
وامكن تأخير السببية ش هذا فرق اخر بين التدبير وسائر التعليقات يعني امكن تأخير السببية
م الى زمان الشرط ش اي الى زمان وجود الشرط م لقيام الاهلية عنده فافترقا ش اي افترق
التدبير المطلق وسائر التعليقات م ولانه ش اي ولان التدبير م وصية ش هذا فرق اخر بين
التدبير وسائر التعليقات م والوصية خلافة في الحال ش لان الموصى يجعل الموصى له خلفا في بعض
ماله بعد الموت م كالوراثة ش بانها سبب الخلافة في الحال م واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا
قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز ولجاز البيع لان الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون
رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم يكن على وجه التعليق
لان الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل
وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا
لا يقبل ذلك م وابطال السبب لا يجوز ش تتميم الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية م وفي
البيع وما يضاهيه ش اي وما يشابهه مثل الهبة والامهار والصدقة م ذلك ش اشارة الى ابطال
السبب اي سبب العتق وهو التدبير فلا يجوز م قال ش اي القدوري م وللمولى ان يستخدمه
وهو اجره ش لان التدبير المطلق لا يزيل الملك في الحال م وان كانت امة يحل له وطؤها وله ان يزوجها
لان الملك فيه ثابت له ش اي للمولى م وبه ش اي وبالملك م تستفاد ولاية هذه التصرفات ش
اشارة الى الاستخدام والاجارة والوطء والتزويج م فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله ش
وقال ابن مسعود ومسروق ومجاهد وسعيد بن جبير يعتق من راس المال وبه قال زفر والليث
ابن سعد م لما روينا ش اشارة الى حديث ابن عمر رضي الله عنهما م ولان التدبير وصية لانه تبرع
مضاف الى وقت الموت والحكم ش وهو العتق م غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له
مال غيره ش اي غير المدبر م سعى في ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين
على الوصية ولا يمكن نقض العتق ش يعني فيتخذ م فيجب رد قيمته ش التي سلمت له م وولد المدبر

مدبر ش هذا لفظ القدوري في مختصره وعامة النسخ ممنا بالنا سد في المضاف اليه وهو الصواب
وفي بعض النسخ بالتذكير قال الاترازي وليس بصحيح لان ولد العبد المدبر لا يخلو اما ان كان في امة او
حرة فان كان من امة يكون رقيقا للمولى ولا يكون مدبرا اصلا وان كان من حرة يكون حرا بلا شك اما اذا
كان الولد من امة مدبرة فانه يكون مدبرا تبعا لامه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد
ولهذا صرح في الشامل بالتانيث وقال وولد المدبرة بمنزلتها لما روي عن عثمان وزيد بن ثابت وابن عمر
رضي الله عنهم ان ولد المدبرة مدبر وكذلك في الفتاوى الولوالجي حيث قال وولد المدبرة
بمنزلتها كولد الحرة وهذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يدخل الولد في تدبيرها م وعلى
ذلك ش اي على كون ولد المدبرة مدبرا م نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وذلك لانه روي
ان الخصوم الى عثمان رضي الله عنه في اولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبيد
وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف م وان علق التدبير
بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر
م ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة ش لانه ربما يرجع من
ذلك السفر ويبرا من ذلك المرض م بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الوقت وهو كائن
لا محالة ش تحقيقه هذا ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت ان
صفة كونه يمينا يمنع عن السببية واما اذا كان امرا كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليمين
فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت ينعقد فان انعقد بعد
الموت فليس بحال اهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه يتوقف
م فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه ش في معنى قول القدوري
عتق م من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه
فلهذا ش اوضاح كثبوت الحكم في اخر جزء من اجزاء حياته م تعتبر من الثلث ومن المقيد ش
اي ومن جملة التدبير المقيد م ان يقول ان مت الى سنة ش فانت حر م او عشر سنين ش اي او
قال ان مت الى عشر سنين فانت حر م لما ذكرنا ش اي للتردد في الصفة م بخلاف ما اذا قال الى
مائة سنة ش يعني اذا قال ان مت الى مائة سنة فانت حر م ومثله لا يعيش اليه ش اي الى ذلك
الوقت م في الغالب ش يكون مدبرا م لانه كالكائن لا محالة ش وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن
ابي حنيفة في المنتقى وبه قال مالك وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله لو ان رجلا قال لعبده انت
حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن بن زياد
لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت حر م والله اعلم

باب الاستيلاد

ش اي هذا باب في بيان حكم الاستيلاد
وهو طلب الولد لغة وام الولد من الاسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا وفي
الشرع ام الولد كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها او مالك لبعضها وذلك لان الاستيلاد
تابع لثبات النسب فاذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد والا فلا ولما فرغ عن بيان التدبير
شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لما بينهما من حيث ان كل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها
م اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ش خلافا لبشر بن غياث
وداود ومن تابعه من الظاهرية واحتجوا بما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه من حديث
جابر بن عبد الله انه قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما
كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتهينا وذكر ابن حزم في المحلى ان بيعها مروي عن ابي بكر الصديق
وعلي وابن عباس وابن مسعود وابن الزبير وزيد بن ثابت وعن عمر انها ان عفت واسلمت عتقت
وان فجرت وكفرت رقت وروي مثله عن عمر بن عبد العزيز واجاب اصحابنا بان عمر
رضي الله عنه لما نهى عن ذلك اجمعوا عليه واحتجوا ايضا بما روي عن ابن عباس قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه رواه
احمد وابن ماجه وهو حديث مشهور تلقته الامة بالقبول وقال عليه السلام في مارية

القبطية ام ابرهيم حين قيل له الا تعتقها قال عليه السلام اعتقها ولدها رواه ابن ماجه
والدارقطني وقال الخطابي قد ثبت انه عليه السلام قال انا معاشر الانبياء لا نورث
ما تركناه صدقة فلو كانت مارية مالا لبيعت وصار ثمنها صدقة م ولا تمليكها
لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م اعتقها ولدها ش قاله
في مارية القبطية وقد مر الان م اخبر عن اعتاقها ش اي اخبر النبي صلى الله عليه وسلم
عن اعتاقها اي اعتاق مارية م فيثبت بعض مواجبه وهو ش اي بعض مواجب قوله عليه
السلام م حرمة البيع ش اي بيعها لان الحديث وارد على تحرير الجزء لكن عارضه ما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو المذكور انفا فعملنا بهما جميعا وشغلنا البيع بالحديث الاول
والتحرير بالحديث الثاني لا يقال تحليل البيع معلومة فيها بيقين ولا ترفع الا بيقين
مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد
انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعها م ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة
بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن المميز بينهما ش اي التمييز بين المائين
على ما عرف في حرمة المصاهرة ش وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وتمليكه حرام م الا
بعد الانفصال ش جواب عما يقال لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان
الجزئية موجبة وتسليم فاجاب بقوله الا بعد الانفصال م بمعنى الجزئية حكما
لا حقيقة فضعف السبب ش يعني سبب العتق وهو الجزئية شبهة م فاوجب حكما مؤجلا
الى ما بعد الموت ش ولم يثبت في الحال ولم يجوز بيعها في الحال وان ثبت العتق في الحال
لانها استحقت الحرية فلو جاز بيعها لبطل استحقاقها م وبقاء الجزئية حكما ش هذا ايضا
جواب عما يقال لو كانت الجزئية حكما يعتق من ملكته ابواه التي ولدت منه بعد موتها
ولغيره كذلك فاجاب بقوله وبقاء الجزئية حكما ش اي من حيث الحكم م باعتبار النسب
وهو ش اي النسب م من جانب الرجال ش اي النسب الى الاباء لا الى الامهات م فكذا
الحرية في حقهم اي في حق الرجال م لا في حقهن ش اي في الامهات قوله فكذا الحرية
الرواية بالحاء المهملة وهذا بمعنى لما تقدم فكذا ذكر بالفاء يعني ان الحرمة لما كانت لعلة
العتق اسم ان الحرية وثبت في حقهم لا في حقهن م حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد
ولدت منه لم يعتق ش اي الزوج م بموتها ش اي بموت الحرة م وبثبوت عتق مؤجل يثبت
حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها الى الحرية في الحال ويوجب عتقها
بعد موته ش اي بموت المولى م وكذا اذا كان بعضها مملوكا له ش يعني اذا كانت جارية مشتركة
بين اثنين فاستولدها احدهما يكون كلها جارية ام ولد له م لان الاستيلاد لا يتجزى فانه
نوع النسب فيعتبر باصله ش وهو النسب فالنسب لا يتجزى فكذلك فرعه وهو الاستيلاد
فيما يمكن نقل الملك فيه وهذا احتراز عما قال في باب العتق بعضه بقوله والاستيلاد
يتجزى عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة تقتصر عليه لان نصيب الشريك انتقال
الاستيلاد على نصيب المستولد قال الاترازي فمعنى قولنا الاستيلاد لا يتجزى اي لا
يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه والمدبرة ليست محلا له لانتقال من مالك الى مالك فلا يتناقض
ما قال هنا وما قال ثمة م قال ش اي القدوري م وله وطؤها ش اي وللمولى وطء ام
ولده م واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ش ولكن
يزوجها قبل ان يستبريها لاحتمال شغل الرحم بمائه فحيث احتمال ذلك يمنع جواز
النكاح كما في المعتدة اجيب بان حلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وبعده
الشك في زوالها فلا يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا
تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة م ولا يثبت نسب ولدها ش
اي نسب ولد الامة م الا ان يعترف به ش اي الا ان يعترف المولى وان اعترف به المولى
بوطئها وبه قال الثوري والشعبي والحسن البصري وهو مروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل

وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع ش وبه قال مالك واحمد فانه يثبت نسبه منه اذا
اقر بوطئها وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد الوطء بحيضة وهو ضعيف لانهم زعموا
انها بالوطء صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبراها ولو وطئها في دبرها يلزمه
الولد عند مالك ومثله عن احمد وهو وجه للشافعية وضعفوه وروى الطحاوي باسناده عن
عكرمة عن ابن عباس انه كان يأتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد
وعن عمر رضي الله عنه انه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال عمر ممن هو فقال من راعي
الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلزمه وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه كان يطأ جارية فارسية
ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت قالت منك فقال كذبت
ما وصل اليك مما يكون الحمل منه ولم يلزمه مع اعترافه بوطئها م وجه قولهم لانه لما ثبت النسب
بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ش اي والحال انه ان الوطء اكثر افضاء الى الولد
من العقد م ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه ش اي عن طلب
الولد والمانع سقوط التقوم عنها عند ابي حنيفة لان ام الولد ليست بمتقومة عنده ونقصان
القيمة عند صاحبيه لان قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطء وزوال منفعة السعاية والبيع
م فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة م بخلاف
العقد ش اي عقد النكاح م لان الولد يتعين مقصودا منه ش اي من العقد يعني ان الولد هو المقصود
من العقد في المنكوحة لا انقطاع النسب باعتبار الحرية او ما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له
في ذلك لانا نقول لو كان كذلك لما ثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية
والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطء الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها م فان جاءت
بعد ذلك بولد يثبت نسبه منه بغير اقرار ش هذا لفظ القدوري وقال المصنف م معناه ش اي معنى
كلام القدوري م بعد اعتراف منه ش اي من المولى م بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد
مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة م اي كالمنكوحة لما صارت فراشا لم يحتج الى الدعوة
في ثبوت النسب م الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله ش اي ينتفي النسب منه بمجرد النفي من غير لعان م لان
فراشها ش اي فراش ام الولد م ضعيف حتى يملك نقله ش اي حتى يملك المولى نقل فراشها م بالتزويج بخلاف
المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد فراشها حتى لا يملك ابطاله بالتزويج ش والحاصل ان الفراش
ثلاثة قوي كفراش المنكوحة يثبت نسب ولدها من غير دعوى لا ينتفي الا باللعان ووسط كفراش
ام الولد يثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بغير لعان وضعيف كفراش الامة لا يثبت نسب
نسب ولدها الا بالدعوة وينتفي بغير لعان واشبه فراش ام الولد فراش المنكوحة من وجه من حيث
ان نسب ولدها يثبت من غير دعوة فصار فيه قوة وفراش الامة من وجه حيث انتفى نسب
ولدها بمجرد النفي فصار فيه ضعف فكان وسطا م وهذا الذي ذكرناه حكم ش اي هذا الذي ذكر
من مختصر القدوري في قوله ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به بيان الحكم والقضاء يعني لا
يثبت نسب ولد الامة من المولى قبل الاعتراف قضاء م فاما الديانة ش فيما بينه وبين الله عز وجل
م فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي ش اي الولد م لان الظاهر ان الولد
منه وان عزل عنها او لم يحصنها ش المراد من التحصين ان يمنعها من الخروج والبروز عن مظان
الريبة والعزل ان يطأها ولا ينزل في موضع الجماع م جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر ش في كون
الولد منه عند التحصين وعدم العزل م يقابله ظاهر آخر ش اي يعارضه ظاهر آخر فيتعارض الظاهران
فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال فجاز نفيه
م هكذا ش اي لزوم الدعوة في الصورة الاولى وجواز النفي في الصورة الثانية م روي عن ابي حنيفة
وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ش وفي بعض النسخ اخريان وهو الصحيح وقال الاترازي
وقال بعضهم في شرحه والاصح اخراوان قلت اراد به الكاكي فانه قال هكذا ثبت الاترازي وذلك
ليس بشيء فاحراوان من اطالة الكلام فيه فلا يحتاج الى ذكره لان من له يد في موضع هذا يعرفه
ومن لا يد له فلا نفهمه وقال الكاكي ايضا قوله عن ابي يوسف ومحمد في بعض النسخ مكان عن

ابي يوسف روايه واحده وعن محمد كذلك وتلك الروايتان بلفظ الوجوب كذا في المبسوط وقال الاتراري قال بعض الشارحين اي عن ابي يوسف روايه واحده وعن محمد كذلك روايه واحده وهو قابل لما عن قلت هذا ايضا كلام الكاكي ثم قال الاتراري لنا نظر في اعادة عن لانك اذا قلت اخذ من عمر وبلا تكرار عن لا يفهم ان الدرهمين اخذا عن زيد والا درهمين الاخرين اخذا عن عمر بل المفهوم ان الدرهمين بعضهما حصل من زيد والبعض الباقي من عمرو وكذا فيما نحن فيه بعض الروايتين عن ابي يوسف وبعضها الاخريان عن محمد فيكون كل منهما روايه واحده فلا حاجة الى تكرار عن بل تكرار عن توهم ان الروايتين عن ابي يوسف وروايتان اخريان عن محمد وليس كذلك م ذكرنا س اي الروايتين في نهاية المنتهى فانه صنفه قبل الهداية وهو عن روذ لو الروايتين في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطيها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سوا عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها حسنا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وعن محمد قال لا ينبغي ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب الغير منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وذكر في الايضاح هاتين الروايتين بلفظ الاستحباب فقال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احب ان يعتق الولد الى اخره م فان زوجها المولى من رجل فجاءت بولد فهو في حكم امه س قال الحاكم في الكافي فالولد بمنزلة الام يعني اذا مات المولى يعتقان من جميع المال م لان حق الحرية يسري الى الولد س لان الولد جزء الام فيحدث وصفها م كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة قن والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له س وفراشها من المولى بطل بفراش الزوج لان فراش النكاح اقوى حتى اذا ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لان النسب ثابت من غيره فلا يثبت من المولى بعد ان يثبت من الزوج ويعتق ولدها بدعوة المولى والام يثبت النسب منه لاقراره بالحرية س وان كان النكاح فاسدا س واصل بما قبله م اذ الفاسد س اي لان النكاح الفاسد ملحق بالصحيح س اي بالنكاح الصحيح م في حق الاحكام س مثل ثبوت النسب ووجوب المهر والعدة لكن بعد الدخول لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول لكونه واجب الرفع فاذا دخل بها يكون له شبهة الصحيح ملحق به في حق الاحكام وقال الاتراري قال بعضهم في شرحه ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية قوله ثبوت النسب مسلم واما قوله وعدم جواز البيع والوصية فلا تعلق بالنكاح اصلا لا الصحيح ولا بالفاسد فلا ادري ان كان قائل هذا الشارح وقت الشرح انتهى قلت اراد بالبعض الاكمل فانه قال في شرحه ومن الاحكام ثبوت النسب الى اخره وهذا يدل على ان شرح الاكمل قبل شرح الاتراري لانه ذكر في الجزء الرابع من شرحه انه فرغ منه في سنة خمس وثلاثين وسبعمائة وكان قدوم الاكمل القاهرة في سنة ثلاثين وسبعمائة وكان قدوم الاتراري القاهرة بعد ذلك بمدة م ولو ادعاه المولى س اي لو ادعى المولى الولد الذي ولد من الزوج بعد ان زوجها فولدت م لا يثبت نسبه منه س اي نسب الولد من المولى لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره س اي فيما اذا كانت قنة اما لو كانت ام ولد فامومية الولد ثابتة قبل الدعوة فان قيل كيف يثبت امومية الولد بدون ثبوت النسب وامية الولد ههنا مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد بخلاف ابتداء الاقرار بالاستيلاد فان ذلك مبني على دعوة الولد قلنا مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الا وان كان في شيء اخر لم يثبت ذلك الشيء م واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد ولا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث س هذا حديث غريب واخرج الدارقطني في سننه عن عبد الرحمن الافريقي عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله عنه اعتق امهات الاولاد وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم واخرج الدارقطني ايضا عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة م ولان الحاجة الى الولد

اصلية س اذا ان الولد من الحوائج الاصلية لان المرء محتاج الى ابقاء النسل م فيقدم على حق الورثة والدين كالتكفين س فان التكفين مقدم على الدين والورثة م بخلاف التدبير س اي الاستيلاد بخلاف التدبير ولهذا لا يقدم المدبر على حق الورثة والدين لكونه من زوائد الحوائج م لانه س اي لان التدبير م وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها س اي على ام الولد م في دين المولى للغرما لما روينا س قال الكاكي اشارة الى قوله عليه السلام اعتقها ولدها وقال الاتراري اشارة الى حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين وفي بعض نسخ الهداية ولا يسعين في دين م ولانها س اي ولان ام الولد م ليست بمال متقوم س لانها لا تحرز احراز الاموال م حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة س يعني اذا غصب رجل ام الولد فماتت ميتة نفسها عند الغاصب لم يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما واما المدبر اذا مات عند الغاصب فهو ضامن لقيمته بالاتفاق لان المدبر متقوم بالاجماع وفي تحفة الفقهاء ام الولد لا تضمن عند ابي حنيفة بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما لم يضمن المعتق لشريكه ولم تسع ايضا في شيء وقال ابو يوسف ومحمد تضمن في ذلك كله م فلا يتعلق بها حق الغرما كالقصاص س اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون ان ياخذوا من عليه القصاص بدياتهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه من القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى ياخذوا بمقابلته شيئا متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرما على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر الغرما على منع المديون عن العفو بخلاف المدبر لانه مال متقوم س بالاجماع وقد ذكرناه عن قريب م واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية س قال الجوهري سعى المكاتب في عتق رقبته سعاية م وقال زفر تعتق في الحالين س يعني قبل السعاية وبعدها وفي الكرابيسي تعتق في الحال وبه قال مالك والظاهرية الا انه لم ير السعاية عند حماد عند زفر بالسعاية وقال الشافعي واحمد في المشهور يمنع الذمي من وطئها والاستمتاع بها ويحال بينهما ولا يمكن من الخلوة بها واجبر نفقتها فان اسلم حلت له وان مات قبل اسلامه او بعده عتقت بموته وعن احمد في روايه تستسعى في قيمتها فاذا ادت عتقت م والسعاية دين عليها س اي على ام الولد المذكورة م وهذا الخلاف س يعني الذي بيننا وبين زفر م فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى س اي امتنع عن الاسلام م فان اسلم تبقى س اي ام الولد المذكورة م على حالها س اي لزوم ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع س لان ام الولد لا يجوز بيعها م فتعين الاعتاق س لازالة الذل م ولنا ان النظر من الجانبين س اي جانب ام الولد وجانب النصراني م في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر س اي ويندفع الضرر عن الذمي م لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو عتقت وهي مفلسة تتوانى س اي تتكاسل م في الكسب س حاصل الكلام انه لا يجوز ان يبطل ملك النصراني مجانا لانه معصوم فوجب عليها السعاية فلا تعتق ما لم تود قيمتها لانها اذا عتقت سعت بعد ذلك كما هو مذهب زفر يؤدي الى تعطيل حق المولى لتوانيها في الكسب حينئذ لحصول الحرية قبل السعاية وقلنا تسعى ثم تعتق نظرا للجانبين لانها اذا سعت تصل الى شرف الحرية وهي حرة يدا حال السعاية ويصل المولى الى بدل ملكه م ومالية ام الولد س جواب عما يقال كيف تسعى ام ولد النصراني والسعاية في القيمة دليل التقوم وام الولد ليست بمتقومة عند ابي حنيفة فاجاب بقوله ومالية ام الولد م يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده س اي يترك الذمي مع ما يعتقده والواو بمعنى مع لقوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون م ولانها س اي ولان مالية ام الولد ان لم يكن متقومة فهي محترمة م وهذا س اي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان هذا جواب اخر عن السؤال المذكور واعترض عليه بان الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد واجيب بان مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفا تقومها وبين ما يضمنه من المال المتقوم م كما في القصاص المشترك س يعني اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة م اذا عفى احد الاولياء يجب المال للباقين س وان لم يكن القصاص

مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون موجبا للضمان لا جنبا س بصب الاحرين عليه بعفو
احدهم ولو مات مولاها س اى مولى ام ولد النصرانى وهو النصرانى م عتقت بلا سعاية لانها ام
ولد س وليس عليها سعاية م ولو عجزت فى حق تد لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت بكتابته القيام
الموجب س اى الموجب للكتابة وهو اسلام ام الولد م ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام
ولد له س اى شرعا لانها كانت ام ولد له حقيقة م وقال الشافعى رحمه الله لا تصير ام ولد له وبه قال
مالك واحمد فى رواية وفى رواية كقولنا وفى شرح الطحاوى فان استولدها وهى فى ملك الغير بنكاح
ثم اشتراها مع الولد او بغير الولد لم تصارت ام ولد له عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وكذلك لو ثبتت
ولدها بوطء بشبهة ثم ملكها فهى ام ولد له من حين ملكها لا من وقت العلوق عندنا كذا فى التحفة
وفايدة لو نها ام ولد له من وقت الملك انه لو ملك ولدها منه عتق عليه لقوله عليه السلام من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر ولو ملك ولدها من غيره لم يعتق لانه ليس بابن ام ولد له ولد بيعه
عندنا لان الاستيلاد ثبت فيها من حين ملكها وعند زفر كل من ولد بعد ثبوت ولد نسبها منه
ثم ملكه فهو ابن ام ولد له م ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا
وله س اى وللشافعى م فيه قولان س فى قول تصير ام ولد له وفى قول لا تصير م وهو ولد المغرور س
المغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق و ولد حر بالقيمة يوم الخصومة
م له س اى للشافعى م انها علقت برقيق س وهو علقت به رقيق م فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا
ثم ملكها الزانى وهذا س اشارة الى قوله فلا تكون ام ولد له م لان امومية الولد باعتبار علوق الولد
حرا س بان استولدها فى ملكه م لانه س اى لان الولد م جزء الام فى تلك الحالة م اى فى حالة العلوق
والجزء لا يخالف الكل س وفى صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها فى تلك الحالة فلو انعقد
الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل م ولنا ان السبب س اى سبب الاستيلاد م هو الجزئية س الحاصلة
بين الولدين م على ما ذكرنا من قبل س اشارة به الى قوله فى اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين
الواطئ والموطوءة بواسطة الولد م والجزئية انما تثبت بينهما س اى بين الواطئ والموطوءة م بنسبة الولد
الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب س بالنكاح م فتثبت الجزئية بهذه الواسطة س واذا ثبتت
الجزئية ثبتت امومية الولد م بخلاف الزنا س جواب عن قول الشافعى رحمه الله كما اذا علقت بالزنا م
لانه لا نسب فيه س اى فى الزنا م للولد الى الزانى س فلا تثبت الجزئية المعتبرة فى الباب وهو الجزئية
الحكمية فلا تثبت امومية الولد م وانما يعتق على الزانى س اى الولد على الزانى م اذا ملكه لانه جزؤه
حقيقة بغير واسطة س بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن
الزانى منقطعة فكان امومية الولد بالزنا م نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه س لى
لان الاخ م ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة س والمراد بالاخ الاخ لاب واما
الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة م واذا وطئ جارية
ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له س وللشافعى رحمه الله فيه قولان احدهما
تصير ام ولد له ويلزمه قيمتها ومهرها والاخر لا تصير ام ولد له ويلزمه مهرها دون قيمتها لا تدلم يتملكها
وبه قال مالك وقال احمد ملكها بالقيمة حلت منه اولا م وعليه س اى وعلى الاب م قيمتها اى قيمة
الجارية م وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها فى كتاب النكاح من
هذا الكتاب س فى اخر كتاب الرقيق والمراد بالعقر مهر المثل وفى المحيط العقر قدر ما يستاجر به
المراة لو كان الاستيجار للزنا حلالا م وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك
الى ما قبل الاستيلاد لان الملك انتقل الى الاب قبل الوطء او وطئ الاب مع بقاء الاب لو
بثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما ثبت من
الاب لظهور ولايته عند فقد الاب س ولهذا اى كان الاب حيا لا ولاية له مثل ان يكون عبدا
او كافرا او مجنونا فالولاية للجد فتصح دعوته فاذا افاق ولاية الاب بان اسلم او اعتق او افاق قبل
الدعوة لم تعتبر دعوة الجد بعد ذلك ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات
المرتد نافذة عندهما وعند ابى حنيفة موقوف فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على الردة

او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه صح م وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية س اى لان
كل واحد من الكفر والرق قاطع للولاية م واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما
س سواء ادعى فى صحته او فى مرضه م ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب منه فى نصفها لمصادفته
ملكه ثبت فى الباقى ضرورة انه س اى ان النسب م لا يتجزى لما ان سببه س فى هو العلوق م لا يتجزى
س لاستحالة ان يخلق الولد من مائى رجلين وثبوت ما لا يتجزى كثبوت كله م ويضمن نصف قيمتها لانه
تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد س اى فى الجارية المذكورة لعدم التجزى تضمن نصف القيمة
ولعتبر قيمته يوم وطئها وعلقت وبه صرح الحاكم م ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة
اذ الملك يثبت حكما س اى من حيث الحكم م للاستيلاد فيعقبه الملك فى نصيب صاحبه س قال
الاترارى س الضمير المنصوب راجع الى الوطء لا الى الاستيلاد اى يثبت الملك عقيب الوطء وهذا
لان الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد بل يثبت بعده من وقت العلوق والعلوق بعد الوطء فيكون
الملك بعد الوطء فيكون الوطء مصادفا لنصيب شريكه ابتداء قال الاترارى وظن بعض الشارحين
ان الضمير راجع الى الاستيلاد فقال هذا على اختيار بعض المشايخ واما الاصح من المذهب فالحكم
مع علته يقترنان ثلث اراد ببعض الشارحين صاحب النهاية وقال الاترارى وذلك ليس بشئ
لان صاحب الهداية لم يحرر ذلك المذهب بدليل انه اثبت الملك من زمان الاستيلاد لا عقيب
الاستيلاد الا ترى انه قال ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق
فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك فعلم ان ملك الشريك انتقل الى صاحب الدعوة من زمان
العلوق وهو زمان الاستيلاد لا بعده انتهى وقال الاكمل يجوز ان يكون مراده بالتعقيب التعقيب
الذاتى لا الزمانى وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب م بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه
س حيث لا يلزمه العقر م لان الملك يثبت شرطا للاستيلاد س اى لثبوته م فيتقدمه س اى فيتقدم
الملك الاستيلاد فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد فيثبت سابقا على العلوق فى حق الاستيلاد لا
فى حق غيره لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها قلنا الاستيلاد عبارة فصار واطئا ملك نفسه
س وهذا الفرق بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك فى النصف قائم وقت العلوق وذلك
يكفى للاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطء واقعا فى غير ملكه
وذلك يوجب الحد ولكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك فى الجارية وقد
استولدها فيجعل ملكها شرطا للاستيلاد فى ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطء فى ملكه
والوطء فى ملكه لا يوجب العقر م ولا يغرم س اى الشريك المدعى م قيمة ولدها س اى ولد الجارية
المشتركة م لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك س
لانه لما علق انعلق حر الاصل لان يصفه انعلق فى ملكه وانه يمنع ثبوت الرق منه م وان ادعياه
معا س اى وان ادعى الشريكان الولد مجتمعين م ثبت نسبه منهما س اى من الشريكين هذا لفظ
القدورى وقال المصنف م معناه س اى معنى قول القدورى ثبت نسبه منهما م اذا حملت على ملكهما
بان ولدت لستة اشهر منذ اشترياها فولدت ولهذا فسره العتابى فى شرح الجامع بعد الحمل فى
ملكهما لانه اذا لم يكن العلوق فى ملكهما بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء كان دعوة
تحرير لا دعوة استيلاد فيعتق الولد ولا يثبت الاستيلاد لان دعوة الاستيلاد ان يكون العلوق فى
ملك المدعى فتستند الحرية فيها الى وقت العلوق ودعوة التحرير ان لا يكون العلوق فى ملك المدعى
فتقتصر الحرية فيها الى وقت الدعوة م وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى قول القافة س بلفظ المبنى
للمفعول والقافة بالقاف والفاء المخففة جمع القائف كالحاكة فى جمع الحائك والقائف هو الذى
يعرف الاثار ويتتبعها ويعرف شبهة الرجل فى ولده واخيه من قاف اثره يقوفه بمعاوب قفاه يقفوه
اى اتبعه ثم القيافة مشهورة فى بنى مدلج وهو مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة بن خزيمة وقيل
القيافة من بنى اسد وبقول الشافعى رحمه الله قال احمد وقال مالك يعمل به فى الاماء دون الحرائر ويقولنا
قال الثورى واسحق بن راهويه م لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يخلق من مائين
متعذر فعملنا بالشبهة وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى اسامة بن زيد س هذا

اخرجه الايمة الستة في كتبهم عن سفيان بن عيينه عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها
قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عايشة الم تري ان مجززا المدلجي
دخل علي وعندي اسامة بن زيد فراى اسامة بن زيد وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤسهما وبدت
اقدامهما فقال هذه اقدام بعضها من بعض قال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض وسمي المجزز
مجززا لانه كان اذا اسر واحدا احلق لحيته وقيل جز ناصيته وقال الشافعي رحمه الله لو كان
الحكم بالشبه باطلا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه عليه السلام لا يسر الا بالحق
ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح س هو شريح بن الحارث الكوفي قاضي الكوفة من كبار التابعين
عاش مائة وعشرين سنة واستقضاه عمر رضي الله عنه على الكوفة ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا
وسبعين سنة ولم يتعطل فيها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضا في فتنة ابن الزبير
رضي الله عنهما ومات سنة تسع وسبعين وقيل سنة ثمانين م في هذه الحادثة س وهي التي كانت
فيها دعوى الشريكين معا الولد الذي ولدته الجارية المشتركة بينهما م لبسا س اي الشريكان
من لبس الامر على فلان تلبيسا اذا عماه عليه م فلبس س اي النسب عليهما م ولو بينا لبين عليهما
هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما س اي الولد للباقي من الشريكين يعني اذا مات الوالد
بعد موت احدهما يكون كل الميراث للاب الحي ولا شي لورثة الشريك الميت م وكان ذلك بمحضر من
الصحابة س اراد به ابرازه في معرض المجمع عليه وقال الاترازي لمحل بمحل الاجماع والحديث
رواه البيهقي بمعنى بسند اخرجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمر في رجلين وطيا
جارية في طهر واحد فجاءت بغلام فارتفعا الى عمر رضي الله عنه فدعا ثلاثة من القافة فاجتمعوا
على انه اخذ الشبه منهما جميعا وكان عمر قايفا يقوف وقال قد كانت الكلبة ينزو عليها الاسود
والاصفر والاحمر فتودي الى كل كلب شبهه ولم اكن ارى هذا في الناس حتى رايت هذا فجعله عمر
لهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وقال البيهقي هذا منقطع ومبارك بن فضالة ليس بحجة
م وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك س اي مثل ما روي عن عمر رضي الله عنه واخرجه الطحاوي في
شرح الاثار عن سماك عن مولى لابن مخزوم قال وقع رجلان على جارية في طهر واحد فعلقت الجارية
فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا رضي الله عنه فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما م ولانهما
س اي الشريكان م استويا في سبب الاستحقاق س اراد به النسب الدعوة وقال الاترازي
وظن بعضهم الملك وفيه نظر لان الدعوة سبب استحقاق النسب لان الاستحقاق يثبت بها لا
بالملك لان الملك كان ثابتا من قبل فلم يكن الدعوة ما كان يستحق النسب بمجرد الملك انتهى
قلت اراد به بعض الكاكي فانه قال سبب الاستحقاق الملك وقال الاكمل سبب الاستحقاق
الملك وقيل الدعوة م فيستويان فيه س اي في الاستحقاق م والنسب وان كان لا يتجزى س
جواب عن قول الشافعي رحمه الله لا اثبات النسب الى اخره وتقريره ان النسب وان كان لا
يتجزى م ولكن يتعلق به احكام متجزية س كالنفقة والميراث وحضانة الولد وولاية التصرف
في ماله م فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها س اي التجزية كالنسب
وولاية الانكاح م يثبت في حق كل واحد منهما كملا لعدم قبول التجزية م الا اذا كان احد الشريكين
ابا للاخر س هذا استثنا من قوله وما لا يقبلها اي ما لا يقبل التجزية كالنسب يثبت في حق
كل واحد منهما الا اذا كان احد الشريكين ابا الاخر فادعيا معا ولد جارية بينهما يكون الاب
اولى لوجود المرجح وعلى الاب نصف قيمة الجارية وعلى كل واحد نصف العقر فيتقاصان م
او كان مسلما س اي او كان مسلما احدهما م والاخر ذميا س فادعياه معا فالمسلم اولى م لوجود المرجح في
المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب س اي ولوجود المرجح في حق الاب م وهو ما له من الحق في
نصيب الابن س لان للاب حقيقة الملك في نصيبه وشبهة الملك في نصيب ابنه واذا اسلم الذمي
ثم ولدت الامة فادعياه معا يثبت نسبه منهما لاستوائهما حالا واذا كانت الدعوى من ذمي
ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وغرم كل واحد لصاحبه نصف العقر كما في الشامل
م اعلم ان النسب يثبت من اثنين باتفاق اصحابنا نفسها وفي ذلك اختلفوا فعند ابي حنيفة

يثبت

يثبت الولد من المدعين وان كثروا وقال ابو يوسف من اثنين فقط وقال محمد من ثلاثة لا غير م و سرور
النبي صلى الله عليه وسلم س هذا جواب لاحتجاج الخصم بقوله وقد سر النبي صلى الله عليه وسلم
بقول القائف تقريره ان سرور النبي عليه السلام فيما روي س يجوز على صيغة المعلوم اي فيما
روى الشافعي رحمه الله ويجوز ان يكون على صيغة المجهول م لان الكفار كانوا يطعنون بضم العين
من باب نصر واما الطعن عليه في حسبه طعنا وطعانا م في نسب اسامة وكان قول القائف يتعلق
لطعنهم فسر به س اي فلاجل ذلك سر به النبي عليه السلام م وكانت الامة ام ولد لهما س اي للشريكين
م لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه من الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل
واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الاخر س بفتح اللام اي بالذي له م ويرث الابن من كل واحد
منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما
في النسب س وهو الدعوة م كما اذا اقاما البينة س اي على شي واحد او على مجهول النسب يكون ذلك
بينهما فكذا هذا م واذا وطي المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت
نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه س اي تصديق المكاتب يعني يثبت النسب
بمجرد دعوة المولى م اعتبارا بالاب يدعي جارية ابنه س وقد جعلت في ملك الابن لا يشترط تصديق بل يثبت النسب بمجرد
دعوى الاب فكذا هذا بل اولى لان دعوة المولى اقوى من دعوة الاب لان المولى له حق في مكاسب
المكاتب لان مال الكتابة موقوف على مولاه لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم م ووجه الظاهر وهو
الفرق س بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب
حيث يشترط فيها التصديق م ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه س لحجره على نفسه م حتى
لا يتملكه س اي لا يتملك كسب المكاتب عند الحاجة م والاب يملك تملكه س اي تملك مال ابنه لانه
لم يحجر على نفسه م فلا معتبر بتصديق الابن م وعليه عقرها س اي وعلى المولى عقر جارية المكاتب م لانه
لا يتقدمه الملك س قال الاكمل لان الملك لا يتقدم الوطي وقال الاترازي الضمير المنصوب راجع
الى الوطي الذي دل عليه قوله وطي م لان ما له من الحق كاف س اي ما له من حق الملك كاف لصحة الا
م لما ذكرناه س اي يذكر الحق الذي للمولى في المكاتب في كتاب المكاتب قال الاترازي في قول صاحب الهداية
نظر لانه قال ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص
في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا ايضا بعد سطرين بقوله ولا تصير
الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له كيف يصح الاستيلاد انتهى وقال الاكمل
بعد ان نقل كلام الاترازي منه فقال في كلام المصنف نظر ثم قال والجواب ان دلالة لفظ
الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونه ام ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد
لصحة نسب الولد منه لا لانه ما لعله كان المصنف احال قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض
انتهى وفيه تامل م وقيمة ولدها س معطوف على قوله عقرها م لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا
وهو انه س اي الولد م كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة س دفعا للضرر عن المكاتب م ثابت
النسب منه س اي من م ولا تصير الجارية ام ولد له س اي للمولى م لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد
المغرور س قال الاترازي كان ينبغي ان يقول كما في المغرور بلا ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير
ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها وهذا هو حق الكلام اما قوله كما في ولد المغرور ففيه نظر وقال الاكمل
بعد ان نقل كلام الاترازي منه والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة
ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية
ام ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فقد بين كما في ام ولد المغرور م فان كذبه المكاتب في النسب لم
يثبت س هذا معطوف على قوله فان صدقه المكاتب لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت
يعني لو ملك المولى الولد بعد تكذيب المكاتب دعواه م ثبت نسبه منه لقيام الموجب س وهو الاقرار
بالاستيلاد م وزوال حق المكاتب اذ هو المانع س وقد زال ذلك بالتملك الى المولى فيثبت النسب لزوال
المانع والله اعلم بالصواب **فروع** في التكملة لا يحل للمولى وطي مكاتبته ولو وطيها فعليه
عقرها وفي الاسبيجابي لو علقت منه كانت بالخيار ان شاءت عجزت نفسها فصارت ام ولد وان شاءت

اعتقت على الكتابة واخذت عقرها وفي التتمة يلزمه عقرها وان احبلها يصير ام ولد فان ادت الكتابة
عتقت وتعتق بموت سيدها ايضا وفي المغني وطي المكاتبة بغير شرط حرام عند الجمهور والايمة الاربعة
ولو شرط وطيها فهو باطل ايضا عند الجمهور وقال احمد وابن المسيب له ذلك عند الشرط ولا حد عليه عند
اهل العلم وعن الحسن والزهري يحد ولو وطي جارية مكاتبة فعليه عقرها وهو قول الشافعي واحمد
وقال مالك لا شيء عليه لانها ملكه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل
الحرية وكذا تدبيرها وفي عدم لا يصح تدبيرها وفي جوامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق
من جميع المال ولا تسعى في الدين ولو باع خدمة ام الولد منها جاز وعتقت كما لو باع رقبة العبد منه
وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف وعن ابن سماعة عن ابي يوسف بيع الخدمة باطل ولا تعتق بخلاف
بيع رقبتها منها حيث تعتق ولو ولدت جارية منه وقال لمولاها احلها لي والولد ولدي وصدقه المولى في
الاحلال وكذبه في الولد ثبت نسبه وصارت ام ولد له ولو صدقه في الولد ثبت نسبه وهو عبد
لمولاه والله اعلم بالصواب

كتاب الايمان ش

اي هذا كتاب في بيان احكام الايمان وهو جمع يمين وهو في اللغة القوة ومنه قوله تعالى لاخذنا
منه باليمين اي بالقوة وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وقال
النسفي اليمين تقوية احد طرفي الخبر بالمقسم به وطرفا الخبر الصدق والكذب واليمين في
ضربين يمين هي قسم وهي اليمين بالله عز وجل ويمين هي الشرط والجزاء مثل تعليق الطلاق والعتاق ونحو
ذلك بشروط وهو يمين بعرف اهل الشرع واسماؤها ستة قسم ويمين وحلف وعهد وميثاق
وايلاء ولليمين شرط وهو كون الحالف مكلفا وسبب وهو ارادة تحقيق ما قصده وركن وهو اللفظ
الذي ينعقد به اليمين وحكم وهو البر فيما يجب البر فيه والكفارة عند فواته وانما قيل فيما يجب فيه
البر لان من الايمان ما يجب فيه الحنث على ما يجي ان شاء الله تعالى م قال ش اي القدوري م الايمان على
ثلاثة اضرب ش اي على ثلاثة انواع م يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو ش قال في المغرب الصواب
ان يقال على ثلاث اضرب وان كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تاويل الاقسام قوله يمين الغموس قال
الاتراري هذا من اضافة الجنس الى نوعه كقولهم علم الطب تخرج من هذا الجواب عما يقال ان الموصوف
لا يضاف الى صفته وبالعكس وقال الكاكي الاصح من النسخ اليمين الغموس يعني الغموس صفة لليمين وما
قيل انه من اضافة الجنس الى نوعه كعلم الطب غير صحيح لان الطب المبين بصفة ثم وجه الانحصار في
الثلاثة ان اليمين لا تخلو اما ان يكون فيها مواخذة اولا والثاني اللغو والاول ان كانت المواخذة في الدنيا
فهي المنعقدة وان كانت المواخذة في العقبى فهي الغموس وفي الايضاح والاقسام الثلاثة انما هي في
اليمين بالله تعالى واليمين في وجوب الحفظ اربعة انواع ما يجب فيه البر وهو الحلف على فعل طاعة
او امتناع معصية وذلك فرض عليه وبالحلف يزداد وكادة وما لا يجوز حفظها وهو الحلف على ترك
طاعة او فعل معصية وما يخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث قال
عليه السلام من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير الحديث وادنى الامر
الندب وما يستوي فيها البر والحنث في الاباحة فيتخير بينهما وحفظها اولى لقوله تعالى واحفظوا
ايمانكم وحفظ اليمين بعد وجودها بالبر ومتى حنث في اليمين المنعقدة فعليه الكفارة بالنص
واجماع الامة والغموس على وزن فعول للمبالغة سميت به لانها تغمس صاحبها في النار وقيل لانها
تغمس صاحبها في الاثم لانه تعمد فيها الكذب م فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه ش
على اثبات شيء او نفيه وسواء كان ماضيا او حالا نظير الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الامر
وهو عالم بانه فعله ونظير الحال قوله والله انه زيد مع علمه انه عمرو وما اشبه ذلك وقول المصنف
على امر ماض هو عبارة القدوري فلذلك اقتصر المصنف عليه وليس قوله على امر ماض قيد وانما
الماضي والحال سواء لان الغموس يتحقق في الحال ايضا ولكنه اقتصر على الماضي بناء على الغالب لان الماضي
شرط ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره ان الغموس يتحقق في الحال ايضا وفي شرح الكاكي اليمين
الغموس ليست بيمين في الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة وهي ضد المشروع
ولكن سمي يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين وفي البخاري عن عبد الله

ابن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين واليمين الغموس م فهذه
اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من حلف كاذبا ادخله
الله النار ش هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ولكن ورد في صحيح ابن حبان من حديث ابي امامة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه
الجنة وادخله النار وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن ابي داود
من حديث عمران بن حصين قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوا
مقعده من النار وقال ابن الاثير اي الزم بها وحبس عليها وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم وقيل
لها مصبورة وان كان صاحبها هو المصبور لانه انما صبر من اجلها اي حبس فوصفت بالصبر واضيفت
اليه مجازا م ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار ش وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم منهم عبد الله
ابن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب والحسن البصري والاوزاعي والثوري
والليث وابو عبيد وابو ثور واصحاب الحديث وداود الظاهري م وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة
ش وهو قول الزهري ومحمد بن مسلم وعطاء ابن ابي رباح م لانها ش اي لان الكفارة م شرعت لرفع ذنب
هتك حرمة اسم الله تعالى ش فيه تتابع الاضافات م وقد تحقق ش اي الهتك م بالاستشهاد بالله ش
اي الحلف بالله حال كونه م كاذبا فاشبه المعقودة ش اي اليمين المعقودة م ولنا انها ش اي ان اليمين
الغموس م كبيرة محضة ش لما روى البخاري من حديث عبد الله بن عمرو قال قال النبي صلى الله عليه
وسلم من الكبائر الاشراك بالله وقد سمى الايمان ولو كان فيها الكفارة لذكرها وقال الكاكي وللجمهور قوله
عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد فيها اليمين الفاجرة رواه ابو الفرج وقال ابن المنذر
لا نعلم خبرا يدل على ما قال الشافعي رحمه الله من وجوب الكفارة م والكفارة عبادة حتى تتادى
بالصوم ويشترط فيها النية ش والمشروعات ثلاثة انواع عبادة محضة وسببها مباح وعقوبة
محضة وسببها حرام محض وكفارات مترددة بين العبادة والعقوبة ويشترط لها النية كسائر
العبادات والنية لا تشترط في العقوبات م فلا تناط بها ش اي فلا تناط الكفارة بالكبيرة يعني ان
اليمين الغموس لما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطا للكفارة التي هي عبادة بدليل ادائها بالصوم م
بخلاف المعقودة ش اي بخلاف اليمين المنعقدة فانها ليست بكبيرة م لانها مباحة ش يجوز ان
تناط بها العبادة وقال الاكمل وفيه بحث من وجوه الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة
في المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي الثاني ما وجبت بالادنى
وجبت بالاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح
لها لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار
بل بالعود الذي هو العزم على الوطي وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف رفع
الاقوى منه وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه
السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن
الحديث م ولو كان فيها ذنب ش هذا جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة
فيها ذنب فلا يكون مناطا للعبادة كما ذكرتم فاجاب بقوله لو كان فيها ش اي في
المنعقدة ذنب م فهو متاخر ش عن اليمين م متعلق باختيار مبتدا ش يعني بفعل اختياري
م وما في الغموس ملازم ش اي ما في الغموس من الذنب ملازم لها لا ابتداء ولا انتهاء فاذا كان كذلك
م فيمتنع الالحاق بها ش اي بالمنعقدة اي فلا يصح الحاق الغموس بالمنعقدة قياسا عليها وقال
الاكمل وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة م والمنعقدة ش اي اليمين
المنعقدة م ما يحلف ش الحالف م على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله ش مثال
الفعل والله لادخلن دارك مثلا ومثال عدم الفعل والله لا اكلم فلانا مثلا م فاذا حنث في ذلك
ش اي في اثباته باليمين المنعقدة م لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم
الايمان وهو ما ذكرنا ش اي المراد من قوله تعالى بما عقدتم الايمان هو ما ذكرنا من قولنا والمنعقدة
ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله يعني حقيقة ما نص في الاية ما ذكرنا م ويمين

اللغو ان يحلف على امر ماض وهو س اي والحال انه م يظن ان الامر كما قال س يعني ظن ان الامر كما ذكر
كقوله والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا م والامر بخلافه س اي والحال ان الامر بخلاف ما
كان يظنه م فهذه اليمين س اي يمين اللغو هذه حكمها م نرجو ان لا يواخذ الله بها س اي بهذه اليمين
اللغو م صاحبها س وذلك لان يمين اللغو لا حكم لها اصلا لقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو
في ايمانكم اي لا يعاقبكم بلغو اليمين الذي يحلفه احدكم بالظن وفي الشامل وعند الشافعي
رحمه الله اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل وهو احدى الروايتين عن احمد
وفي التحفة قال الشافعي رحمه الله يمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصد
مثل قوله لا والله وبلى والله او كان يقرا القران تجري على لسانه اليمين وقال الكاكي وعن محمد
يمين اللغو هو قول الرجل لا والله وبلى والله في كلامه وهو مروي عن عائشة موقوفا ومرفوعا
وعن ابن عباس في رواية وبه قال الشافعي واحمد ومحمد في رواية وقال الشافعي في رواية مثل ما
ذكر صاحب التحفة وهو قول احمد في رواية وعن مالك ان اللغو هو اليمين الغموس كذا نقل عنه
الشافعية وقال ابراهيم النخعي لغو اليمين ان يحلف ناسيا على ماض او مستقبل وقال الشعبي رحمه الله
ومسروق لغو اليمين ان يحلف على معصية فيتركها فيكون لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير
لغو اليمين ان يحرم على نفسه ما احل له من قول او عمل م ومن اللغو س اي ومن يمين اللغو م ان يقول
س الرجل م والله انه لزيد وهو س اي والحال انه م يظنه زيدا وانما هو عمرو س وكذا اذا راى
طائرا من بعيد فظنه غرابا فقال والله انه غراب فاذا هو حمام م والاصل فيه س اي في لغو اليمين
م قوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم س ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان وقد مر تفسيره
الآن م الا انه علقه بالرجا س عن ان محمدا علقه بالرجا قال الكاكي هذا جواب سؤال ذكره في المبسوط
فان قيل ما معنى تعليق محمد نفي المواخذة بالرجا وعدم المواخذة في اللغو منصوص وما عرف بالنص
فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها فعلق بالرجا نفي المواخذة في اللغو
بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص مع انه لم يرد بذلك اللفظ التعليق بالرجا بل اراد به
التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى كما روي انه عليه السلام مر بالمقابر فقال عليه السلام
عليكم دار قوم مؤمنين وانا ان شا الله بكم لاحقون وما ذكر الاستثنا بمعنى الشك فانه كان
يتيقن بالموت بقوله تعالى انك ميت الاية ولكن معنى ذكر الاستثنا ما ذكرنا من الاختلاف في تفسير
اللغو على ما ذكرنا وعلى ما نذكر ان شا الله تعالى وقال الاترازي قوله الا انه علقه بالرجا هذا جواب
سؤال مقدر بان يقال كيف علق القدوري عدم المواخذة بالرجا في قوله فهذه اليمين نرجو ان لا
يواخذ الله بها صاحبها وعدم المواخذة مقطوع بالنص في اللغو قال تعالى لا يواخذكم الله باللغو
في ايمانكم فاجاب عنه وقال نعم ولكن م للاختلاف في تفسيره س اي في تفسير اللغو
فاورث شبهة فلهذا لم يقطع القول بعدم المواخذة فيما فسره من اللغو وقد اقتدى القدوري
بمحمد بن الحسن رحمه الله انتهى قلت هذا كما رايت فاعل قوله علقه محمد بن الحسن في ما ذكره
الكاكي وعلى ما ذكره الاترازي هو القدوري فتامل ايهما اصوب وقال الزجاج في تفسير اللغو
يقال لغوت الغو لغوا ولغوت الغي لغوا مثل محوت امحو ومحي محوا ويقال لغيت في الكلام الغى
لغوا الغي اذا اتيت باللغو وكل ما لا خير فيه مما يؤثم فيه او يكون غير محتاج اليه في الكلام فهو لغو
ولغي قال العجاج عن اللغو ورفث التكلم وقال الجوهري لغى يلغو لغوا اي قال باطلا ويقال لغا
الكلب لغوا الصا ولغى بالكسر يلغى لغى والملاغية اللغو وروى الزمخشري عن مجاهد هو الرجل
يحلف على الشي يرى انه كذلك وليس كما ظن وروي ان الحسن سئل عن لغو اليمين وعنده
الفرزدق فقال يا ابا سعيد دعني اجب عنك فقال ولست بماخوذ بلغو تقوله اذا لم
تعمد عاقدات العزائم ذكره في تفسير سورة المائدة وقال ايضا في سورة البقرة اللغو الساقط
الذي لا يعتد به من كلام وغيره ولذلك قيل لما لا يعتد به في الدية من اولاد الابل لغو وقال
شمس الائمة السرخسي في اصوله قال علماؤنا اللغو ما يكون خاليا عن فائدة اليمين شرعا ووضعا
فان فائدة اليمين اظهار الصدق من الخبر فاذا اضيف الى خبر ليس فيه احتمال الصدق كان

خاليا

خاليا عن فائدة اليمين وكان لغوا م قال س اي القدوري م والقاصد في اليمين والمكره والناسي
سوا س الناسي هو الذي اراد ان يتكلم بكلام فجرى على لسانه اليمين وهو خاطئ حقيقة هكذا
ذكره في الفوائد وقيل الناسي هو الذي يذهل عن التلفظ باليمين ثم يذكر انه تلفظ بلفظ اليمين
ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي م حتى تجب الكفارة س التحقيق لون القاصد في اليمين
والمكره والناسي سوا يعني لا فرق في وجوب الكفارة على هؤلاء جميعا م لقوله عليه السلام س في
لفظ النبي صلى الله عليه وسلم م ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين
س هذا الحديث ذكره المصنف هكذا وبعض الفقها يجعل عوض اليمين العتاق ومنهم صاحب
الخلاصة والغزالي في الوسيط وغيرهما وكلاهما غريب وانما الحديث النكاح والطلاق والرجعة
اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد الرحمن بن حبيب بن اردك عن عطا بن ابي رباح عن
ابن ماهك عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد
وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة انتهى وقد غلط النووي الغزالي في تهذيب الاسما
واللغات فقال وقع هذا الحديث في الوسيط النكاح والطلاق والعتاق وليس بصواب وانما
الصواب الرجعة قلت فيه نظر روى الحارث بن ابي اسامة في مسنده حدثنا بشر بن عمر ثنا
ابن لهيعة عن عبد الله بن ابي جعفر عن عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا
يجوز اللعب في ثلاث الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن وروى الطحاوي من حديث فضالة
ابن عبيد بلفظ ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتق وفيه ابن لهيعة كما ترى وحاصل
الكلام ان لفظ الحديث هو الذي رواه ابو داود والترمذي كما مر وحسنه الترمذي وصححه
الحاكم وليس فيه لفظ اليمين وشراح الهداية كلهم سكتوا عن هذا غير ان الاترازي قال في شرحه
ولنا ما روى اصحابنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث الى اخره ولو سكت مثل غيره
لكان اوجه م والشافعي رحمه الله خالفنا في ذلك س اي فيما ذكر من يمين المكره والناسي فانه يقول
لا ينعقد يمينهما واحتج بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا
عليه واجاب اصحابنا عنه بانه ليس المراد منه حقيقة الخطا والنسيان والاكراه لانها ليست
بمرفوعة حقيقة بدليل وقوعها حسا وانما المراد منه الحكم وهو اما حكم الدنيا او حكم الاخرة
والاول منتف بدليل وجوب الكفارة والدية في القتل الخطا وهما من احكام الدنيا وكذا
يجب الغسل فيما اذا جامع المكره على الزنا وتفسد حجه وصومه وذلك من احكام الدنيا
فتعين الثاني وهو رفع الاثم فان قلت لا يحنث الكفر مع الاكراه فينبغي ان لا ينعقد اليمين به
كالنوم والجنون قلت لا نسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين المقيس والمقيس عليه لان النوم وا الجنون
ينافيان التكليف بخلاف الاكراه ولهذا ابيح شرب الخمر للمكره ويحرم عليه قتل النفس والزنا وذلك
ايه الخطاب م وسنبين ذلك في الاكراه ان شا الله تعالى س اراد به ما يذكره في كتاب الاكراه بقوله
ولذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ م ومن فعل المحلوف عليه ناسيا
او مكرها فهو سوا س يعني اذا حلف لا يفعل شيئا وكان طائعا في الحلف ثم فعله وهو مكره او ناس
حنث وبه قال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية وقال الشافعي رحمه الله في الاصح واحمد
في رواية لا يحنث للحديث المذكور وجوابه قد مر وكذا عندنا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى
عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وقد وجد وهو الفعل الحسي لانه لا ينعدم بالاكراه فان
قلت اليمين عقد تقوى بها عزم الحالف على الفعل او الترك وهو من الافعال الاختيارية
فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد عزم الحالف على الفعل او الترك قلت ذلك هو القياس وقد ترك
بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان لان الحديث لانه محمل
ونص اليمين مفسر م لان الفعل الحقيقي س الذي يوجد حسا م لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط
س اي وجود الفعل الحقيقي هو الشرط وقد وجد م وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون
هذا ذكره المصنف تفريعا لمسئلة القدوري يعني لو حلف لان قوله ومن فعل المحلوف عليه
مكرها او ناسيا هو لفظ القدوري يعني اذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليه.

في حال الاغماء والجنون حنث وتجب عليه الكفارة م لتحقق الشرط حقيقة ش الشرط هو الحنث
وقد تحقق حقيقة فيتحقق المشروط م ولو كانت الحكمة دفع الذنب ش هذا جواب عما يقال
الحكمة في شرع الكفارة دفع الذنب لانها ستارة كاسمها ولا ذنب للمجنون والمغمى عليه فيما فعلا
لعدم الفهم فينبغي ان لا يحنثا ولا تجب عليهما الكفارة فاجاب بقوله ولو كانت الحكمة ش اي في
مشروعية الكفارة م دفع الذنب ش على تقدير التسليم م فالحكم ش اي حكم الكفارة م يدار على
دليله ش اي دليل الذنب م وهو الحنث ش في اليمين م لا على حقيقة الذنب ش كما في الاستبرا
فانه يجب على المشتري لوجود دليل الشغل وان لم توجد حقيقة الشغل قال الاكمل والقايل
ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا
في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول
وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محفوظ ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ش اي هذا باب

في بيان ما يكون يمينا من الفاظ وما لا يكون منها م قال ش اي القدوري م واليمين بالله ش اي بلفظ
الله لقوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت رواه مالك في الموطا م او باسم اخر ش
اي اليمين باسم اخر من اسماء الله عز وجل م كالرحمن والرحيم ش قال الكافي بجميع اسماء الله تعالى
في ذلك سوا تعارف الناس الحلف به اولا وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وبه قال
مالك واحمد والشافعي في قول للحديث المذكور والحلف بجميع اسمائه حلف بالله وذكر شمس الايمة السرخسي
في الشامل ثم اليمين باسم اخر من اسماء الله تعالى اذا كان اسما لا شريك له فيه غيره يكون يمينا لانه لا
يحتمل غير اليمين ولو حلف باسم يشارك له فيه غيره كالحكيم والعزيز ان نوى به يكون يمينا والا
فلا لانه يحتمل وسوى في التحفة بين ما يكون اسما خاصا لله تعالى او اسما يشارك فيه غيره وقال
الاترازي فيه نظر لانه بالاحتمال لا يتغير اسم الله مرادا م او بصفة ش اي او اليمين م بصفة من
صفاته التي يحلف بها عرفا لعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ش اي الحلف بصفة
من صفاته متعارف والمراد بالصفة هي الحقيقية وهي المعنى القايم بالذات كالعزة ونحوها
لا الصفة النحوية لقولك مررت برجل عالم وقال الاترازي ثم صفاته تعالى ان كانت من
صفات الذات يجوز اليمين بها وان كانت من صفات الفعل فلا يجوز اليمين بها والفاصل بينهما
ان كل ما لا يجوز ان يوصف الله بضده فهي من صفات الذات كعزة الله وجلاله وكبريائه وقدرته
الا العلم فان اليمين به لا يجوز لجواز ارادة المعلوم كما قال تعالى ولا يحيطون بشيء من علمه اي من
معلومه كذا فسر الزمخشري وكل ما يجوز ان يوصف الله عز وجل بضده فهي من صفات الفعل
كالرحمة والغضب والسخط على ما يجي الان م ومعنى اليمين فهو القوة حاصل ش اي في صفاته
التي يحلف بها عرفا م لانه ش اي لان الحالف يعتقد تعظيم الله وصفاته يصلح ذكره ش اي ذكر
الحالف اسم الله وصفاته صلح م حاملا ش على اليمين م او مانعا ش عنه حاصل الكلام ان يقال
ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا والا فلا وهو اختيار مشايخ
ما وراء النهر لان اليمين انما يعقد للحمل او المنع وذا انما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه وكل مؤمن
يعتقد تعظيم الله وصفاته اذ هو معظم بجميع اسمائه وصفاته فصارت حرمة ذاته وصفاته
حاملا او مانعا على ما قصد الحالف نفيا او اثباتا وفي المبسوط قال مشايخنا العراقيون الحلف
بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل
كالرحمة والسخط والغضب والرضى لا يكون يمينا وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر
صفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله مشروع دون غيره وعلى هذا ينبغي ان يكون
وعلم الله يمينا لانه من صفات الذات ولكنهم تركوا هذا القياس لان العلم يذكر ويراد به المعلوم م
الا قوله وعلم الله ش وفي بعض النسخ قال ش اي القدوري الا قوله وعلم الله وهذا استثنا منقطع
من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا م فانه ش اي فان الحلف بعلم الله م لا يكون
يمينا لانه غير متعارف ش لان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثنا وعن العرف منقطعا

١٨٦

قال الشيخ ابو نصر هذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس ان يكون يمينا وبه قال
الشافعي ذلك قال الشافعي اذا قال وعلم الله او قدرة الله تعالى ونوى به اليمين او اطلق فهو يمين
ولو قال اردت المعلوم او المقدور لم يكن يمينا ولذا في حلوا الله وروى الله لم يكن يمينا لانه
وقال مالك لا ينعقد اليمين بصفات الفعل وبه قال احمد في رواية لانه مشترك ومع الاشتراك
لا حرمة له فلا ينعقد اليمين به وعن احمد في القدرة مثل قولنا م ولانه ش اي ولان العلم م يذكر
ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ش فان قلت يرد على هذا القدرة فانها
تصح بها اليمين مع صحة ارادة المقدور وهو ان يقال انظر الى قدرة الله تعالى قلت لا نسلم ان المقدور
بالوجود خرج ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل
الوجود معدوم ولا تعارف في الحلف بالمعدوم فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القايمة
بذات الله تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم حيث لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود
وظهر الفرق بين العلم والقدرة م ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا ش وكذا اذا قال وعذابه
او ثوابه او رضاه وبه صرح الحاكم في الكافي م وكذا ش اي وكذا ليس بيمين اذا قال م ورحمة الله
لان الحلف بها ش اي بغضب الله ورحمته م غير متعارف ش لان الاصل ان كل ما يتعارفه العرب
يمينا ولم يرد به النهي في الشرع فهو كان يمينا وكل ما لا يتعارفه العرب يمينا لا يكون يمينا م ولان
الرحمة قد تذكر ويراد بها اثرها وهو المطر ش قيل هذا منقوض بقدرة الله لانه يقال انظر الى
قدرة الله والمراد اثره والا لكان بمعنى المقدور ولكن القدرة غير مرئية فيكون كالعلم ومع ذلك
يحلف بها م اي الجنة ش اي او يذكر الرحمة ويراد بها الجنة قال الله عز وجل وفي رحمة الله هم فيها خالدون
م والغضب ش مبتدا م والسخط ش عطف عليه م وقوله م يراد بهما العقوبة ش خبر المبتدا ولو قال
وامانة الله يكون يمينا لان معناه والله الامين وانه من صفات ذاته كذا في الشامل وهذا خلاف
ما ذكره صاحب التحفة عن الطحاوي انه لا يكون يمينا وان نوى وبخلاف ما روي عن ابي يوسف
انه لا يكون يمينا وهو الاصح لما روي عن بريدة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من حلف بالامانة فليس منا م ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة ش اي قال والنبي لا
افعل هذا والكعبة لا افعل كذا م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر ش هذا الحديث اخرجه الجماعة الا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله
عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادركه في ركب وهو يحلف بابيه فقال ان الله ينهاكم ان
تحلفوا بابائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليسكت ولفظ الصحيحين او ليصمت وقال مخرج
الاحاديث عجبت من الشيخ زكي الدين كيف عزاه للنسائي وترك الترمذي والنسائي لم يذكره
وذكره الترمذي برمته م وكذا اذا حلف بالقران ش لا يكون يمينا م لانه غير متعارف ش لانه
يراد به المقروء وهو غير الله تعالى وقال الناطفي ليس ينبغي ان يحلف رجل بسورة من كتاب الله تعالى
ولا بالقران ولا بالكعبة ولا بالطور ولا بالصيام ولا بشيء من طاعة الله عز وجل الا ترى انه لو
حلف فقال والطور لا افعل كذا كان قد حلف بغير الله تعالى وقال ابو يوسف انه قال
والرحمن لا افعل كذا وعنى به سورة الرحمن لا حنث عليه كذا ذكر الناطفي في الاجناس ولذا لو
قال والرسول والنبي والمسجد الحرام وبيت الله لا يكون يمينا كذا في شرح الطحاوي وقال
الكاكي وما اعتاده الناس من الحلف بحياتك وبرأسك وراسك يخشى انه حلف وان البر به واجب
يكفر كذا في محاسن الشرائع وفي التتمة قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك
وما اشبه ذلك انه يكفر ولولا ان العامة يقولون ولا يعلمونه لقلت انه شرك لانه لا يمين الا
بالله فاذا حلف بغير الله فكانه اشرك نحوه وقال ابن مسعود لان احلف بالله كاذبا احب الي من
ان احلف بغير الله صادقا فالحلف بالكعبة والنبي والقران والعرش والكرسي وما اشبه ذلك لا
لا ينعقد عند الجمهور وعن احمد ينعقد اليمين بالحلف بالنبي عليه السلام في رواية وعن ابن عمر
عنه عليه السلام قال من حلف بغير الله فقد اشرك رواه الترمذي وقال حديث حسن فان قيل
ان الله اقسم بغير ذاته وصفاته كقوله والشمس والليل والضحى ونحو ذلك كثير في القران قلنا الله تعالى

ولانه الاتحاد والامر والنهي والتعظيم والتحقير ولذا ثبت الحرمة لمن شاء وليس للعبد ذلك بل عليه
ان ينتهي عما نهاه الله وقد نهى الله تعالى خلقه ان يغيرم م قال نعماه ش اي قال المصنف معنى قول
الحالف بالقران او بالنبي م ان يقول والنبي والقران ش لا افعل كذا م امالو قال انا بريء منه
ش اي من النبي او من القران م يكون يمينا لان التبري منهما ش اي من النبي والقران م كفر ش ولذا
اذا قال هو بريء من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وكذا اذا قال
هو بريء من الاسلام ان فعل كذا خلافا للشافعي وعليه نص في شرح الطحاوي وقال في النوازل
ان قال والكتب الاربعة فليس هذا بيمين وان قال انا بريء من الكتب الاربعة فعليه كفارة يمين
واحدة وان قال انا بريء من التورية وبريء من الانجيل وبريء من الزبور وبريء من الفرقان وجب
عليه اربع كفارات وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال بحرمة شهد الله ولا اله الا الله لا يكون
يمينا وقال في فتاوى الولوالجي رجل رفع كتابا من كتب الفقه او دفتر حساب فيها مكتوب
بسم الله الرحمن الرحيم فقال انا بريء مما فيه ان دخلت فدخل يلزمه الكفارة لانه يمين بالله تعالى
ولو قال انا بريء من المصحف لا يكون يمينا لان المصحف جلد واوراق ولو قال انا بريء مما في
المصحف يكون يمينا لان ما في المصحف قران والاوراق ولو قال انا بريء من الحجة التي حججت او
الصلوة التي صليت فليس بيمين بخلاف ما لو قال انا بريء من القران الذي تعلمته فانه يمين ولو
قال انا بريء من شهر رمضان واراد به البراءة من فرضيته فهو يمين ولو اراد به البراءة عن اجره
لا يكون يمينا وان لم يكن له نية لا يكون يمينا م قال ش اي القدوري م والحلف بحروف القسم
ش اي الحلف يكون بحروف القسم م وحروف القسم ش ثلاثة احدها م الواو كقوله والله والثاني
اي الثاني حرف الباء م كقوله بالله والتاء ش اي الثالث حرف التاء م كقوله تالله ش الاصل فيها الباء
الموحدة لانها للالصاق وهي تضيف الحلف الى المحلوف به في قوله احلف بالله ثم يحذف الفعل
تخفيفا ويكتفي بحرف القسم ويبدل منها الواو لمناسبة بينهما لان وضعها للجمع وفي الجمع معنى الالصاق
ثم يبدل من الواو التاء لمناسبة بينهما لانهما من حروف الزوائد كما في تراث اصله وراث
ونحو اصلها وجه ولما كانت الباء اصلا دخلت في اسم الله وغيره وفي المظهر والمضمر والواو لما كانت
بدلا انحطت بدرجة حيث دخلت في المظهر دون المضمر والتاء لما كانت بدلا من البدل انحطت
بدرجتين حيث لم تدخل في المظهر والمضمر جميعا الا على اسم الله تعالى وحده وقال عبد القاهر ما كان
ابو الحسن من توهم يرى فيها ذلا يوخذ وند م لان كل ذلك ش اي المذكور من الحروف م معهود في
الايمان ش التي تستعمل بين الناس م وتذكور في القران ش كقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وكقوله
تعالى والله ربنا ما كنا مشركين وكقوله تعالى لاكيدن اصنامكم م وقد يضمر حرف القسم فيكون حالفا كقوله
الله لا افعل كذا ش فان حرف القسم اضمر في قوله لا افعل كذا فان اصله والله لا افعل كذا او اراد بقوله فيكون
حالفا ان اضمار حرف القسم واظهاره سواء في حق اليمين ثم اشار الى وجه الاضمار بقوله م لان حذف
الحرف من عادة العرب ايجازا ش اي للايجاز اي الاختصار لانه مطلوب في كلامهم ثم ان المصنف ذكر
لفظ الاضمار في الرواية وذكر لفظ الحذف في التعليل وطريق المشايخ لما ان بين الاضمار والحذف فرقا
فان في المضمر ما يبقى اثره نحو قوله تعالى انتهوا خيرا لكم اي يكن الانتهاء خيرا لكم والمحذوف ما لا يبقى اثره
نحو قوله تعالى واسئل القرية م ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض ش اراد بهذا الى بيان الخلاف في
وجه النصب والخفض في اللفظ المقسم به بعد حذف حرف القسم فقيل ينصب وهو قول البصريين
وعلل وجه النصب بقوله لانتزاع حرف خافض وهو حرف القسم لان اصله الله لا افعل كذا والله لا افعل
كذا الا انه فتح الواو او نصب بنزع الخافض م وقيل يخفض ش وهو قول الكوفيين هكذا ذكره في المبسوط
م لتكون الكسرة دلالة على المحذوف ش اي الكسرة التي في المحلوف به والمحذوف هو حرف القسم قال
الكاكي بعلة النصب بانتزاع الخافض والجر لدلالة الكسرة عليه غير مستقيم عند اهل النحو لما ان
انتصابه على انه مفعول به عند حذف حرف الجر لاتصال فعل احلف بالمحلوف به الا ان تاول قوله
لانتزاع الخافض اي بسبب انتزاع الخافض يصل فعل احلف بالمحلوف به وكذا الجر لاضمار حرف الجر
والعامل يعمل عمله عند الاضمار بخلاف الحذف كما ذكرنا الا ان يأول ويقول المراد بالمحذوف المضمر تسامحا

وقال الاكمل هي وظيفة نحويه في الاصل والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل
الفقهية منها والواصل الى حد الاستعمال بحجاب الهداية لانه قال يكون قد وقف على ذلك وراه م وكذا
اذا قال لله ش يعني ولذا يكون يمينا اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا م في المختار ش انما قال في المختار احترازا
عما روي عن ابي حنيفة انه لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة
النذر ويحتمل معنى اليمين ذكره الولوالجي في فتاواه م لان الباء تبدل بها ش اي باللام م قال الله تعالى امنتم له
اي امنتم به بانهما يتعاقبان وقال ابن عباس رضي الله عنه دخل ادم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وفي فتاوى قاضي خان
لو قال بالله لا افعل كذا وسكن الهاء او رفعها او نصبها يكون يمينا لانه ذكر اسم الله عز وجل والخطاء في الاعراب
لا يمنع صحة القسم لا في عرف الاستعمال ولا في عرف الشرع لما روي في حديث ركانة والله ما اردت بالرفع
ويروى بالجر وعليه الجمهور وعن القفال من اصحاب الشافعي رحمه الله واحمد في رواية انه لو قال بالرفع لا يكون
يمينا الا بالنية لانه لم يأت بالموضوع ولا فصله ويحتمل ابتداء الكلام ويحتمل اليمين فلا يكون يمينا الا بالنية
وبه قال جمع من اصحاب الشافعي رحمه الله وفي المحيط اذا قال بالله لا يكون يمينا الا اذا نوى يعني اذا قال
بكسر اللام وسكون الهاء م وقال ابو حنيفة اذا قال وحق الله فليس بحالف ش يعني لا يكون يمينا م وهو قول محمد رحمه الله
واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه ش اي وعن ابي يوسف م في رواية اخرى انه يكون يمينا ش وبه قال
الشافعي ومالك واحمد م لان الحق من صفات الله وهو حقيته ش اي كونه حقا م فصار الحالف كانه قال والله
الحق والحلف به متعارف ش لان الحق من اسماء الله تعالى ولهذا ذكر في عداد اسماء الله الحسنى فيصح الحلف قال الله
تعالى ذلكم الله ربكم الحق فماذا بعد الحق الا الضلال وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وقال تعالى ويعلمون ان الله هو
الحق المبين م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م انه يراد به ش اي بالحق طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا
بغير الله ش والحلف بالعبادات لا يجوز م قالوا ش اي اصحابنا كلهم قالوا م لو قال والحق ش معرفا حيث م يكون
يمينا ش بالاجماع م ولو قال حقا لا يكون يمينا ش في سبيل التفريع لما قبله م لان الحق من اسماء الله تعالى
والمنكر يراد به تحقيق الوعد ش ويريد به الفرق بين الحق وحقا بان المعرف اسم من اسماء الله تعالى قال الله تعالى ولو
اتبع الحق اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر تقديره قال افعل
هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فصار خارجا عن اليمين وقال الفقيه ابو الليث في النوازل قال ابو
نصر البلخي حق الله يكون يمينا لان الناس يحلفون به ولو قال حقا لا يكون يمينا وهو بمنزلة قوله صدقا وهو
قول محمد بن سلمة وقال الحسن بن ابي مطيع حقا يمين لقوله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم فالحق هو الله تعالى فصار كانه
قال والله لا افعل كذا وقال ابو نصر لو قال والحق لا افعل كذا ان نوى به اسم الله تعالى فهو يمين وان لم يرد به اسم
الله لا يكون يمينا وقال الاترازي لنا نظر في قوله حق الله يكون يمينا لان الاضافة تقتضي المغايرة بين
المضاف والمضاف اليه فيكون الحلف اذن بغير الله انتهى قلت اراد به قول ابي نصر البلخي المذكور وقلت الاضافة
التي تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف اليه اذا كانت الاضافة بمعنى اللام كما في غلام زيد وهنا يحتمل ويبدو منا
يحتمل ان يكون الاضافة بمعنى من كما في خاتم فضة وهذا الاخفى في المقابل م ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف
او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف ش وكذا لو قال اعزم او اعزم بالله وقال زفر اذا لم يقل بالله
في هذه الفصول لا يكون يمينا وبه قال الشافعي رحمه الله نوى او لم ينو وقال مالك اذا نوى اليمين بقوله اقسم
بالله الى اخره يكون يمينا وان اطلق فلا وعن احمد اذا لم يقل بالله فهو يمين ايضا في رواية وفي رواية كمذهبنا
سواء نوى اليمين اولا وفي رواية لا بد من ذكر اسم م لان هذه الالفاظ ش اي اقسم واخواته م مستعملة
في الحلف ش اما الاول فلقوله عز وجل اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين واما الثاني فلقوله تعالى يحلفون بالله واما
الثالث فلقوله نشهد انك لرسول الله ثم قال بعد ذلك اتخذوا ايمانهم جنة سمى قولهم نشهد انك لرسول
يمينا وهم لم يقولوا نشهد بالله والعزم عبارة عن القصد البليغ الذي يمضي اليه قصد العازم فكان
يمينا لانه تصريح بمعناها م وهذه الصيغة ش اي صيغة اقسم م للحال حقيقة ش عند الفقهاء ولذا في الشرع
جعل قول المراة اختار نفسي عند التخيير بمنزلة اخترت وكذا قول الموحد اشهد وقول الشاهد عند
القاضي اشهد للحال م وتستعمل للاستقبال بقرينة ش سوف او السين م فجعل حالفا في الحال ش عند ذكر
لفظ من الالفاظ المذكورة فان قيل اليمين ما كان حاملا او مانعا على فعل او تركه وعند ترك البر موجبا للكفارة
وقوله اقسم بفعل المضارع لا يكون من البر موجبا شيئا بمجرده لانه لم ينعقد على فعل شيء او تركه فكيف

الله

يكون يمينا ولان الكفارة ستارة للذنب هتك حرمة اسم الله وليس في اقسم مجرده هتك حرمة اسم الله
فكيف يكون موجبا للكفارة لان صيغة فعل المضارع كما تكون للحال تكون للاستقبال فلا تجب
الكفارة بالشك خصوصا في حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود ولهذا تتداخلت قلنا قوله
اقسم للحال حقيقة كما قال المصنف فكان بمنزلة قوله على يمين او يمين الله والاقرار باليمين
يمين موجب للكفارة ذكره في الذخيرة والمنتقى م والشهادة يمين س يعني اذا قال اشهد
يمين واستدل عليه بقوله م قال الله نشهد انك لرسول الله س هذا اخبار عن قول المنافقين
اذا جاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا نشهد انك لرسول الله فهذا يمين منهم
يدل عليه ما حكى الله عنهم بقوله اتخذوا ايمانهم جنة فاخبر الله تعالى ان قولهم نشهد انك
رسول الله يمين منهم واشار اليه المصنف بقوله م ثم قال س اي ثم قال الله اتخذوا ايمانهم
جنة فصدوا س الجنة الوقاية وفي التفسير الشهادة تجري مجرى اليمين فيما يراد به من التوكيد
بقول الرجل اشهد في موضع اقسم وبه استشهد ابو حنيفة على ان اشهد يمين م والحلف لقوله
عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر م وبغيره محظور س اي الحلف بغير الله
ممنوع م فينصرف اليه س اي قوله احلف ينصرف الى الحلف بالله لان الظاهر من حال المسلم
الاتيان بالمشروع دون غيره م ولهذا س اي ولاجل ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره
محظور م قيل لا يحتاج الى النية س في قوله احلف او اشهد او اقسم لكونه يمينا صرفا الى ما هو المعهود
في الشرع وعليه صاحب التحفة م وقيل لا بد منها س اي من النية م لاحتمال العدة س اي الوعد
لان اللفظ يحتمله والعدة اصلها الوعد فلما حذفت الواو تبعا لفعله عوض عنها الها م واليمين
س جر اليمين عطفا على العدة اي ولاحتمال اليمين بغير الله فلا يتعين اليمين بالله الا بالنية والى
ذهب ابو نصر الاقطع م ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخدا يكون يمينا لانه س اي لان
اللفظ م للحال س فصح اليمين لان معناه بالعربي احلف بالله وصيغة احلف للحال فينعقد
اليمين وسوگند بفتح السين المهملة وسكون الواو وفتح الكاف الصما وسكون النون وبالدال المهملة
ومعناه اليمين وميخورم بكسر الميم وسكون اليا وضم الخا المعجمة وفتح الرا المهملة وسكون الميم ومعناه
احلف وبخدا بفتح البا الموحدة وضم الخا المعجمة وفتح الدال المعجمة المقصورة ومعناه بالله م ولو قال
سوگند خورم قيل لا يكون يمينا س لانه بعين لفظ قبل لفظ خورم يكون للاستقبال ولا يكون يمينا
وقيل لا فرق بين اللفظين في انه يكون يمينا ولو قال سوگند خورده ام ان كان صادقا يكون يمينا
وان كان كاذبا فلا شي عليه م ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون لعدم التعارف س اي تعارف
كونه يمينا والبا في بطلاق مفتوحة مضاف الى زنم بفتح الزاي والنون وسكون الميم ومعناه
احلف بطلاق امراتي لا افعل كذا لا يكون يمينا لانه ليس بمتعارف عندهم ومعنى زنم امراتي
وزن اسم المراة وزيد فيه الميم الساكنة لتدل على معنى امراتي والميم بمعنى يا المتكلم ولم ار احدا من
الشراح تكلم في هذا الموضع ولا ذكر ما ذكره المصنف مع انهم اهل اللسان غير ان الكاكي ذكر مثل
ما ذكره المصنف ولم يضبط شيئا من ذلك ولا فسر لفظا منه بالعربي والعبد الضعيف تكلم فيه كما
ينبغي مع كوني دخيلا في هذا اللسان قال س اي المصنف م وكذا قوله لعمر الله وايم الله س
اي وكذا يكون يمينا هذان اللفظان اما قوله لعمر الله فلقوله تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون
والعمر بفتح العين وضمها البقا الا ان الضم لم يستعمل في القسم واشار المصنف الى ان معناه البقا
بقوله م لان عمر الله بقا الله س والبقا من صفات الذات لجاز الحلف به فكانه قال والله الباقي
واما ايم الله فقد جا في لفظ النبي صلى الله عليه وسلم في حديث رواه البخاري عن ابن عمر قال بعث
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا الحديث وفيه وايم الله ان كان لخليقا للامارة الحديث م
وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين س وهو مذهب اهل الكوفة وكان التقدير وايمن الله قسمي
فكانه قال حلفت بايمان الله فيكون يمينا وبه قال احمد والشافعي في وجه وقال في وجه لا يكون
يمينا بدون النية م وقيل معناه والله وايم صلة س اي من صلات القسم زائدة م كالواو س اي
في وايم الله وهذا عند البصريين قال الاكمل معناه والله وايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو

وفيه تامل وقال الزمخشري حذف نونه ام وحذف همزته عند الدرج من التخفيف في القسم وفيه
دليل على ان همزته عنده همزة قطع كما هو مذهب الفرا انه يزعم انه جمع يمين فسقوطها عند الوصل
لاجل التخفيف في القسم م والحلف باللفظين س وهما عمر الله وايم الله م متعارف س يعني ان العرب
استعملهما في القسم ولم يرد النهي عنه وهما مشهوران لغة وعرفا وشرعا م وكذا قوله وعهد الله وميثاقه س اي
وكذا يمين قول الحالف بعهد الله وميثاقه وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي لا يكون يمينا بغير النية
م لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله س اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد
جعل عهد الله في القران يمينا كما ترى م والميثاق عبارة عن العهد س يعني في معناه فاذا حلف يمينا والله
يكون يمينا كما في وعهد الله ولهذا اذا حلف بذمة الله يكون يمينا كذا في الاصل والذمة العهد كذا في الفائق
فعلى هذا يكون ذمة الله يمينا كعهد الله لانه في معناه م وكذا س اي وكذا يكون يمينا م اذا قال علي نذر
او نذر الله لقوله عليه السلام م اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة
يمين س هذا الحديث اخرجه ابو داود وابن ماجة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
من نذر الحديث وروى الترمذي عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كفارة النذر
اذا لم يسم كفارة يمين وقال الحاكم في كافيه وان حلف بالنذر فان نوى شيا من حج او عمرة فعليه ما نوى وان لم
يكن له نية فعليه كفارة يمين ثم ههنا اربع مسايل الاولى ان ينذر نذرا مطلقا فهو يمين كما ذكره في الكتاب الثانية
ان يقول لله علي نذر حرم كذا فعليه الوفا بما نذر الثالثة ان يعلق نذره بشرط كما اذا قال اذا جا فلان
او اذا شفى الله مريضي فعلي صوم يوم كذا فعليه الوفا بما سمى الرابعة ان يقول علي نذر ان لا افعل كذا فهو ينعقد
يمينا ويوجب موجب اليمين وللشافعي فيه اقوال في هذه المسايل في قول يمين وفي قول يتخير بين الوفا
بالنذر والكفارة وبه قال احمد وفي قول يجب الوفا بما سمى م وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو يهودي
او نصراني او كافر يكون يمينا لانه س اي لان هذا القائل م لما جعل الشرط علما على الكفر س اي لما جعل
ذلك الشي الذي حلف عليه علما اي علامة على الكفر يعني شرطا له م فقد اعتقده واجب الامتناع
س اي فقد اعتقد المحلوف عليه واجب الامتناع كهتك حرمة اسم الله فصار يمينا كانه قال حرمت على
نفسي ما حلفت عليه م بوجوبه لغيره بجعله يمينا س اي بوجوب الامتناع لغير الشرط وهو اليمين
وقال تاج الشريعة قوله لوجوبه لغيره وهو مباشرة الفعل الذي به حصل النصرانية او اليهودية
يعني انه اعتقد لو فعل كذا تصير نصرانيا فيجب الامتناع في ذلك الفعل م كما نقول في تحريم الحلال
س بان قال كل حل علي حرام فانه يكون يمينا فان قلت يشكل اذا قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله حيث لا
يجعل يمينا وان جعل علما على غضب الله الذي هو واجب الامتناع قلت الغضب قد يتحقق بارتكاب
محظور وهو من فروع الدين وبه لا يصير حالفا لان حرمة تلك الاشيا مما يحتمل الفسخ والتبديل فلا يكون
في معنى حرمة اسم الله بخلاف حرمة الكفر لانه لا يحتمل الفسخ والتبديل م ولو قال ذلك س اي قوله
ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر م لشي قد فعله س في الماضي كاذبا قصدا م فهو الغموس س
اي اليمين الغموس لا كفارة فيها عندنا وذلك هل يكفر ام لا فيه اختلاف المشايخ م ولا يكفر س روي ذلك عن
ابي عبد الله البلخي فانه قال لا يكفر وكذا روي عن ابي يوسف م اعتبارا بالمستقبل س اي اعتبارا
للماضي بالمستقبل لان الكفر بالاعتقاد وهو لم يقصد الكفر وانما قصد ان يصدق في مقالته م
وقيل يكفر س قاله محمد بن مقاتل الرازي كذا في شرح الطحاوي م لانه س اي لان ذلك القول في الماضي
م تنجيز معنى س وان كان تعليقا صورة لانه علقه بما هو موجود والتعليق بشي كائن تنجيز فكانه قال هو
كافر لان كلامه خرج مخرج التحقيق فيكفر به م كما اذا قال هو يهودي س لانه صريح بالكفر م والصحيح
انه لا يكفر فيهما س اي في الماضي والمستقبل م ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف
يكفر فيهما س اي في الماضي والمستقبل م لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل س لانه بالاقدام صار
مختارا للكفر واختيار الكفر كفر وفي المحيط لو قال ان فعلت كذا فاشهدوا علي بالنصرانية فهو يمين م
ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعا على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط
س لان الشرط ما له اثر في وجود الجزا عند وجوده بتعلقه به ولا اثر لوجود الشرط مع عدم المعصية
في وجود الغضب ولا لعدم الشرط مع وجود المعصية في عدم الغضب فعلم ان الغضب من مسببات

المعصية لا من مسببات التعليق وكذلك لا اثر في وجود هذه الافعال لان وجودها باسباب اخر
م ولانه غير متعارف ش اي ولان قوله ان فعلت فعلي غضب الله او سخطه غير متعارف باليمين وقال
الحاكم لو دعى على نفسه باللعنة او الموت او عذاب النار لا يكون يمينا وكذا اذا قال هو ياكل الميتة
او يستحل الدم او لحم الخنزير او يترك الصلوة او الزكوة ان فعل كذا لا يكون يمينا لان ذلك وعد الالتزام
شيء م يعني لا يكون يمينا وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او سارق او شارب خمر او اكل ربوا ش يعني
لا يكون يمينا بهذه الالفاظ م لان حرمة هذه الاشيا ش اي حرمة الزنا والسرقة وشرب الخمر واكل
الربوا م يحتمل الفسخ والتبديل ش اما الزنا والسرقة فلاحتمالان الفسخ ولكن ذلك الفعل المقصود
بالزنا وذلك العين المقصود بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا بوجه النكاح وملك اليمين فيمكن
احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا اذ المراد بالفسخ الرفع وبالتبديل
التغيير واما الخمر والربوا فيحتملان الفسخ ولهذا كان الخمر حلالا ثم نسخ والربوا يحتمل الفسخ في نفسه (ن التغيير)
وان لم يرد الفسخ في حقه ولهذا كان مباحا في دار الحرب ولانه لا يكون زانيا او سارقا وشارب
خمر او اكل ربوا بمجرد قوله انا زان او سارق فيما بينه وبين الله بدون اتصال الفعل بالحالف بخلاف قوله
انا يهودي او نصراني م فلم يكن في معنى حرمة الاسم ش اي فلم يكن في معنى حرمة هتك حرمة اسم الله
لان حرمة اسم الله تعالى لا تحتمل الفسخ اصلا لقيام دليل الوحدانية وهو حدث العالم وليست
كذلك الاشيا المذكورة لما ذكرنا م ولانه ليس بمتعارف ش اي ولان الحلف بهذه الاشيا ليس بمتعارف
وهذا هو الاصح في التعليل ولا خلاف للائمة الاربعة في هذه المسائل **فروع** لو قال اي
عبدك اشهدك واشهد ملائكتك ان لا افعل كذا او فلان فليس بيمين ولو قال ان فعلت كذا فانا
بري من الكتب الاربعة فهي يمين واحدة ولو قال انا بري من الانجيل وبري من التورية وبري من
الزبور وبري من الفرقان فهي اربعة ايمان وكذا لو قال انا بري من الله وبري من رسوله والله ورسوله
بريان منه فهو اربعة ايمان ولو قال بري من الله ورسوله فيمين واحدة ولو قال والله والرحمن يكون
يمينين الا ان يريد تكرار الاول وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال زفر يكون يمينا واحدة
وان ادخل بينهما حرف العطف ولو قال والله والله فهو يمين ولو قال والله والله يكون يمينا واحدة
وفي المنتقى لو قال والله والله او قال والله ثم والله لا افعل كذا او ان فعلت كذا فهي يمين واحدة استحسانا
وفي القياس يمينان وبه ناخذ وعن ابي يوسف اذا قال والله لا اكلمك والله لا اكلمك فهما يمينان
وروى الحسن ان نوى بالثاني الخبر عن الاول يصدق في ديانته ولو قال لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه
شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد يوم فعليه يمينان وان كلمه بعد
شهر فعليه يمين واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه م

فصل في الكفارة

ش اي هذا فصل في بيان الكفارة ولما فرغ عن بيان الموجب بكسر الجيم وهو الحنث شرع في بيان الموجب
بالفتح وهو الكفارة لانها موجبة عند الحنث فان اليمين سبب للكفارة بطريق الانقلاب وقال بعض
اصحاب الشافعي اليمين سبب عند الحنث كملك النصاب عند تمام الحول وقال عامة اصحابه السبب اليمين
والحنث جميعا لانه لو كان مجرد اليمين سببا لوجبت الكفارة وان لم يوجد الحنث ولكن يلزم عليهم ان لا يجوز
الكفارة قبل الحنث لعدم السبب قبله ولهذا اختار صاحب الوجيز الاول م قال ش اي القدوري م
وكفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار ش يعني الرقبة المسلمة والكافرة والذكر والانثى
والصغير والكبير لان الله عز وجل اطلق الرقبة في الموضعين ولم يقيد لكن بينا ما جاز ثمة ولا يجزي
العميا ولا المقطوع اليدين او الرجلين والمقطوع يديه ورجله من جانب واحد بخلاف العورا
ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين وفي الاصم اختلاف المشايخ والاصح الجواز اذا صيح يسمع
م وان شا كسى عشرة مساكين كل واحد ثوبا ش اعلم ان الواجب على الغني احد الاشيا الثلاثة من عتق
رقبة وكسوة عشرة مساكين واطعام عشرة منهم ويتعين ذلك باختيار العبد لان كلمة او في الاية
للتخيير وهو مذهب عامة الفقهاء والمتكلمين وقال بعضهم احدها واجب عينا عند الله تعالى وان كان
مجهولا عند العباد والله تعالى يعلم ان العبد يختار ما هو الواجب عنده عز وجل وقالت المعتزلة الواجب
الكل على البدل على معنى انه لا يجب تحصيل الكل ولا يجوز ترك الكل واذا اتى بواحد كفى غير ان المكلف

اذا اختار

اذا اختار الكسوة كسى عشرة مساكين لكل مسكين ثوبا ازارا او رداء او قميصا او قباء او كساء او جبة او ملحفة
لان لابس هذه الاشيا يسمى مكتسيا فيجزي كل واحد منها م فما زاد ش اي فما زاد على الثوب م وادناه ش
اي ادنى الثوب ما يجوز فيه الصلوة لان لبس ما لا يجوز فيه الصلوة لا يسمى لابسا م وان شا اطعم عشرة مساكين
كالاطعام في كفارة الظهار ش يعطي لكل واحد من عشرة مساكين صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من حنطة
او دقيق او سويق فان دعى عشرة مساكين فغداهم وعشاهم اجزاه وكذلك ان اطعم خبز البر معه ادام
وان غداهم وعشاهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيئا لم يجز وعليه اطعام مسكين واحد قاله الحاكم وغيره
م والاصل فيه ش اي في وجوب الكفارة م قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية ش اي اقرا الاية
او الاية بتمامها على الاول النصب على المفعولية وعلى الثانية الرفع على الابتدا محذوف الخبر م وكلمة او للتخيير
فكان الواجب فيه ش اي في التكفير م احد الاشيا الثلاثة ش لان هذا مقتضى التخيير م قال ش اي القدوري م
فان لم يقدر على احد هذه الاشيا الثلاثة ش بان كان معسرا لا يقدر على شيء من ذلك م صام ثلاثة ايام متتابعات ش
فان صامها متفرقة لم يجزه م وقال الشافعي رحمه الله يخير ش يعني ان شا فرق وان شا تابع م لاطلاق النص ش اي
نص القران وبه قال مالك واحمد في رواية وطاوس ومذهب احمد كقولنا وهو قول الشافعي رحمه الله فان قيل
الشافعي رحمه الله يحمل المطلق على المقيد في حادثة او حادثتين فكيف لم يحمل فيهما مع ورود القرائن
مطلقا ومقيدا قلنا انه يقول تعارض هنا اصلان متعارضان احدهما مقيد بالتفرق وهو صوم المتعة
في الحج والثاني مقيد بالتتابع وهو صوم كفارة الظهار والقتل فلم يمكن الحاقه باحدهما اذ الحاقه باحدهما
يوجب ترك العمل بالنص الاخر م ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي ش
اي قراءة ابن مسعود م كالخبر المشهور ش قال الاترازي وقراءته كانت مشهورة الى زمن ابي حنيفة ويجوز
الزيادة على النص بالمشهور وقال شراح الشريعة لانها نقلت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اشتهرت
في السلف حتى يعلم في المكاتب والرسالة بالخبر المشهور صحيحة وقال الكاكي كالخبر المشهور لانه يقرا
سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يثبت قراءته لعدم التواتر فصار كالرواية المشهورة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم فصح التقييد بها وعندنا لا يحمل المطلق على المقيد كما في صدقة الفطر لامكان العمل
بها وههنا غير ممكن لانهما في حكم واحد في حادثة وهو الصوم وانه لا يقبل وصفين متضادين في وجود
فاذا ثبت تقييده بالتتابع في تلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة بخلاف صدقة الفطر لانهما وردا في السبب
ولا منافاة بين السببين واما صوم المتعة لم يجز في ايام النحر لانه لم يشرع فيها الا ان التفرق فيه
واجب م والمذكور في الكتاب ش قال الكاكي اي المبسوط وقال الاترازي اي في مختصر القدوري
واراد بالمذكور قوله في اول الفصل وادناه ما يجوز فيه الصلوة م في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد
رحمه الله ش مروي خبر مبتدا اعني قوله المذكور والمذكور هو ادنى ما يجوز فيه الصلوة وهو السراويل
وبه قال احمد وفي السراويل اختلاف الرواية قال في نوادر هشام لا يجوز وفي نوادر ابن سماعة يجوز (ن نوادر)
كذا في الاجناس وقال الكرخي في مختصره لا تجزي في ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل وروى ذلك
ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ورواه ابو عمرو ومحمد الكيساني في املا محمد لانه لو لا رجلا
لبسه يسمى عريانا فلا يثبت له اسم الكسوة وفي الخلاصة عن محمد ان اعطى المراة لا يجوز وان اعطى الرجل
يجوز لجواز صلوته فيه كالقميص وذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من تصنيفه قال ابو حنيفة
ان كانت العمامة قدر ما يقدر الازار السابغ او ما يقطع قميصا يجزي والا لم يجزه وهذا كله اذا كسى
رجلا فاما اذا كسى امراة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار لان راسها عورة لا يجوز الصلوة اذا كانت
مكشوفة وقال الحاكم الشهيد في الكافي فان اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة ولكنه يجزي
من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة ولو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم
وهو ثوب كثير القيمة نصيب كل انسان منه اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة واجزاه من الطعام
وقال مالك والليث للرجل ثوب وللمراة ثوبان درع وخمار وقال الشافعي رحمه الله يعتبر ما يطلق عليه اسم
الكسوة حتى يجوز قميص او سراويل او عمامة او جبة او قبا او مقنعة او ازار او رداء او طيلسان لان
الاسم يقع على جميع ذلك وله في القلنسوة والخف وجهان وعندنا ومالك واحمد لا يجوز القلنسوة والخف
وعن ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز اقل من ثلاثة اثواب قميص ومئزر ورداء وعن ابي موسى الاشعري انه يجزي ثوبان

ثم اعتبار الفقر والغنى عند ارادة التكفير عندنا وعند الشافعي رحمه الله عند الحنث حتى لو كان موسرا
عند الحنث ثم اعسر جاز الصوم عندنا وبعكسه لا وعنده على القلب م وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان
ادناه س اي ادنى ما يجوز ان يكتسي به م ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل س لانه لا يستر عامة البدن
م هو الصحيح س اي هذا المروي عن ابي حنيفة هو الصحيح م لان لابسه س اي لابس السراويل م يسمى عريانا
في العرف لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الاطعام باعتبار القيمة س يعني لو اعطاه ثوبا لا يجزئه
عن الكسوة مثل سراويل او خف او نصف ثوب يجزئه عن الطعام اذا بلغت قيمته نصف صاع من بر وبه
قال مالك واحمد في ظاهر الرواية يجزئه عن الطعام بغير نية وعن ابي يوسف اذا نوى يكون بدلا عن الطعام
ويجزئه عنه والا فلا وقال زفر لا يجزئه عن الطعام نوى او لم ينو وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز اعتبار القيمة
في الكفارة كما في الزكوة م وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزئه بالمال س اي يجزئ التكفير
بالمال قبل الحنث وبه قال مالك واحمد وقيد بالمال لان ظاهر مذهبه ان الصوم لا يجوز لان العبادات
البدنية لا تقدم على وقت الاداء وفي وجه يجوز وهو قوله القديم وبه قال مالك واحمد م لانه اداها بعد
السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح س قبل الموت وكذا كفارة الظهار فانها تجوز بعد الظهار
قبل العود كالزكوة فانها تجوز قبل الحول م ولنا ان الكفارة لستر الجناية س لانها تكفر الخطيئة اي تستر
ولا يتصور سترها قبل وجودها وهو معنى قوله م ولا جناية س فلا ستر ولا يصح التكفير قبل الحنث لانه
يلزم تقديم المسبب على السبب وهو فاسد كما لو كفر قبل الافطار م واليمين ليست بسبب س هذا
جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب تقريره لا نسلم ان اليمين سبب لوجوب الكفارة لان ادنى
درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم وطريقا له واليمين مانعة الحنث وهو معنى قوله م لانه مانع س
وتذكير الضمير باعتبار المذكور او باعتبار ظاهر اللفظ م غير مفض س الى الحكم والسبب ما يكون مفضيا كما
ذكرنا م بخلاف الجرح جواب عن قياس المتنازع فيه على الجرح قبل الموت م لانه س اي لان الجرح م مفض
س الى زهوق الروح وبخلاف الظهار لان نفس الظهار جناية ويجوز الزكوة قبل الحول لانها شكر لنعمة المال وهو
موجود ومضي الحول تأجيل فيه واضافة الكفارة الى اليمين مجاز لانها على عرض ان يصير سببا على تقدير
الحنث فان قلت الشافعي رحمه الله تمسك بقوله عليه السلام لعبد الرحمن بن سمرة اذا حلفت على يمين
فرأيت غيرها خيرا منها فكفر يمينك وائت بالذي هو خير وكفر عن يمينك الحديث في الصحيح ولا يقال الواو
لجمع وثم للترتيب لانه جاء في رواية اخرى ثم ليكفر فيحمل ما رواه الشافعي على انه بمعنى الواو لان ثم يجيء
بمعنى الواو وقال تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم الله شهيد فيكون ما رويناه محكما في التأخير وما رواه محتمل فحملناه
على ما ذكرنا اعمالا للنصين ولانه امر بالتكفير مطلقا ومطلق التكفير لا يجوز قبل الحنث لانه لا يجوز بالصوم اجماعا
م ثم لا يسترد من المسكين س عطف على قوله لم يجزه يعني لا يسترد المال من المسكين وان كان لا يقع عن الكفارة
لوقوعه صدقة س لانه قصد شيئين حصول الثواب ودفع الذنب ولم يرتفع الذنب لعدمه فيحصل الثواب
لامكانه فيكون صدقة ولا رجوع فيها م قال س اي القدوري م ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي
او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام س اي
لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر
يمينه س هذا الحديث مضى الآن ومضى الكلام فيه ومعنى قوله على يمين اي على مقسم عليه من فعل
او ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو الله ومقسم عليه وهو قوله لافعلن او لا افعل فكان من باب
ذكر الكل وارادة البعض وقال الاكمل في وجه الاستدلال نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها
فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم تقتضي ان يرى ترك المعصية
خيرا منها فليجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله م ولان فيما قلناه س يعني اداء الكفارة بعد الحنث م تفويت
البر الى جابر وهو الكفارة س لما ان الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو حلل اليمين بالحنث فيما قلنا
فيصلح الكفارة جابرة م ولا جابر للمعصية في ضده س اي في ضد ما قلناه واراد بالضد البر
في اليمين اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي رحمه الله لان الحنث لا يتأخر عن الكفارة لم
تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم هذا في النهاية وقال الاكمل
وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر

والجابر

والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فيكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية
لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الاب وقتل الفلان يتحقق تحصيل المعصية
بلا جبر لها فيكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين
صحيح والثاني السبب انتهى قلت اراد بالقائل بقوله وقال في بعض الشروح الاكمل لانه قال في شرحه هكذا
وسرده الاكمل برمته وحسنه م واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد الاسلام فلا حنث
عليه س اي فلا كفارة عليه وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يلزمه الكفارة بالمال دون الصوم
م لانه س اي لان الكافر م ليس باهل لليمين لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما
س لانه هاتك اسم الله باصراره على الكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان والبر لا يتحقق الا من
المعظم ولا يلزم استحلافه في المظالم والخصومات اذ هو مشروع في حقه لانه من اهل
مقصود الاستحلاف وهو النكول او الاقرار وكذا هو من اهل اليمين بالطلاق والعتاق لانه من
اهل حكمها م ولا هو اهل للكفارة س اي ولا الكافر اهل للكفارة م لانها عبادة س لكونها ستارة
للذنب م ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه س سواء كان ثوبا او طعاما او امة او غيرها بان قال
حرام علي ثوبي هذا او طعامي هذا او امتي هذه ونحو ذلك م لم يصر محرما اي بعينه بل صار محرما
بالنص ولهذا قال عقيبه م وعليه ان استباحه س اي يعامل به معاملة المباح فان اكل الطعام
او لبس الثوب او وطئ الامة بعد تحريمه م كفارة يمين وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه س لانه ليس
بيمين الا في النساء والجواري وبه قال احمد وقال مالك من حرم على نفسه شيئا غير امرأته لا يلزمه
شيء وليس بيمين م لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين س
بعكسه وهو تحليل الحرام م ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله س اي اعمال
اللفظ م بثبوت حرمة لغيره س لغير اللفظ م باثبات موجب اليمين س وهو الكفارة حاصله ليس
في وسعه اثبات الحرمة لذاته وعينه فثبتت الحرمة لغيره وهو صيانة حرمة اليمين وهو الكفارة
على تقدير الحنث م فيصار اليه س اي الى ثبوت الحرمة لغيره م ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا
س انتصاب قليلا على انه مفعول لقوله فعل حنث ووجبت الكفارة س لان التحريم ثبت يتناول
كل جزء منه م وهو المعني س بكسر النون وتشديد الياء اي المقصود م من الاستباحة المذكورة س
اي فعل ما حرمه هو المراد من الاستباحة التي ذكرها م لان التحريم اذا ثبت س يعني تحريم العين وهو
دليل قوله اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث وذلك لان تحريم العين اذا ثبت م تناول كل جزء منه
س اي مما حرمه فيحنث بالقليل والكثير قال الاكمل وعورض بان اليمين اما بان يذكر مقسم به وهو عند ذكر
اسم من اسماء الله او صفة من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار
يمينا واجيب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك
في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والراي لا يعارض
النصوص السمعية م ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك س هذا ظاهر
الرواية قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قال الرجل كل حل علي حرام سئل عن نيته فان نوى يمينا
فهو يمين ويكفرها ولا يدخل امرأته في ذلك الا ان ينويها فان نواها دخلت فيه فاذا اكل او شرب او
قرب امرأته حنث وسقط عنه الايلاء فان نوى فيه الطلاق فالقول فيه كالقول في الحرام اي يصح ما نوى
وان نوى الكذب فهو كذب م والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس
م ونحوه س بفتح العينين وفتح الشعر او ضمهما م وهو قول زفر س بان عنده كما يفرغ في اليمين حنث م
وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم س لان صيغه اذا لم يمكن اجراؤها
على عمومها يراد بها اخص الخصوص للتنفس ومثلا لا يمكن ذلك لان الانسان لا يمكنه منع نفسه عن
التنفس وفتح العين وذلك له حلال فحمل الحلال على ما هو متعارف به من المطعوم والمشروب
وهو معنى قوله م واذا سقط اعتباره س اي اعتبار العموم م ينصرف س يمينه م الى الطعام وا
لعرف س بين الناس م فانه يستعمل فيما يتناول عادة س هذا التعليل لقوله للعرف يعني انما انصرف
قوله كل حل علي حرام الى الطعام والشراب لانه في عرف الناس يستعمل في ذلك م ولا يتناول المرأة

الايلا لينة لا سقاط اعتبار العموم لانه لا يمكن اجرا اللفظ على العموم لما قلنا م واذا نواها س اى اذا المراة م كان ايلا س لان اليمين في الزوجات ايلا فان جامعها في المدة كفر عن يمينه وان لم يقربها حتى مضت مدة الايلا بانت بالايلا ولا يصرف اليمين عن الماكول والمشروب س حتى اذا اكل او شرب حنث م وهذا كله س اى هذا المذكور كله م جواب ظاهر الرواية س وهو رواية المبسوط م ومشايخنا قالوا س اراد بهم مشايخ بلخ كابى بكر الاسكاف وابى بكر بن ابى سعيد والفقيه ابى جعفر حيث قالوا م يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال س فيما بين الناس في هذا الزمان انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق م وعليه الفتوى س قال ابو الليث وبه ناخذ وفي فتاوى النسفي حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف وان لم يكن له امراة يجب عليه كفارة وان كانت له امراتان يقع الطلاق على واحدة واليه البيان في الاظهر كقوله امراتي طالق وله امراتان او اكثر وفي التتمة وكذا لو قال حلال الله على حرام او حلال خداي او حلال ايزد بروي حرام وله امراة ينصرف اليها من غير نية للعرف فان مراد العامة من هذا اللفظ الطلاق م ولهذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام س اى لاجل عرف الناس بذلك في الطلاق م واختلفوا في قوله س اى اختلف المشايخ في قول الرجل م هرچه بدست راست كيرم بروي حرام انه هل يشترط النية س ام لا يشترط م والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف س قوله هرچه بفتح الها وسكون الرا وكسر الجيم الصمة وسكون الها ومعناه كل شي قوله بدست بفتح البا الموحدة والدال المهملة وسكون السين المهملة والتا المثناة من فوق ومعناه بيدي قوله راست بفتح الرا وسكون السين المهملة بعد الالف والتا المثناة من فوق ومعناه اليمين يعني بيدي اليمني قوله كيرم بكسر الكاف وسكون اليا اخر الحروف وفتح الرا وسكون الميم معناه اخذ قوله بروي بفتح البا الموحدة وسكون الرا وفتح الواو وسكون اليا اخر الحروف معناه على وفي خلاصة الفتاوى هرچه بدست راست كيرم بروي حرام لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست كرفته ام فهو بمنزلة قوله كيرم ولو قال هرچه بدست چپ كيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرچه بدست راست كرفتم لا يكون طلاقا لان العرف في قوله كيرم ولا عرف في قوله كرفتم ولو قال هرچه بدست كيرم ولم يقل راست او چپ فهو بمنزلة قوله هرچه بدست راست كيرم م ومن نذر نذرا مطلقا س اى مطلقا عن ذكر الشرط بان قال لله على صوم سنة بدون التعليق بشي م فعليه الوفا به س اى بما سمى م لقوله عليه السلام س اى لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من نذر وسمى فعليه الوفا بما سمى س هذا حديث غريب وفي وجوب الوفا بالنذر احاديث صحاح منها ما رواه البخاري عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا قال يا رسول الله ان اختي نذرت ان تحج وانها ماتت قبل ان تحج فقال عليه السلام لو كان عليها دين اكنت قاضيه قال نعم قال فاقض الله فهو احق بالقضا وفي رواية ان امي ومنها ما اخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر ان عمر رضي الله عنه قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام قال فاوف بنذرك وزاد البخاري فاعتكف ليلة ومنها ما رواه ابو داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني نذرت ان اضرب على راسك بالدف قال اوفي بنذرك الحديث م وان علق النذر بشرط س بان قال ان شفى الله مريضي او رد الله غائبي او مات عدوي فعلي صوم شهر او سنة م فوجد الشرط فعليه الوفا بنفس النذر ولا يخرج عنه بالكفارة م لاطلاق الحديث س المذكور فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا او معلقا بشرط م ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده س اى عند الشرط اى عند وجوده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم يجزه الكفارة فكذا هذا وبه قال مالك في المشهور عنه وقيل ان كان النذر في مباح يتخير وفي الطاعة يلزمه الوفا مطلقا م وعن ابي حنيفة انه رجع عنه س اى عن نفس الوفا بالنذر الى التخيير بين الكفارة والوفا وعن عبد العزيز ابن خالد الترمذي قال خرجت حاجا فلما خرجت الكوفة قرات كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة رحمه الله فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رايي ان ارجع فلما رجعت عن الحج اذا ابو حنيفة رحمه الله قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وبه يفتي اسمعيل الزاهد وشمس الائمة السرخسي لكثرة البلوى به في هذا الزمان وهذا لان كلامه نذر بظاهره يمين بمعناه م وقال اذا قال

س اى وقال ابو حنيفة اذا قال الرجل م ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة س اى او قال فعلي صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد س وبه قال الشافعي في الجديد واحمد ومالك في رواية وفي القديم يتعين الكفارة ويسمون هذا نذر اللجاج م ويخرج عن العهدة س اى عهدة اليمين م بالوفا بما سمى ايضا س حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين ان يصوم ثلاثة ايام وان يصوم شهرا وهذا مروي عن ابي حنيفة في النوادر ووجهه ما روي في السنن مسندا الى عقبة بن عامر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين م وهذا س اى هذا المذكور م اذا كان شرطا س اى اذا كان النذر معلقا بشرط م لا يريد كونه س مثل ان شربت الخمر فعلي صوم سنة م لان فيه معنى اليمين وهو المنع س عن ايجاد الشرط م وهو بظاهره نذر وهو بظاهره م فيتخير ويميل الى اي الجهتين شا س اى التكفير او النذر م بخلاف ما اذا كان شرطا س اى بخلاف ما اذا علق بشرط م يريد كونه س اى كون الشرط كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع س لان قصده الرغبة فيما جعله شرطا م وهذا التفصيل س اى الذي ذكرنا من شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده م هو الصحيح س وقال الاكمل وفيه نظر لانه ان اراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية لدفعه التعارض والدفع ممكن من حيث حمل احدهما على المرسل والاخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد على ان فيه ايما الى القصور من الذهاب الى ظاهر الرواية م قال س اى القدوري م ومن حلف على شي وقال ان شا الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه س وفي المبسوط حلف على يمين او نذر وقال ان شا الله متصلا لا حنث عليه وبه قال اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر م لقوله عليه السلام س اى لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من حلف على يمين وقال ان شا الله متصلا فقد بر في يمينه س هذا الحديث بهذا اللفظ غريب وبمعناه احاديث منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من حلف فاستثنى فان شا مضى وان شا ترك غير حنث انتهى لفظ النسائي وفي لفظ له فهو بالخيار ان شا مضى وان شا ترك ولفظ ابن ماجه نحوه ولفظ ابي داود من حلف على يمين فقال ان شا الله فقد استثنى ولفظ الترمذي فقال ان شا الله فلا حنث عليه وقال حديث حسن ومنها ما رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث ابن طاوس عن ابيه عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شا الله لم يحنث م الا انه س استثنا من قوله فلا حنث عليه يعني انما لا يحنث الا اذا كان الاستثناء متصلا بيمينه وهو معنى قوله م لا بد من الاتصال س بان لا يقطع قوله ان شا الله بكلام او سكوت والفصل لانقطاع النفس لا يعتبر لتعذر الاحتراز عنه اما اذا كان الاستثنا منفصلا فلا عبرة به فعليه الحنث م لانه بعد الفراغ رجوع س عن اليمين م ولا رجوع في اليمين فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل قلت الدلائل الدالة في المنصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثنا منفصلا يفضي الى افنا العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من ان يكون ملزمه وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثنا على الاتصال توفيقا بين الادلة والله اعلم بالصواب م

باب اليمين في الدخول والسكنى

س اى هذا باب في بيان حكم اليمين المتعلق بدخول البيت وحكم السكنى فيه والدخول الانفصال من الظاهر الى الباطن والخروج على العكس والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام فان من جلس في مسجد او بات فيه لا يعد ساكنا فيه ولما كان انعقاد اليمين على فعل شي او تركه شرع يذكر الافعال التي تنعقد عليها اليمين بابا بابا الا انه قدم هذا الباب على غيره لانه اهم لان الانسان يحتاج الى مسكن يدخل فيه ويستقر ثم يترتب على ذلك سائر الافعال من الاكل والشرب م قال س اى القدوري م ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة س بكسر البا معبد النصارى م او الكنيسة س وهي متعبد اليهود م لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها س اى للبيتوتة والمعتبر في الايمان العادة والعرف

والالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا وقال احمد مبنى الايمان على النية سوا نوى ظاهر
اللفظ او مجازه خاصا او عاما لقوله عليه السلام لكل امرئ ما نوى وقال الشافعي رضي الله عنه مبنية
على الحقيقة لانها حقيقة بان مراد وعند مالك رحمه الله على معاني كلم القران [illegible] اصح اللغات وافصحها
م وكذا س اي وكذا لا يحنث م اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار س والظلة ما اظل فوق الباب
خارج الدار م لما قلنا س اشارة الى قوله لان البيت ما اعد للبيتوتة وفي المحيط ولو دخل دهليز
الدار يحنث لانه في الداخل م والظلة تكون على السكة س قد ذكرنا ان الظلة ما اظل فوق الباب خارج
الدار وهو صالح ان يكون تفسيرا لما ذكره المصنف واوضح ذلك صاحب الحصر فقال الظلة هي التي احد
طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الاخر على حائط الجار المقابل وفي الذخيرة اراد بالظلة الساباط
الذي يكون على باب الدار وقال صاحب المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب
والكل في الحقيقة معنى واحد م وقيل اذا كان الدهليز بحيث اذا اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف
يحنث لانه يبات فيه عادة س قيد بقوله وهو مسقف اذا كان غير مسقف ينبغي ان لا يحنث ولكن
الاصح ان كل موضع اذا اغلق الباب لا يمكنه الخروج يكون من الدار فعلى هذا يحنث بدخوله الدهليز
مطلقا كما ذكر اولا وعلله بقوله لانه في الداخل م واذا دخل صفة حنث س اي في يمينه لا يدخل
بيتا م لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي س الشتوي هو الذي
يبنى لان يبات فيه في الشتاء والصيفي الذي يبنى لان يبات فيه في الصيف فالشتوي له جدران
اربعة في واحد منها باب والصيفي له ثلاثة جدران ليس الا وهو الصفة وفيه قول بعض المشايخ
خلاف هذا اشار اليه بقوله م وقيل هذا س اي الحنث بدخول الصفة في يمينه لا يدخل بيتا
م اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم س اي صفاف اهل الكوفة فحينئذ
لا يكون فرق بين البيت والصفة فيحنث لانه يبات فيها وفي المبسوط وفي عرفنا الصفة ذات
حوائط ثلاث قد يكون في هيئة البيت فلا يكون بيتا فلا يحنث وبه قال الشافعي وقال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن ابي حازم قاضي بغداد قال هذه المسئلة كانت مشكلة حتى
انتهيت الى الكوفة فرايت صفافهم مبوبة فعلمت ان الايمان وضعها على بناء دارهم وقال ابو بكر الرازي
في شرح مختصر الطحاوي قال اصحابنا ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة يسمون بيتا في جوفه
بيت اخر صفة فاما اسم الصفة في بغداد لا يتناول البيت ولا اسم البيت يتناول الصفة م وقيل
الجواب يجري على الاطلاق س يعني يحنث اي صفة دخلها لصحة البيتوتة فيها واليه ذهب المصنف
ونبه عليه بقوله م وهو الصحيح س وقال الكاكي وهو الصحيح احترازا عن تقييد الصفة بعرفهم يعني
الصحيح الاطلاق لوجود البيتوتة في الصفة م ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث
ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث س وقال الشافعي لا يحنث
في الوجهين واشار المصنف الى الفرق بين الوجهين بقوله م لان الدار اسم للعرصة س قال ابن الاثير
العرصة كل موضع واسع لا بناء فيه وقال الجوهري العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها
شيء من بناء والجمع العرصات والعراص قلت ومنه عرصات يوم القيمة وهي في لغة العجم كذلك لذلك
قال المصنف م عند العرب والعجم س وهي بسكون الراء وتفتح في الجمع يقال دار عامرة بالعين
المهملة م ودار غامرة س بالغين المعجمة قال الجوهري الغامر يعني بالغين المعجمة من الارض خلاف العامر
يعني بالمهملة وفي حديث عمر رضي الله عنه جعل على كل جريب عامر او غامر درهما وقفيزا قال
ابن الاثير الغامر يعني بالغين المعجمة ما لم يزرع مما يحتمل الزراعة من الارض والجريب من الارض
ستون ذراعا في ستين م وقد شهدت اشعار العرب بذلك س اي بان الدار اسم للعرصة وجاءت
في اشعار كثيرة منها قال لبيد العامري عفت الديار محلها فمقامها بمنى تابد غولها فرجامها
قوله عفت اي عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول دون الاقامة وما كان منها للاقامة وعنى
بعفو لها درو ومقعد ومنا الادرم يعني انه دست قوله بمنى بالتنوين وهو موضع بحمى ضرية دون منى
الحرم قوله تابد اي اقفر والغول الوحوش قوله غولها بفتح الغين المعجمة والرجام بكسر الراء
وبالجيم وهما جبلان معروفان وقيل موضعان ومنها ما قال النابغة يا دار مية بالعلياء

البيت

فالسند اقوت وطال عليها سالف الامد ◦ وقفت فيها اصيلا لا اسائلها اعيت جوابا وما بالربع
من احد يخاطب النابغة دارمية اسم امراة والعليا موضع مرتفع وكذلك السند يخص موضع
مرتفع من ارتفاع الوادي والجبل ثم اخبر عنها بقوله اقوت اي اقفرت وخلت عن اهلها وذهبوا
وطال عليها ما مضى من مرور الزمان ثم يقول وقفت عليها عشية اسائلها عن اهلها اين مضوا فلم
تقدر على الجواب ولم يكن فيها احد يجيبني والاصيلال اصيل اصيلان مصغرا صيلان جمع اصيل
تابدل لوامن النون لاما والاصيل الوقت بعد المغرب ومنها ما قال حسان بن ثابت رضي الله عنه تلك
دار الالوف اضحت خلاء بعد ما كان فيها في نشاط والنشاط شرة من اصبى وهذه الابيات كما ترى
دالة على ان الدار تسمى دارا بعد ارتحال اهلها عنها وانمحاء اثارها وهكاو دروس رسومها
واطلالها قال الاترازي وقد اورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير والامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي بيتا يصلح لضبط الفقها وهو الدار دار وان زالت حوائطها
والبيت ليس ببيت بعد تهدمه ثم قال ولكن لا يصلح للاحتجاج به لان قائله بمعلوم
وانشا مثله لكل احد غير عسير انتهى وذكر الكاكي هذا البيت في معرض الاحتجاج فلا باس به
لانه وان لم تعرف قائله يصلح للاستشهاد م والبناء وصف فيها س اي في الدار م غير ان
الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر س اي هذا اذا كانت الصفة داعية الى اليمين لصفة
كون الدار معينة وفي الغائب اي المنكر تعتبره لان الغائب تعرف بالوصف فتعلقت اليمين
بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة وفي المعين لغو لان الاشارة ابلغ في
التعريف فاغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح فاستوى وجودها وعدمها وهنا اعتراضان
الاول نقض اجمالي وهو ان يقال هذا التشكيل ما قال محمد في كتاب الوكالة لو وكله بشرا
دار فاشترى دارا خربة يلزم الموكل وينبغي ان لا ينفذ للموكل لان الصفة في الغائب معتبرة والجواب
ان الصفة في النكرة من كل وجه معتبرة والدار في اليمين منكرة من كل وجه وفي الوكالة تعرف
من وجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن والمحلة ولهذا في اليمين لا ولا يلزم
الى الصحة انتفا دالوكالة العمد دالبين بالاصفه الاعتراض الثاني نظر وهو المعارضة وهو
ان يقال ان البناء لا يخلو اما ان يكون داخلا في المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا
يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول في العرصة وان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف
الحال بالغيبة والحضور في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد يمينه برجل قاعد
عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه والجواب ان البناء صفة متعينة للدار يجاز
ان يكون مرادا بحكم العرف لتعينه وفي الرجل الراجح في الصفات ثابت والعلم والعقل والقد
والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها يمتنع ارادتها عادة وليس البعض اولى
من البعض في الارادة فيمتنع الارادة اصلا كذا ذكره في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية
وقال الاكمل ورد بان البناء ضده الخراب وحال الدار محل بواردهما فكيف صار البناء
صفة متعينة لهو في حيز الامتناع واقول في جواب المعارضة المذكورة من العميم عن حاضر
لجواز ان يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه
م ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم
باق بعد الانهدام س لانها لم تتبدل باعتبار اصله وانما تبدل الوصف وذلك لا يعتبر
في الحاضر وللشافعي رحمه الله فيه وجهان م وان جعلت مسجدا س اي وان جعلت الدار م
مسجدا او حماما او بستانا او بنيت بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم اخر
عليه س لانه لا يبدل اسمها كان ذلك بمنزلة تبدل العين م وكذا س اي وكذا لا يحنث م
اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه س اي بعد كونه مسجدا او بستانا او نهرا فجعلها دارا
فدخل لم يحنث م لانه لم تعد اسم الدارية س بتشديد الياء اخر الحروف وقال الكاكي لم يحنث
وان عاد اسم الدار لكونه صنعة جديدة فنزل ذلك منزلة اسم اخر نظرا الى تبدل السبب
ولهذا لو حلف لا يدخل هذا المسجد فدخله بعدما انهدم يحنث م ولو حلف لا يدخل هذا البيت

تدخله بعد ما انهدم وصار صحرا لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا ثبات فيه حتى لو بقيت الحيطان
وسقط السقف يحنث لانه بيات فيه س اى في البيت الذي زال سقفه وجدرانه بقيت
م والسقف وصف فيه س اى في البيت اذ البيتوتة تحصل بدونه والسقف صفة الكمال
في البيت فلم يضر زوال الوصف م وكذا اذا بنى س اى ذلك البيت م بيتا اخر فدخله س لم
يحنث م لان الاسم لم يبق بعد الانهدام س لان الثاني صار غير الاول لانه بصنعة جديدة
وفي خلاصة الفتاوى عن الاصل لو حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر او فسطاطا
او خيمة لا يحنث ان كان الحالف من اهل المصر وان كان من اهل البادية يحنث وذكر بعضهم في
شرحه منقولا عن الفوائد الظهيرية انه اذا حلف لا يهدم بيتا فخلف بيت العنكبوت يحنث
هذا سهو لانه يخالف الاصل والرواية قال الشيخ ابو نصر وان حلف لا يخرب بيتا فخرب
العنكبوت لم يحنث وان سماه الله ذكره في مسالة لا ياكل لحما فاكل السمك لم يحنث م قال س
اى القدوري م ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى
ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد س ولهذا يصح اقتداء الذي على سطح المسجد
بمن فيه وذكر في الشامل حلف لا يدخل دار فلان فقام على حائطه او سطحه حنث وقال في
شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله لا يحنث وقال بعض اصحابه يحنث م وقيل في عرفنا لا يحنث
س بالوقوف على سطح الدار قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم فانه لا يحنث
في هذا كله ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار وفي جامع قاضي خان هذا
في عرفهم وفي عرفنا الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولا فلا يحنث قال والصحيح جواب
الكتاب انه يحنث وفي الفتاوى قال هذا اذا كان اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية وصعد السطح
او شجرة فيها او حائطا منها لا يحنث وفي الكافي المختار في بلاد العجم انه لا يحنث وفي الذهلية يحنث وفي
الايضاح لو كان فوق المسجد مسكن لم يحنث لان ذلك ليس بمسجد وفي شرح الوجيز لو كانت في الدار
شجرة منتشرة الاغصان فتعلق ببعضها فان حصل في محاذاة البناء حنث وان حصل في محاذاة
سترة السطح ففيه وجهان وان اعلى من ذلك لا يحنث وعن اصحاب ابي حنيفة انه لو كان يحنث لو سقط
في الدار يحنث م قال س اى القدوري م ان دخل دهليزها يحنث ويحتاج ان يكون على التفصيل الذي
تقدم س يعني اذا اغلق الباب وبقي داخلا وهو مسقف وانما قال هذا لان القدوري اطلقه م وان
وقف في طاق الباب يحنث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن
الخارج من الدار س اى خارج الباب من الدار لعدم الحرز به وفي المحيط وكذا لو قام على اسكفة الباب
والباب بينه وبين الدار لا يحنث ولو ادخل راسه او احدى رجليه او حلف ان لا يخرج فاخرج
احدى رجليه او راسه لم يحنث وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية ولو حلف لا يدخل بيت
فلان ولا نية له فدخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت هذا في عرفهم وفي عرفنا الدار والبيت
واحد فيحنث ان دخل صحن الدار وعليه الفتوى وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه واحد حلف
لا يدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل لم يحنث سواء كان في الميت دين او لا ولو باعها فلان ثم دخلها
ان عينها بان قال هذه لا يحنث عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر والشافعي ومالك واحمد يحنث
ولو دخل دارا مشتركة بينه وبين غيره فان كان المحلوف عليه يسكنها يحنث ولو دخل دارا يسكنها
فلان بالاجارة او الاعارة يحنث وبه قال مالك واحمد م قال س اي قال القدوري م ومن
حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان
يحنث س وبه قال زفر والشافعي في وجه م لان الدوام له حكم الابتداء س لان الدوام على
الفعل له حكم ابتداء الفعل كما اذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه او لا يركب هذه الدابة
وهو راكبها فدام على ذلك يحنث م وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من
الخارج الى الداخل س وليس له دوام م ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه
في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل في ساعته او حلف
لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة في ساعته وقال زفر يحنث س لان قياسا م

لوجود الشرط س اى شرط الحنث وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير م ولنا ان اليمين تعقد
للبر فيه بمعنى منها زمان تحقيقه س اى تحقق البر قلت لا نسلم ان اليمين تعقد للبر الا يرى ان
الحلف على مس السماء ينعقد والبر لا يتصور قلت اليمين منعقدة للبر ايضا للامكان لكن العجز الطارئ
انتقل الحكم الى الحلف وهو الكفارة م فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل س وهو
اللبس والركوب والسكنى م لها دوام بحدوث امثالها س اى بتجدد امثالها بدليل صحة ضرب
المدة وهو معنى قوله م الا يرى انه يضرب لها مدة يقال لبست يوما وركبت يوما س فكان للدوام
حكم الابتداء فيحنث الا ان يعني الابتداء الخالص لحيلة لا يحنث باللبث م بخلاف الدخول لانه
لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت س انما قيد بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال في
محاوري كلامهم دخلت عليه يوما قال لي كذا وكذا خرجت عنه يوما قال لي كذا فان الدخول
باليوم لكن يراد به مطلق الوقت ولا يراد به معنى المدة والتوقيت واعلم ان الافعال على ضربين
ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التوقيت وعدمه فما قبل التوقيت ي
قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى
مع القوم الظالمين اى فلا تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم كان يقعد الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا
قال لها اذا ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكث مثلها طلقت اخرى
لان الدوام حكم الابتدا وكذا كلما تقدم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ولو قيل بما قال كلما
ركبت دابة فعلي ان اتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان لما
ذكرتم صحيحا للزمه الاكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء
الخالص مرادا ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان ركبها وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول
والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد م ولو نوى الانشاء الخالص س اى الابتداء النزع ولا
اركب بعد النزول م صدق س فلا يحنث م لانه محتمل كلامه س سماه محتملا وان كان قوله لا اركب
حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء يحتمله وقال تاج
الشريعة لا يحنث لانه قد يكون من حيث الابتدا وقد يكون من حيث الدوام وقد تكلم بلفظ اللبس
فيكون ناويا تخصيص ما في لفظه فصحت النية م قال س اى قال القدوري م ومن حلف لا
يسكن هذه الدار س وهو ساكن بدليل قوله م فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها س ومتاعه مرفوع
بالابتداء واهله عطف عليه وقوله فيها خبر المبتدا اى في الدار والواو فيه للحال م ولم يرد الرجوع
اليها حنث وبه قال احمد ومالك وعن مالك لو اقام يوما وليلة حنث وفي الاصل لم يحنث وعند
زفر يحنث عقيب اليمين وقال الشيخ ابو نصر قال الشافعي حنث وقال الكافي وعند الشافعي لا يحنث
اذا خرج بنية التحول وهذا الخلاف مبني على اصل بيننا وبين الشافعي وهو ان عنده العبرة لحقيقة
اللفظ والعادة خلافها لا تعتبر وعندنا العبرة للعادة لانها طارئة على الحقيقة والحالف يريد
ذلك فيحمل كلامه عليه الا ان المديون يقول لصاحب الدين لاجرنك على الشوك يحمل ذلك على شدة
المطل م لانه س اى لان الحالف م يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا س اى من حيث العرف
والعادة ثم اوضح ذلك بقوله م فان السوقي عامة نهاره س اى في اكثر نهاره م في السوق س مشغولا
بما يعانيه من الحرفة او البيع والشراء م سكن كذا س يعني لم يسكن من سكك المدينة فهذا يدل
على انه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها م والبيت والمحلة بمنزلة الدار س اراد ان اليمين بقوله
لا اسكن هذا البيت او لا اسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله لا اسكن هذه الدار وفي الخلاصة
السكة والمحلة بمنزلة الدار م ولو كان اليمين على المصر س بان حلف لا اسكن في هذا المصر او هذا البلد
م لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل س يعني اذا انتقل الى مصر اخر بنفسه ولم ينقل الاهل
والمتاع لا يحنث في يمينه م فيما روي عن ابي يوسف س كذا نقل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير في الامالي عن ابي يوسف م لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا س وان لم ينقل
والمتاع بان من يكون بمصر لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان اهله ونقله ببغداد م بخلاف
الاول س وهو قوله لا اسكن هذه الدار او لا اسكن هذه السكة او المحلة كما ذكر وعند الشافعي

المصر كالدار لما ذكرنا انه يعتبر حقيقة اللفظ لا العادة م والقرية بمنزلة المصر س وفي بعض النسخ
والقرية كالمصر يعني اذا قال لا اسكن هذه القرية فحكمه حكم من قال لا اسكن هذا المصر م في الصحيح من
الجواب س احترز به عن قول بعض مشايخنا ان القرية كالدار وهو قول الشافعي ايضا والاصح انها
كالمصر وهو اختيار الشيخ الامام الاجل برهان الدين والد الصدر الشهيد وقد عرفت ان جملة
هذه المسئلة على ثلاثة اوجه اما ان كانت المسئلة في المصر او القرية او الدار وقد عرفت حكم كل
واحد منها م ثم قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل متاع حتى لو بقي فيه وتد حنث س
في يمينه م لان السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى س اي السكنى م ما بقي شيء منه س اي من المتاع ونقل
صاحب الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية علي بن الجعد وان ترك فيها ابرة او مسلة حنث وبه قال
احمد وفي المحيط والمبسوط قال مشايخنا انما يشترط عند ابي حنيفة نقل الكل مما يقصد به
السكنى اما اذا لم ينقل ما لا يقصد به السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير لا يحنث في يمينه
واعترض على قول ابي حنيفة بان سكناه كان بجميع ما كان منه في الاهل والمتاع فاذا اخرج بعضه
انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري
وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر حتى يبر م وقال ابو يوسف يشترط نقل الاكثر س
اي اكثر المتاع م لان نقل الكل قد يتعذر س وينتفي الاقل لا يعد ساكنا وعليه الفتوى كذا في الكافي
والمحيط م وقال محمد يعتبر نقل ما تقوم به كدخدائيته س هذه نسبة الى كدخدا بفتح الكاف
وسكون الدال وضم الخاء المعجمة وبالذال المعجمة وفي اخره باخر الحروف بعد الف ساكنة ولفظ خداي
باللغة الفارسية اسم لرب البيت الذي له عيال وخدم ولذا سمي لرب حارة الذي له كلام في اهلها
كدخداي م لان ما وراء ذلك س اي لان ما وراء الكدخدائية م ليس من السكنى س يعني لا بد من السكنى
م قالوا س اي قال المشايخ في شروح الجامع الصغير م هذا احسن وارفق بالناس س وفي شرح المجمع
واستحسنه المشايخ وعليه الفتوى ولذا استحسنه صاحب المحيط وعن مالك يعتبر نقل
عياله دون متاعه م وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر بلا تأخير حتى يبر اراد انه اذا انتقل الى منزل اخر
بلا تأخير لا يحنث قال العتابي في شرح الجامع الصغير ان لم يمكنه ان ينقل من ساعته فارتاد لبلا لم
يحنث لان قدر ما لم يمكنه الامتناع عنه مستثنى عن اليمين وقال في خلاصة الفتاوى او يحفو
العذر باللص وغيره فهو معذور ونقل في الاجناس عن الهاروني ان اخذ في الاهبة للخروج فشغله
عن النقلة بطلب الدابة او عن حمل متاعه لا يحنث وقال في الفتاوى الولوالجي ولو خرج في طلب
منزل من ساعته وخلف متاعه لم يحنث لان الطلب من عمل النقل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان
كانت النقلات لم تفتر لم يحنث لانه في النقل فان كان يمكنه ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم
فلم يستاجر لا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف وفي الشامل ان لم يمكنه النقل
من ساعته بقدر الليل او منع من ذي سلطان او عدم موضع اخر ينقل اليه لم يحنث لان حالة
الضرورة مستثناة خلافا لزفر ولو اوثق عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او
ضعيفا لا يقدر على نقل الامتعة بنفسه ولم يجد احدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق
الموجود بالمعدوم للعذر وهو نقض لما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل ان من قال ان لم
اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال
لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور
واجيب بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار
ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج
والعدم لا يحتاج الى الاختيار م فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر س وفي جامع قاضي خان
اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحنث لانه لم يبق ساكنا فيها وقال بعضهم يحنث لان سكناه لا ينتقض
الا بسكنى اخرى استدلالا بمسئلة الزيادات اشار اليه المصنف بقوله م دليله في الزيادات س
اي دليل ما قالوا في كتاب الزيادات ولفظ دليل مرفوع بالابتداء وخبره قوله في الزيادات وقوله
م ان من خرج بعياله بدل منه اي بان خرج رجل من مصره ومعه عياله م فلم يجد وطنا اخر بقي

وطنه

وطنه الاول في حق الصلوة س يعني لا يقصر قال تاج الشريعة صورته رجل بخاري متوطن بها خرج منها
بعياله الى سمرقند فلما وصل الى كرمينه مثلا رجع واراد الذهاب الى خراسان فدخل بخارى
فانه يتم الصلوة لانه ما انتقض منها في حق الصلوة فلذا في غيرها انتهى قلت هذا الذي ذكره
صورة اما ما ذكره المصنف واما الصورة المذكورة في الزيادات فهي لو في انتقل باهله ومتاعه الى
مكة ليستوطنها فلما دخلها بدا له ان يعود الى خراسان فعاد ومر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين
لان وطنه بها انقطع وان بدا له قبل ان يدخلها فانه اذا مر بالكوفة صلى بها اربعا لانه لما لم يستحدث
وطنا بقي وطنه بالكوفة م لما هذا س يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لا يسكن هذه الدار فانه
اذا انتقل الى السكة او الى المسجد لا يبر في يمينه لانه ما لم يتخذ وطنا اخر بقي وطنه الاول فافهم
فانه موضع دقيق م

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

س اي هذا باب في بيان حكم اليمين في الخروج وهو الانفصال من الداخل الى الخارج
ذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقا للمقابلة وذكر الاتيان والركوب لانهما يتوردان
بعد الخروج فناسب ذكرهما عنده ذكره واراد بقوله وغير ذلك نحو قوله لا تخرج امرأته الا باذنه
وقوله لرجل اجلس فتغد عندي وقوله لا اركب دابة فلان م قال س اي محمد في الجامع الصغير م
ومن حلف لا يخرج من المسجد س قيد المسجد اتفاقي لان الحكم في البيت والدار كذلك او نسبت
عدم الخروج الى المسجد بناء على عادة حال المسلم لانه في الغالب يكون ملازما له ولا يخرج منه لذا قالوا
تلك المسئلة في الجامع الصغير هكذا وقعت واوردها كما هي من غير تغيير لفظها م فامر انسانا
فحمله واخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الامر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به س
لان خروجه ينسب اليه والدابة آلة م ولو اخرجه مكرها س اي ولو اخرج هذا الحالف انسان
حال كونه مكرها م لم يحنث س وبه قال الشافعي في الاصح واحمد في رواية م لان الفعل س اي الخروج
م لم ينتقل اليه س اي الى الحالف م لعدم الامر س حاصله انه اخرج ولم يخرج فلم يوجد شرط
الحنث وقال مالك ان استصعب على الحامل لم يحنث وان بادر عليه حنث يعني اذا كان قادرا على
الامتناع وسكت عنه حنث لان سكوته في هذه الحالة بمنزلة الاذن وبه قال بعض اصحاب الشافعي
وصورة المسئلة في الاخراج فيما اذا حمله الانسان واخرجه مكرها لانه لم يوجد منه فعل حقيقة
اما اذا هدده وخرج بنفسه خوفا منه حنث لوجود الفعل منه وبه قال مالك وقال الاترازي
اما اذا حمل فرضي به بقلبه ولم يأمره فجوابه لم يذكر في الجامع الصغير قال في شرح الطحاوي اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم يحنث كما اذا اخرج طائعا لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع
صار كالامر بالاخراج وقال بعضهم لا يحنث لانه لم يوجد منه فعل ينسب اليه وهكذا كان يقول
ابو جعفر وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي ثم في صورة الحمل مكرها لا يحنث بالاتفاق ولكن
هل تنحل اليمين ام لا فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تنحل وعليه السيد ابو شجاع شمس
الائمة عن هذا فقال تنحل اليمين وقال بعضهم لا تنحل وهو الصحيح كذا قال التمرتاشي وغيره
م ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح س اي في القول الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ
الذين ذكرناهم م لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا س اي لان انتقال الفعل اليه يكون بامره ولا
يكون بمجرد رضاه بقلبه بدليل ان من امر انسانا باتلاف ماله فاتلفه لم يضمن وان اتلفه بغير
امره وصاحب المال ساكت لا ينهاه ضمن لان فعله لم ينتقل الى صاحب المال م قال س اي محمد
في الجامع الصغير م لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى الى حاجة اخرى لم يحنث لان
الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك س اي بعد الخروج المستثنى م ليس بخروج س لان الخروج
انفصال من الباطن الى الخارج ولم يوجد والموجود الاتيان الى حاجة ليس بخروج لانه عبارة
عن الوصول والخروج عبارة عن الانفصال ولا دوام للخروج بالاجماع م ولو حلف لا يخرج الى مكة
فخرج يريدها س اي يريد مكة م ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج
هو الانفصال من الداخل الى الخارج س والانفصال لا يعمه م ولو حلف لا يأتيها لا يحنث حتى
يدخلها لانه س اي لان الاتيان م عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا س

لان القول لا يكون الا بعد الوصول اليه م ولو حلف لا يذهبن اليها س اي الى مكة م فقيل هو كالاتيان س
اي حكمه حكم ما لو قال لا ياتينها وهو قول نصير بن يحيى م وقيل هو كالخروج س اي حكمه حكم ما لو قال لا يخرج
الى مكة وهو قول محمد بن سلمة حاصل هذا انه ثلاث مسائل الخروج والاتيان والذهاب ففي مسئلة
الخروج يحنث وفي مسئلة الاتيان لا يحنث واما مسئلة الذهاب فلم يذكروها في الجامع الصغير
واختلف فيه المشايخ كما ذكرناه م وهو الاصح س اي الاصح قول من قال ان الذهاب كالخروج وهو
قول محمد بن سلمة م لانه س اي لان الذهاب م عبارة عن الزوال س وقد استعمل الذهاب في الامرين
جميعا بمعنى الاتيان كما قال الله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان والاذهاب الازالة
فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول وفي بعض النسخ بعد قوله وبمعنى الازالة كما في قوله
تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيل عبارة عن الزوال قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس
اهل البيت اي ليزيل وليس هذا بموجود في كثير من النسخ م قال س اي القدوري في مختصره م ولو
حلف لياتين البصرة فلم ياتها حتى مات حنث في اخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك س اي قبل
الموت م مرجو س لان الحالف ما دام حيا يرجى وجود البر وهو الاتيان فلا يحنث فاذا مات فقد تعذر
شرط البر وتحقق شرط الحنث وهو ترك الاتيان فيحنث في اخر جزء من اجزاء حياته لان هذا اليمين مطلقة
عن الوقت بخلاف اليمين الموقتة مثل ان يقول ان لم ادخل هذه الدار اليوم فعبدي حر فان اليمين تتعلق
باخر الوقت ولم يدخل الدار يحنث اما اذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي حنث وعتق العبد م ولو
حلف لياتينه غدا ان استطاع س اي لو حلف رجل لياتين زيدا في غد ان استطاع على ذلك م فهو على
استطاعة الصحة س اي صحة الاسباب والالات لان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما هذا قال
الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد
والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهو معنى قوله م دون القدرة س اي لا يحمل على القدرة الحقيقية
التي يترتب عليها الفعل عند ارادة جازمة يخلقها الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا خلافا للمعتزلة
فعندهم سابقة على الفعل وبه قالت الكرامية ويسمى هذه استطاعة القضاء على ما يجي قال الاترازي
وقول القدوري فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وقد اراد بالاول استطاعة الحال وبالثاني
استطاعة الفعل لنا فيه نظر لان المفهوم من قوله دون القدرة دون استطاعة القدرة فكان قال
دون قدرة القدرة لان الاستطاعة والقدرة من الالفاظ المترادفة وفي عبارة ركيكة فلو قال دون
الفعل مكان دون القدرة كان اولى فلعله سهو من الكاتب صحف القدر بالفعل وكتب القدرة م
وفسره في الجامع الصغير س اي فسر محمد حكم هذه المسئلة في الجامع الصغير م فقال اذا لم يمرض
ولم يمنعه السلطان ولم يجي امر لا يقدر معه على اتيانه فلم ياته حنث س واذا امتنع من الاتيان
لعذر مرض او منع سلطان ونحو ذلك لا يحنث لانه ليس بمستطيع واذا امتنع بلا عذر يحنث
لانه مستطيع م وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى س اي استطاعة
القضاء والقدر التي تقارن الفعل عند اهل السنة وسمي استطاعة القضاء لان الفعل يوجد
بايجاد الله وقضائه وقدره فاذا قضى بوجود الفعل اوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل
واذا لم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة لانها خلقت لاجل ذلك الفعل المقضي عليه بالوجود
فسميت استطاعة القضاء فلا يحنث ديانة ابدا لانه في اي حال لم يفعل فهو غير مستطيع حقيقة
لانها لا تسبق الفعل ذكره البزدوي في مبسوطه وجامعه م وهذا س اشارة الى قوله
م لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل س يعني لا تسبق الفعل وهي عرض يخلقه الله تعالى
مع الفعل معا وهي علة للفعل عندنا وزعمت المعتزلة انها سابقة على الفعل وتوضيحه في
علم الكلام م ويطلق الاسم س اي اسم الاستطاعة م على سلامة الالات وصحة الاسباب في المتعارف
س لان الغالب في كلام الناس هذه الاستطاعة لا استطاعة الفعل فيحمل المطلق على المتعارف
وهو معنى قوله م فعند الاطلاق ينصرف اليه س اي الى المتعارف م ويصح نية الاول س وهو استطاعة
الفعل م ديانة س يعني من حيث الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى م لانه نوى حقيقة كلامه
س يعني اراد حقيقة كلامه لانها مما يطلق عليه اسم الاستطاعة بالنصوص حتى امتنع من الاتيان

القضاء

لعذر او لغير عذر لا يحنث في يمينه لان الاستطاعة لم توجد لانها لا تسبق الفعل ولكن يجوز
تصديقه قضاء فيه اختلاف الرواية اشار اليه بقوله م ثم قيل يصح س اي يصح نية الاستطاعة
قال الشيخ ابو نصر قال الطحاوي يصدق م قضاء ايضا لما بينا س اراد قوله لانه نوى حقيقة
كلامه م وقيل لا يصح س وهو قول ابي بكر الرازي م لانه خلاف الظاهر س وفيه تخفيف له م قال
س اي القدوري م ومن حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت
مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون
بالاذن س لان تقديره والله لا تخرجي الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي
ملصقا وملصقا به م وما وراءه س اي وما وراء المستثنى م داخل في الحظر العام س لان اليمين ما وقعت
لانه نهاها عن الخروج عاما لوقوع النكرة في موضع النفي م ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا
قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر س لكونه مخالفا لمقتضى التام م ولو قال الا ان اذن لك فاذن
لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث س لوقوع الكفاية باذن واحد واعترض
عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما واجيب
بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي م لان هذه س اي قوله الا ان اذن
لك م كلمة غاية س يعني يفيد معنى الغاية لان الا ليس موضوعا للاستثنا وتعذر حمله عليه
لان هذا الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما
وهو ان حكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها كما ان حكم ما قبل الاستثنا يخالف حكم ما بعده م فينتهي
اليمين به م ولو ارادت الخروج س اي لو ارادت المراة الخروج م فقال ان خرجت فانت طالق
فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث وكذلك لو اراد رجل ضرب عبده فقال له اخر ان ضربته فعبدي
حر فتركه ثم ضربه لم يعتق س وكذلك الرجل يقول لاخر اجلس فتغد معي فقال ان تغديت فعبدي حر
ثم اتى اهله فتغدى عندهم لم يحنث انما اليمين في ذلك على الفور م وهذه تسمى يمين الفور
س اي يمين الحال وهي كل يمين خرجت جوابا للكلام او بناء على امر فيتقيد به بدلالة الحال ولا
يحنث في يمينه استحسانا خلافا لزفر والفور مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة
ثم سميت الحالة التي لا لبث فيها به فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته وفي الفوائد الظهيرية
سميت بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب م تفرد ابو حنيفة باظهاره س اي لم يسبقه احد
فيه وكانوا يقولون اليمين على نوعين مطلقة ومقيدة بوقت فاستنبط ابو حنيفة قسما ثالثا
وهي مطلقة لفظا موقتة معنى وانما اخذها من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما وابنه
حين دعيا الى نصرة انسان فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا واعتبر في ذلك
العرف م ووجهه س اي وجه هذا الكلام م ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الضربة س في قوله
اذا اراد رجل ضرب عبده م والخرجة س في قوله ان خرجت فانت طالق م عرفا س يعني من حيث
العرف م ومبنى الايمان عليه س اي على العرف وحاصل الكلام ان قصد الزوج في مسئلة الخروج
منعها من الخروج الذي تضاف هي له وصار كانه قال ان خرجت هذه الخرجة فتقيدت اليمين
بتلك الخرجة وكذلك قصده ان يمنع مولى العبد عن الضرب الذي يضاف له فكانه قال ان ضربت
هذه الضربة التي تضاف لها فتقيدت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحال عرفا م ولو قال له رجل
اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله س وفي بعض النسخ فخرج الى منزله
وتغدى لم يحنث س اي في الاستحسان وفي القياس ان يحنث وهو قول زفر والشافعي لانه عقد
يمينه على مطلق الغدا فيتناول كل غدا كما لو قال ابتداء والله لا اتغدى ووجه الاستحسان
هو قوله م لان كلامه خرج مخرج الجواب س في كلامه م فينطبق على السؤال فينصرف الى
الغدا المدعو اليه س فصار كانه قال ان تغديت الغدا الذي دعوتني اليه فانصرف يمينه
الى ذلك الغدا بدلالة الحال م بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب
س لانه لا ينصرف كلامه الى الغدا المدعو اليه فلا يتقيد يمينه بذلك فلا يجعل في كلامه
بناء على سؤال الرجل م فيجعل مبتدا س في الكلام مجرا على العالي الزيادة التي تكلم بها فان قيل

وح

م

له م

لبيك كذلك قال الله تعالى وما تلك بيمينك يا موسى قال هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها الاية فقد زاد على قدر الجواب ومع ذلك جعل مجيبا لا مبتديا فكذا هاهنا ما يستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات ولما استعمل في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال م ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عنده اي ابي حنيفة رحمه الله س يعني اذا لم ينو ولابد من تقييد بهذا القيد لاجل الاستثناء الذي يأتي والدابة ما دبت على الارض لغة ولكن المراد من دابة فلان فرسه وحماره وبغله حتى لو ركب بعيرا او فيلا لم يحنث والقياس ان يحنث لان اسم الدابة يتناولهما حقيقة وفي الاستحسان لا يحنث لعلمنا انه لم يرد التعميم على كل ما يدب على الارض وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير يؤيده قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها فمن بالركوب فيها وفي الانعام بالاكل بقوله والانعام خلقها لكم الاية والفيل والبعير وان كان يركب في بعض الاوقات فذلك لا يدل على ان اليمين يتناوله لان البقر والجاموس يركب ايضا في بعض المواضع ثم لا يفهم احد من قول القائل لا اركب دابة فلان البقر الا ان ينوي جميع ذلك فيقع على ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه ولو نوى الخيل وحدها لم يدين لا قضاء ولا ديانة لانه لا عموم في لفظه لفظ الركوب لا المركب وفيه التخصيص يصح في اللفظ لا فيما لفظ له م الا انه س استثناء من مقدر غير ملفوظ وهو الذي قدرناه بعد قوله لم يحنث يعني اذا لم ينو يعني لا يحنث بركوب دابة العبد الماذون سواء كان عليه دين او لم يكن اذا لم ينوه الا انه اذا كان عليه دين مستغرق س بكسر الراء م لا يحنث وان نوى س واصل بما قبله اي وان نوى ركوب العبد م لانه لا ملك للمولى فيه اي في العبد الذي استغرق دينه كسبه م عنده س اي عند ابي حنيفة م واذا كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه س فاذا نواه حنث م لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا س اي من حيث العرف حيث يقال دابة عبد فلان ولا يقال دابة فلان م وكذا س اي وكذا يضاف الى العبد م شرعا س اي من حيث الشرع واستدل عليه بقوله م قال عليه السلام س اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م من باع عبدا وله مال الحديث س وتمامه فهو للبائع قال الاتراري يعني به فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال الكاكي وتمامه فماله لمولاه وفي بعض الروايات فهو للبائع قلت هذا الحديث اخرجه الائمة الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا فثمره للبائع الا ان يشترطه المبتاع م فيختل الاضافة الى المولى س لانه يضاف الى المولى ويضاف الى العبد ايضا فلا بد من خلل في الاضافة الا بالنية م وقال ابو يوسف في الوجوه كلها س اي فيما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير مستغرق م يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة س اي اضافة الدابة تارة الى المولى وتارة الى العبد م وقال محمد يحنث س اي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين او لا وسواء كان الدين مستغرقا او لم يكن وسواء نوى او لم ينو لان دابته مملوكة له او ان يحنث لان العبد وما في يده لمولاه م وان لم ينو س واصله بما قبله م لاعتبار حقيقة الملك س يعني للمولى م اذ الدين لا يمنع وقوعه س اي وقوع الملك م للسيد عندهما س اي عند ابي يوسف ومحمد وبقول محمد قال مالك والشافعي واحمد ولو ركب دابة مكاتبه لا يحنث في قولهم جميعا ولو قال اعتقت عبيدي وله عبيد عبد فهو على هذا الخلاف م .

باب اليمين في الاكل والشرب

س اي هذا باب في بيان حكم ما اذا حلف لا ياكل او لا يشرب لما ذكرنا اول حاجة الانسان وهو المسكن ذكر بعده ما يحتاج اليه في البقاء وهو الاكل والشرب والاصل ان الاكل ايصال شيء الى الجوف مما يتاتى فيه المضغ والهشم مهشوما ممضوغا او غير ممضوغ والشرب ايصال شيء الى الجوف مما لا يتاتى فيه الهشم والمضغ والذوق عبارة عن معرفة الشيء من غير ادخال عينه وان الحقيقة تترك بدلالة حال المتكلم كما في يمين الفور وبدلالة محل الكلام وبدلالة اللفظ في نفسه وبدلالة العادة وذكر الزند وستي الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق

والذوق

والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة فعلى هذا لو حلف لا ياكل شيئا فابتلع ما فيه لا يحنث ولكن ذكر في فتاوى ابي الليث مسئلة تدل على الحنث ولو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فجعل يمضغه ويرمي ثفله ويبتلع ماءه لم يحنث لان هذا يسمى مصا لا اكلا ولا شربا والحاصل ان الذي يصل الى جوف الانسان اربعة اوجه ماكول ومشروب وممصوص وملعوق فذكرت الثلاثة الاول وبقي الملعوق وهو ما يتناول باللحس بالاصبع والشفاه ولو حلف لا ياكل هذا اللبن فشربه لم يحنث ويحنث اذا ثرد فيه ولو حلف لا يشرب فثرد فيه واكله لا يحنث قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية اما اذا كانت بالفارسية فاكل او شرب حنث وعليه الفتوى هذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان م قال س اي في لو حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها س اي اليمين على ثمرها حتى لو كانت النخلة لا ثمرة لها يقع على ثمنها ذكره في الفوائد الحميدية وفي الفتاوى الولوالجي اذا اكل عين النخلة لا يحنث وان نوى م لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له س الضمير في منه وفي لانه يرجع الى ما في قوله الى ما لا يوكل وهو عبارة عن النخلة لان النخلة لما كانت سببا لما يخرج منها م فيصلح مجازا عنه س الضمير في عنه يرجع الى ما فيما يخرج وكونه مجازا بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب لكن يشترط ان لا يتغير س اي من النخلة م بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ س اي بالنبيذ الذي يعمل من ثمرها م والخل س اي وكذا لا يحنث بالخل الذي يعمل منه م والدبس المطبوخ س وكذا لا يحنث بالدبس المطبوخ منه لان ما صنع من ذلك الثمر من الاشياء ليس بثمر كما اذا حلف لا ياكل من هذا العنب فاكل من زبيبه او عصيره لا يحنث وانما قيد الدبس بالمطبوخ احترازا عما اذا اطلق الدبس على ما يسيل من الرطب وغيره ذكره في الذخيرة وفي المحيط الدبس عصارة الرطب ولو حلف لا ياكل من هذا الكرم فهو على ما يخرج منه وهو حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه اي عصيره ولو اكل من خل ذلك لم يذكره محمد في الجامع الكبير وقال العتابي في شرح الجامع الكبير ينبغي ان لا يحنث لانه لا يخرج من النخل والكرم كذلك وذكر الفقيه ابو الليث انه يحنث م وان حلف لا ياكل من هذا البسر س قال الجوهري البسر اوله طلع ثم خلال ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر والواحدة بسرة م فصار رطبا فاكل لم يحنث س لان اليمين اذا انعقدت باسم يبقى ببقاء ذلك الاسم ويزول بزواله على ما يأتي م وكذا س اي وكذا لم يحنث م اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار الرطب تمرا او اللبن شيرازا س اي او صار اللبن شيرازا بكسر الشين المعجمة وسكون الياء اخر الحروف وبالراء بعدها الالف وفي اخره زاي وهو اللبن الرائب اي الخاثر اذا استخرج ماؤه قاله الاتراري وقال الكاكي مثله الا انه قال بعده حتى صار الصعوط كالفالوذ الخاثر ولم يذكره الجوهري رحمه الله ويفهم من كلام صاحب المغرب انه فارسي في اللسان العربي وهذا التفسير الذي ذكر يقال له في لغة اهل البلاد ... وهو اللبن الرائب يجعل في خرقة ويعقد راسها ويعلق على وتد ويسقط عنه الماء الذي فيه جميعه ويصير كالفالوذج م لان صفة البسورة س وهي كونها بسرا م والرطوبة س وهي كونها رطبا م داعية الى اليمين س فلا ينصرف الى ما يتخذ منه والقاعدة في هذا ان اليمين اذا انعقدت على عين موصوف بوصف يدعو ذلك الوصف الى اليمين فينعقد اليمين بذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث في الصورة المذكورة م وكذا كونه لبنا س داع الى اليمين فيتقيد به س اي باللبن حتى لا يحنث باكل شيرازه وقال الشافعي رحمه الله يحنث وتوقف فيه بعض اصحابه م ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه م بخلاف ما اذا حلف س جواب اي من اللبن مثل زبد وشيراز لان ما عقد عليه اليمين عينه ماكول فلم ينصرف الى ما يتخذ منه م بخلاف ما اذا حلف س جواب عما يقال فعلى ما ذكرتم اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند المشيخة فكان الواجب ان لا يحنث فاجاب بقوله بخلاف ما اذا حلف س اي الحالف م لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه س اي فكلم الصبي والشاب م بعد ما صار شيخا م حنث لان هجران المسلم مع الكلام منهي عنه س قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا

وترك الرحم للصغير وترك التوقير للكبير من اعظم الهجران م فلم يعتبر الداعي س يعني الى هذا اليمين
م داعيا في الشرع س لان المهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة
حالة التسحر فحنث في يمينه واعترض على دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن
الحرام تقع محلوفا عليه كما لو قال والله لاشربن الخمر اليوم واجيب بان الكلام في ان الحقيقة
يجوز ان تترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح واما ان اليمين
ينعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه م ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل س بفتح الحاء المهملة والميم
وهو ولد الضانية في السنة الاولى والجمع حملان م فاكل بعدما صار كبشا حنث لان صفة
الصغر في هذه النسبة داعية الى اليمين فان الممتنع عنه س اي عن الحمل م اكثر امتناعا عن لحم
الكبش س فلم تتقيد اليمين بلحم الحمل م قال ش اي القدوري م ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا
لم يحنث لانه ليس ببسر س فلم ياكل ما انعقد عليه اليمين م ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا س
اي او حلف لا ياكل بسرا م او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا س بكسر النون وهو ما بدا الارطاب
من قبل ذنبه وتفسيره البسر المذنب هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب من قبل ذنبه م
حنث عند ابي حنيفة رضي الله عنه س ذكر المصنف ابا حنيفة وحده وذكر في الايضاح
والمبسوط والاسرار وشروح الجامعين قول محمد مع ابي حنيفة في انه يحنث وفي
النهاية والله اعلم بصحته وفي الكافي هكذا ذكر في الهداية والنسخ المعتبرة تشهد بانه مع ابي حنيفة
وبه قال الشافعي واحمد م وقالا س اي ابو يوسف ومحمد وبه قال الاصطخري وابو علي من اصحاب
الشافعي م لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب س يعني في قوله لا ياكل رطبا لا يحنث باكل
البسر المذنب م ولا في البسر بالرطب المذنب س اي ولا يحنث في قوله لا ياكل بسرا فاكل
رطبا مذنبا م لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على
الشرا س يعني لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث م قوله س اي ولابي حنيفة
م ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه س وهو ما يكون في
ذنبه قليل رطب م فيكون اكله س اي اكل كل واحد من الرطب المذنب والبسر المذنب م اكل
البسر والرطب س فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والاخر مغلوبا الا يرى انه لو ميزه واكل
حنث بالاتفاق وعلل المصنف بقوله م وكل واحد مقصود في الاكل س لان الاكل فعل حسي وهو
والابتلاع وكل جزء مقصود بالاكل لانه انما ياكل شيئا فشيئا فيصح اكل البسر والرطب من الجانب
فيحنث م بخلاف الشرا س لان كل جزء غير مقصود بالشرا م لانه س اي لان اليمين م يصادف
الجملة س يعني مضاف الى الجملة م فيتبع القليل فيه الكثير س لان المغلوب يكون تبعا للغالب فان
يستشكل اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ما غلب اللبن لا يحنث وان شرب المحلوف عليه
وزاده قلت ان اللبن بانصباب الما فيه يتشيع ويمتزج في جميع اجزا الما فيصير مستهلكا وطعم الا
مكانه بخلاف ما نحن فيه لانه يرى مكانه وكان قائما زمان التناول قال قلت بلى ولكن الحنث
لا يحنث الا بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكا فصار هذا بمنزلة قالوا حلف لا
ياكل حنطة فاكل شعيرا فيه حبات حنطة ان اكل حبة حبة يحنث وان جمع بين الحبات من النوعين
الاكل لا يحنث لانها اذ ذاك تصير مستهلكة قلت معنى الاستهلاك فيما ذكرت من النظير اظهر
لانه اذ ذاك لا يجد من طعم الحنطة شيئا في حلقه بخلاف ما اذا اكل بسرا مذنبا او رطبا مذنبا لانه يجد
في حلقه شيئا من حموضة البسر وحلاوة الرطب م قال س اي محمد وليس في كثير من النسخ لفظ قال
م ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر س بكسر الكاف وهو العذق وهو القنو والعنقود
ايضا ويقال العود العذق وهو عود الكباسة العرجون والاهان كذا ذكر ابو عبيد في غريب المصنف
م فيها س اي في الكباسة م رطب لا يحنث لان الشرا يصادف الجملة والمغلوب تابع س للغالب وهذه
المسألة كالبيان للمسألة المتقدمة وهو ظاهر م ولو كان اليمين على الاكل س بان حلف لا ياكل رطبا
فاكله من كباسة بسر فيها رطب م يحنث لان الاكل يصادفه س اي يصادف الرطب شيئا فشيئا فكان
كل واحد منهما س اي من الرطب والبسر م مقصودا فصار س حكمه م كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا

بالكل

بالكلية س اي لو حلف لا ياكل شعيرا م فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشرا س
اي لا يحنث في الشرا م لما قلنا س وهو ان الشرا يصادف الجملة والاكل يصادف شيئا فشيئا ولو عقد اليمين على
المس يحنث في الوجوه كلها لان الحقيقة تركت في الشرا للعرف ولا عرف في المس فيعتبر الحقيقة
بخلاف القطن والكتان فانه لو حلف لا يمس قطنا او كتانا فمس ثوبا اتخذ من قطن او كتان لا
فيهما م قال س اي محمد في الجامع الصغير م ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث س وهو ظاهر
مذهب الشافعي واحمد م والقياس ان يحنث س وهو قول مالك واحمد في رواية وبعض اصحاب الشافعي م
لانه سمي لحما في القرآن س قال الله تعالى ومن كل تاكلون لحما طريا والمراد منه لحم السمك بالفعل
وقال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال يحنث م وجه الاستحسان ان التسمية اي
تسمية لحم السمك مجازية اي بطريق المجاز لان اللحم ينشا من الدم ولحم السمك لا ينشا من الدم اذ لا
يسكن الما ولهذا ابيح بلا ذكوة ولو كان له دم لما ابيح ومطلق اسم اللحم يتناول الكامل لا الناقص
تخرج عن طلقه بكل لان اللفظ ومبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القرآن ولهذا لو حلف لا يركب
دابة فركب كافرا لا يحنث بالاجماع وان سماه في القرآن دابة والعرف معنا فانه لا يسمى بائعه لحاما
ولا يستعمل استعمال اللحوم في المباحات الا ان سوى لحم نقل لعشر لانه لحم من وجه وفيه تشديد
عليه ولو حلف لا يجلس على الوتد فجلس على الجبل لا يحنث وان كان قال الله تعالى والجبال اوتادا م
لان اللحم منشاه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الما س كان من الدم والما منافاة في طبعهما فان قلت
الدم موجود في السمك قلت دم ضعيف لان الدم اذا شمس اسود ودم السمك ابيض كذا قاله م وان اكل
لحم خنزير او لحم انسان س اي او لحم انسان م يحنث س وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول م لانه
لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام س والحرام لا يمنع انعقاد اليمين الا يرى
انه لو حلف لا يشرب شرابا فشرب الخمر يحنث واعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط
وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة تجب لهتك حرمة اليمين بعرضت بالحنث وقد
وجدت وهو الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل له في ذلك هذا الذي ذكره الاكمل رحمه الله
وقال الاترازي فان قلت قد قلت قبل هذا ان مبنى الايمان على العرف ولا يسبق اوهام الناس من
لفظ اللحم الى لحم الخنزير والانسان فينبغي ان لا يحنث قلت اي الناظر لو نظر الى لحم الخنزير
او الانسان يسميه لحما على الاطلاق بخلاف لحم السمك فانه لا يسمى لحما على الاطلاق فظهر الفرق
وقال الكافي ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بالحرام المحض لانا نقول الحل والحرمة
راعى في السبب لا في الشرط وسبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث ولهذا لا تجوز التكفير قبل
الحنث لكون اليمين موصوفا بالاباحة والحظر واصل اليمين مباح والحنث حرام لنا قيل وقال
الشافعي في وجه لا يحنث وبه قال اشهب المالكي لان اليمين تقع على العادة وهذا قال الزاهد
العتابي من اصحابنا فلا يحنث وعليه الفتوى ذكره في الكافي وقال الاترازي قال الامام
العتابي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والادمي قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث
لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف ثم قال وهو الصحيح م وكذا ش اي وكذا
يحنث م اذا اكل كبدا او كرشا س فيما اذا حلف لا ياكل لحما م لانه لحم حقيقة س اي لان كل واحد
من الكبد والكرش لحم حقيقة وفيه نظر لا يخفى م لان نموه ش بضم النون والميم والتشديد
الواو المفتوحة وهو مصدر من نمى المال ينمو نموا وانما قال الجوهري نمى المال وغيره
ينمي نماء وربما قالوا ينمو نموا وقال الكسائي ولم اسمعه بالواو وحكى ابو عبيدة نما ينمو وينمي م
من الدم ويستعمل استعمال اللحم س وفيه نظر ايضا م وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما س
ينبغي ان يكون هذا صحيحا قال في خلاصة الفتاوى ولو اكل شيئا من البطون كالكبد والطحال
يحنث هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث وكذا قال صاحب المحيط في عرفنا لا يحنث
لانه لا يعد لحما ولا يستعمل استعمال اللحوم ولك هذا ظاهر فلا يقال لبياع الكبود لحاما
ولا للسباع الاوش لحما ولا يستعملان في الطباخ موضع اللحم وفي المحيط لو اكل اللحم النيء قال يحنث
وبه قال الشافعي واحمد وقيل لا يحنث وبه قال مالك ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه

قال الشافعي في الاصح واحمد في رواية وباكل القلب يحنث عندنا وبه قال الشافعي في وجه لقوله عليه السلام ان في الجسد لمضغة والمضغة القطعة من اللحم وقال الشافعي في الاصح لا يحنث وباكل الشحم والالية لا يحنث الا اذا نواه في اليمين باللحم وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وباكل شحم الظهر يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ومالك وفي وجه لا يحنث وبه قال احمد لانه يعرف بانه اخر قال تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما قال س اي في الجامع الصغير ولو حلف لا ياكل او لا يشترى شحما لم يحنث بشيء الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رضي الله عنه س حتى لو اكل شحم الظهر وهو الذي خالط اللحم لم يحنث عنده وهو الصحيح وقال الطحاوي رحمه الله قول محمد مثل قول ابي حنيفة ويقول ابي حنيفة قال الشافعي في الاصح ومالك م وقالا س اي ابو يوسف ومحمد م يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين س وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية م وجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار س ويصلح لما يصلح له شحم البطن وكان شحم البطن الا يرى انه تعالى استثنى شحم الظهر بقوله الا ما حملت ظهورهما والاصل ان المستثنى ان يكون من جنس المستثنى منه م وله س اي ولابي حنيفة م انه س اي ان شحم الظهر م لحم حقيقة الا يرى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله س استعمال اللحم في اتخاذ القلايا م ويحصل به قوته س اي ويحصل بشحم الظهر قوة اللحم ومرقته تسمى مرقة اللحم فلم يكن شحما مطلقا فلا يحنث اكله م ولهذا يحنث باكله س اي باكل شحم الظهر م في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم س وقال تاج الشريعة متى عقد يمينه على الشراء ذكر شمس الائمة السرخسي انه لا يحنث بشراء شحم الظهر بالاتفاق والخلاف فيما اذا لم ينو في الاكل والصحيح قول ابي حنيفة وفي الكافي فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن وفي شحم البطن يحنث بالاتفاق وفي الثلاثة على الاختلاف ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث بالاتفاق وقيل هو على الخلاف ايضا وفي جامع قاضي خان اختلف المشايخ في محل الخلاف قيل محل الخلاف في اللحم السمين على الظهر وقيل في الشحم المتصل بالظهر من داخل وان كان الخلاف في اللحم السمين فكلام ابي حنيفة اظهر وان كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر فكلامهما اظهر وقال الامام السرخسي لا يحنث بشحم الظهر في قولهم جميعا واما الاستثناء فمنقطع بدليل استثناء الحوايا بقوله او الحوايا او ما اختلط بعظم ولو قيل المراد ما حملته الحوايا قلنا ذلك ايضا وهو خلاف الاصل ولا انقطاع في الاستثناء وان كان خلاف الاصل لكنه يثبت بالدليل وهو قوله او ما اختلط بعظم لان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم كذا في جامع السرخسي رحمه الله م وقيل هذا بالعربية س اي هذا الاختلاف اذا قال بالعربية وقال في المحيط هذا الاختلاف في عرفهم م فاما اسم پيه س بكسر الباء العجماء وسكون الياء آخر الحروف والهاء م بالفارسية س اي باللغة الفارسية م لا يقع على شحم الظهر بحال س يعني اصلا لعدم العرف واذا حلف لا ياكل دنبه يقع على شحم الظهر والبطن والالية جميعا وفي بعض النسخ جعل هذا من المتن وليس بصحيح م ولو حلف لا يشترى او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية واكلها لم يحنث لانه نوع ثالث س اي لان الالية ذكر الضمير على تاويل المذكور م نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم س وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعض اصحابه هو شحم فيحنث بتسمية الشحم لا اللحم وبه قال احمد وفي المحيط حلف لا ياكل لحم شاة فاكل لحم عنز حنث وذكر ابو الليث لا يحنث سواء كان الحالف مصريا او قرويا وعليه الفتوى حلف لا ياكل لحم بقر فاكل لحم جاموس لم يحنث م ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها س العضم الاكل باطراف الاسنان وفي الكافي م لا شيء له فاكل من خبزها وسويقها لم يحنث عند ابي حنيفة ولكن يزرعها حتى يقضمها وبه قال الشافعي ومالك م ولو اكل من خبزها س اي من خبز هذه الحنطة التي حلف عليها م لا يحنث وهذا س اي عدم الحنث م عند ابي حنيفة وقالا س اي قال ابو يوسف ومحمد م ان اكل من خبزها حنث ايضا س وبه قال احمد ومالك في رواية م لانه مفهوم منه عرفا س اي لان اكل الخبز مفهوم منه في العرف وباكل سويقها حنث عند محمد ولا يحنث عند ابي يوسف ولو قضمها حنث عند الكل الا عند احمد وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه لو عقد يمينه

على حنطة غير معينة ينبغي ان يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام في ايمان الاصل ثم هذا الاصل الخلاف فيما اذا لم يكن له نية فاما اذا نوى فيمينه على ما نوى بالاتفاق ذكره في المبسوط والذخيرة م ولابي حنيفة ان له س اي لقوله لا آكل من هذه الحنطة م حقيقة مستعملة س بين الناس واوضحها بقوله م فانها س اي فان الحنطة م تغلى س بالغين المعجمة على صيغة المجهول من الغليان يقال غلت القدر تغلي غليا وغليانا ولا يقال غلبت وغلا في الامر يغلو غلوا اي جاوز فيه الحد وقلى الشعير م وتقلى س على صيغة المجهول ايضا بالقاف من القلي يقال قليت السويق واللحم فهو مقلي وقلوت فهو مقلو لغة والرجل قلا بالتشديد والحاء م وتؤكل قضما س اي الحقيقة المستعملة حالة م على المجاز المتعارف س بين الناس م على ما هو الاصل عنده س اي عند ابي حنيفة والاصل في المسئلة ان الكلام اذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فعند ابي حنيفة العمل بالحقيقة المستعملة اولى وعندهما العمل بعموم المجاز اولى م ولو قضمها حنث عندهما وهو الصحيح س احترز به عن رواية اخرى عنهما وهي انه اذا اكل عين الحنطة لا يحنث والاصح انه يحنث عندهما وهي رواية الجامع ورجحها شمس الائمة في مبسوطه وقاضي خان في جامعه ورجح في الذخيرة والفوائد الظهيرية عدم الحنث وفي الذخيرة حلف لا ياكل من هذه الحنطة فزرعها واكل ما خرج منها لا يحنث م لعموم المجاز س قد مران العمل به اولى عندهما م كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان س يحنث اذا دخلها حافيا او راكبا م واليه الاشارة س اي والى عموم المجاز الاشارة بقوله في الجر حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا م قال س اي القدوري م ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه س اي عين الدقيق م غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه س ولذا لو اكل عصيدة به وبه قال مالك واحمد وفي شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله ان اكل من خبزه لم يحنث وان استفه حنث م ولو استفه كما هو س من سف الدواء وسفه سفا واستفه استفافا اذا ناله الا تراري وقال الكاكي استفه السفوف بفتح السين هو كل دواء يوخذ غير معجون وقيل السفوف دواء يوضع على الكف وهو كل من غير مضغ م لا يحنث س وبه قال احمد م هو الصحيح س احترازا عن قول بعض مشايخنا انه يحنث وبه قال الشافعي ولو نوى الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز بالاجماع لانه نوى حقيقة كلامه والاصح انه لا يحنث بعين الدقيق بعد يمينه لان هذه حقيقة مهجورة م لتعين المجاز مرادا س من حيث المراد م ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل مصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان س وقال الشافعي رحمه الله يحنث باي خبز كان ولم يفرق بين جنس وجنس وبه قال مالك لاعتبار الحقيقة وفي شرح الوجيز هو المذهب وقال الكاكي وما ذكر في الوجيز ولم يحنث بخبز الارز الا بطبرستان يخالف ذلك واحسنه تلقيه امام الحرمين رحمه الله م ولو اكل من خبز القطايف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمل كلامه س فيحنث حينئذ قال الجوهري بعد ان قال القطيفة دثار مخمل والجمع قطائف ومنه القطايف التي تؤكل م ولذا س اي ولذلك المحلوف م لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم س اي عند اهل العراق والعراق على صفتي دجلة مثل بلاد مصر على صفتي النيل ودورها نحو مسافة شهرين م حتى لو كان س اي الحالف م بطبرستان س اي بلدة من بلاد طبرستان م طعامهم ذلك س اي خبز الارز م يحنث س وقال الاتراري رحمه الله طبرستان اسم امكنة واعمالها معروف من تبرستان لان اهلها حاربوا بالناس لم قال هكذا قال بعضهم ولنا فيه نظر وقال العيني في كتاب ادب الكاتب في باب ما يعرف من اسماء البلاد طبرستان بالفارسية معناه اخذ الفاس كانه لم يوصل اليه حتى قطع شجره وقال الكاكي وطبرستان امكنة وبلادها وهي تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بها يعني الناس فعرب وقيل طبري والنسبة اليها طبري وقال الاكمل ايضا وهي امكنة وبلادها واصلها تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان وقلت طبرستان اسم اقليم من الاقاليم المعروفة وهي شرقي كلان وسميت بذلك لان الاعجام يقطعون الاشجار من بين ايديهم بالطبر فسميت بذلك طبرستان اي باخذ الطبر وقد دخلنا بلادها في التواريخ الكبير وانما يقال بالنسبة اليها الطبري ليكون الفرق بينها وبين طبرية الشام فان النسبة اليها طبراني وفي الذخيرة حلف لا ياكل خبزا ولا نية له فاكل ثليجة او جوزا او نوالة قال محمد بن سلمة لا يحنث في الوجوه كلها لانها لا تسمى خبزا مطلقا وقال ابو الليث ثليجة

والفواكه المقطوعة يحنث لان الكليجة خبز حقيقة وعرفا واختصاصها باسم اخر للزيادة لا للنقصان ولا يمنع دخولها تحت مطلق الاسم واما الفواكه فحرمت الدها اشيا اخر ولا يحنث باكل الجوزينج لانه لا يسمى خبزا بل يسمى قطايف فسمى خبز مقيدا يقال خبز الجوزينج كما يقال بالفارسية وانه رد الرز ولو حلف باكل هذا الخبز فحقيقة ودوم شربه تما لم يحنث وبه قال الشافعي رحمه الله لانه ليس باكل بل هو شرب وهو الحيلة فيما لو قال ان اكلت هذا الخبز فامراته طالق ينبغي ان يدقها ويلقيها في عصيدة ثم ياكلها ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا فياكل العصيدة ولا يحنث وفي المحيط لو اكله مبلولا حنث

م ولو حلف لا ياكل الشوا فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر س اي المسويان وكذلك البيض المشوي لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق س يعني عند ذكر اللحم مطلقا م الا ان ينوي بالشوا من بيض او غيره س كالسلق والباذنجان وهو الغبيرا وبه اخذ الشافعي ومالك فيحنث عندهما باكل مشوي بلا نية وبقولنا قال احمد م لمكان الحقيقة س اي لمكان حقيقة كلامه وفيه تشديد على نفسه م وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم س هذا لفظ القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية م فهذا استحسان اعتبارا للعرف س وفي المبسوط القياس ان يحنث في اللحم وغيره مما يطبخ والاخذ بالقياس ههنا يحنث فان المسهل من الدوا مطبوخ ونحن نعلم انه لم يرد بذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو اللحم ولا يقال لمن اكل الباقلا المطبوخ اكل الطبيخ وان كان طبيخا في الحقيقة فلما كان لذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف م وهذا س توضيح لما قبله م لان التعميم متعذر س لانه لا يمكن اجراؤه على العموم م فينصرف الى خاص متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء س احترز به عن القلية اليابسة لانها لا تسمى مطبوخا الا اذا نوى م الا اذا نوى غير ذلك س فيصدق ونيته م لان فيه تشديدا س على نفسه وقد نوى حقيقة كلامه م وان اكل من مرقه س اي من مرق اللحم المطبوخ بالماء م يحنث لما فيه من اجزا اللحم س وهي ما يذوب منه م ولا س اي ولان العرف اللحم الطبيخ م يسمى طبيخا س عرفا وقال الكاكي ولو طبخ ارزا او عدسا بودك فهو طبيخ وبزيت وسمن لا م ومن حلف لا ياكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير س اي يدخل فيها من قولهم كبس الرجل راسه في جيب قميصه اذا ادخله كذا في المغرب وبابه كان ولا موحدة وسين مهملة م ويقال يكبس س بالنون بدل البا على صيغة المبني للفاعل من كبس الطين في الكناس اذا ادخل فيه والاول هو الصحيح م ويباع في المصر س في الاسواق م وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقالا س اي وقال ابو يوسف ومحمد م على الغنم خاصة س وقال فخر الاسلام والقياس ان يقع على كل راس حتى راس السمك لعمومه وفي الاستحسان يقع على المتعارف م وهذا س اي وهذا الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه م اختلاف عصر وزمان س لا اختلاف حجة وبرهان م كان العرف في زمنه فيهما س اي في زمن ابي حنيفة في البقر والغنم فافتى بوقوع اليمين على رؤوسهما م وفي زمنهما س اي وفي زمن ابي يوسف ومحمد كان العرف م في الغنم خاصة س فافتيا بوقوع اليمين عليها لا غير وقال صاحب المختلف اجمعوا على انه لا يقع على راس الجزور لعدم العرف الا رواية عن ابي حنيفة ولا على رؤوس الطير الا ان ينويها م وفي زماننا يفتى على حسب العادة س اي على اعتبار العرف والعادة م كما هو المذكور في المختصر س اي مختصر القدوري وعليه الفتوى اذ العرف الظاهر اصل في مسايل الايمان وعند الشافعي رحمه الله يمينه على ما يباع منفردا وهي رؤوس الابل والبقر والغنم فان كان في بلد يباع فيه رؤوس الصيد منفردا حنث باكلها وان كان في بلد لا يباع فيه فقد قيل لا يحنث وقيل يحنث وعند مالك رحمه الله يقع يمينه على كل حيوان من الغنم والصيد والطير والحيتان وبه قال احمد لعموم الاسم فيه حقيقة وعرفا وعند اشهب المالكي لا يحنث الا برؤوس الانعام الاربعة للعرف الغالب هذا اذا لم ينو نوعا فان نوى فيمينه على ما نوى بالاجماع وعلى هذا الخلاف الشرا وعن بعض مشايخ من اصحاب الشافعي لا يحنث الا براس الغنم فان قيل لحم الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا ياكل لحما اجيب بما حاصله الفرق بان الراس غير ماكول بجميع اجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف

وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق واما اللحم فهو كل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا يترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة ففي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذي لا يكون شي من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وهنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك ولكن لا يطرد في الشرا فان الراس يشترى بجميع اجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة واجيب بان من الرؤوس ما لا يجوز اضافة الشرا اليه كراس النمل والذباب والادمي فكانت متعذرة م قال س اي محمد في الجامع الصغير م واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثا او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا س اي الحنث وعدم الحنث في الاشياء المذكورة س عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا س وبه قال الشافعي ومالك واحمد واذا اكل تينا او خوخا او سفرجلا او اجاصا او كمثرى او تفاحا او نفاحا او جوزا او لوزا او دستنفا او عنابا يحنث بالاجماع سوا كان رطبا او يابسا ولو اكل خيارا او قثا او جزرا لا يحنث لانها من البقول وكذا لو دم معهما والبطيخ من الفاكهة الجامع الصغير وقال في خلاصة الفتاوى ذكر شمس الائمة الحلواني ان البطيخ ليس من الفواكه والشافعي واحمد فيه وجهان اصحهما انه من الفواكه قلت الايمان مبنية على العرف ولا احد يتفكه بالبطيخ واما يوكل بالخبز غالبا فيكون من الادام لعمري ان كان في بلاد لا يكون عندهم الا ادا ويرونه مثل الفاكهة لندرته وقلته م والاصل في هذا الباب م ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد س على الغذا الاصلي ولهذا سمي الثمار فاكهة الشتا والرياح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيهما م والرطب واليابس فيه س اي في التفكه هذه الاشيا م سوا بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ س لانه لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة البلاد م وهذا المعنى س اي التفكه م موجود في التفاح واخواتها وهي التي ذكرناها عند قولنا واذا اكل تينا او خوخا الى اخره م فيحنث بها س اي بالتفاح واخواتها م وغير موجود س اي وهذا المعنى غير موجود م في القثا والخيار لانهما من البقول بيعا س يعني من حيث البيع فانهما يباعان مع البقول م واكلا س اي من حيث الاكل فانهما يوضعان على المايدة مع البقول هكذا شرحه الكاكي وقال الاكمل واما اكلا فانهما يوضعان على المايدة حيث يوضع النعناع والبصل قلت هذا كله لا يخلو عن خدش لان القثا والخيار قط لا يوضعان مع زوايد الطعام نعم يوكلان مع الجبن والخبز في بعض الاوقات ولا البصل ايضا ما يوضع مع موايد الطعام نعم يوضع البصل مع اللحم المسلوق البارد وحده وهو الذي يسمى بحيى والاحسن في هذا ما قال صاحب المحيط العبرة للعرف وما يوكل عادة على سبيل التفكه يعد فاكهة في العرف ويدخل في اليمين وما لا فلا م اما العنب والرطب والرمان فهما س اي ابو يوسف ومحمد م يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم يفوق التنعم بغيرها س فيحنث باكلها م وابو حنيفة يقول ان هذه الاشيا س اي العنب والرطب والرمان م مما يتغذى بها ويتداوى س اما التغذي بالرطب والعنب فظاهر واما التداوي بالرطب فانه نافع للمعدة الباردة ويزيد في المني ويلين الطبع واما التداوي بالعنب فانه يسمن سريعا ويولد دما جيدا وينفع الصدر والرية واما الرمان فانه ذو اصلاح خصوصا للكبد م فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقا س يعني في بقاء الانسان وقوامه م ولهذا س اي ولاجل الاستعمال في بقا الانسان م كان اليابس منها س مثل الزبيب والتمر وحب الرمان م من التوابل س مكان ناقصا في معنى التفكه فلا يتناولها الاسم باطلاقه كالمكاتب حيث لا يتناوله اسم المملوك في قوله كل مملوك لي حر لنقصان في مملوكيته والتوابل جمع تابل بالبا المثناة من فوق وبالالف بعدها البا الموحدة المفتوحة والمكسورة وباللام في اخره وقال الاترازي التابل الابزار قلت هذا التعريف الشي بما هو اخفى منه وقال الجوهري الابزار والابازير التوابل ثم قال في باب اللام التابل والتابل واحد توابل القدر يقال توبلت القدر حكاه ابو عبيد في المصنف وهذا ايضا غير مقنع ولكن يفهم من قوله توبلت القدر ان المراد من التوابل الحوايج التي ترمى في القدر مع اللحم قوله من التوابل كما في الرمان م او من الاقوات س كما في

يابس العنب والرطب وتؤيد قول ابي حنيفة قوله فانبتنا فيها حبا الى قوله وابا وقوله تعالى فيهما فاكهة ونخل ورمان فان الله تعالى عطف الفاكهة على العنب والنخل في الاية الاولى وعطف النخل والرمان على الفاكهة في الاية الاخرى والعطف يقتضي المغايرة وقال الاترازي فان قلت لا نسلم ان العطف يقتضي المغايرة الا ترى الى قوله تعالى واذ اخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وابراهيم فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوفون من جملة الانبيا وقال تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكائيل فانما العطف في الاية لبيان فضيلة المعطوف لا للمغايرة قلت تفضيل الانبيا والملائكة بعضهم على بعض انما يعرف بالخبر فاحتاج الى التخصيص بالذكر خلاف ما نحن فيه فان فضل هذه الاشيا على ساير الفواكه عرف بالحس والمشاهدة فلا حاجة الى الخبر اذ ليس الخبر كالمعاينة فتعين بان العطف للمغايرة انتهى قلت اجاب تاج الشريعة عن هذا باحسن منه فقال الشيء قد يعطف على جنسه للتخصيص والتفضيل كما في كثير من النظير ولا يجوز ذلك فيما نحن بصدده لانه موضع تعداد النعم فلا يستقيم عطف الشيء على جنسه لان الحكيم في موضع التعداد لا يذكر نعمة واحدة مرتين لانه مظنة قصور النعم م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ولو حلف لا ياتدم ش يعني انه لو حلف لا ياكل اداما م فكل شي يصطبغ به ش وقال وفي بعض النسخ اصطبغ به ش قال الكاكي اصطبغ بضم الطاء على بناء المفعول هكذا المنقول والاصطباغ بان خورش ... ويتعدى بالبا وفي المغرب الصبغ ما يصطبغ به ومنه الصبغ من الادام لان الخبز يغمس فيه ويتلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل م فهو ادام ش كالخل والزيت والعسل والزبد واللبن والملح والمرق م والشوا ليس بادام ش لانه يوكل وحده م والملح ادام ش لانه يوكل مع الخبز م وهذا ش اي المذكور م عند ابي حنيفة وابي يوسف ش في ظاهر الرواية م وقال محمد ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية ش اي قول محمد رواية م عن ابي يوسف ش وبه قال الشافعي واحمد م لان الادام من المؤادمة ش اي مشتق منها م وهي ش اي المؤادمة م الموافقة معنى ش وكل ما يوكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ش مثل الجبن وفي النهاية وحاصل ذلك على ثلاثة اوجه فالخل والزيت واللبن والعسل والزبد وامثالها مما يصطبغ به فهو ادام بالاجماع والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يوكل وحدها غالبا ليس بادام بالاتفاق واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما وعندنا ان هذه الاشيا لا يوكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقا له وقال عليه السلام سيد الادام في الدنيا والاخرة اللحم وكتب ملك الروم الى معاوية ان ابعث الي شر ادام على شر يدي رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيوت اصهاره فلو لم يكن الجبن اداما لما بعث اليه لانه من ارباب اللسان وبقول محمد اخذ ابو الليث للعرف وفي التمر للشافعي واحمد وجهان في وجه ادام لما روي انه عليه السلام وضع التمر على الكسرة فقال هذه ادام هذه رواه ابو داود والثاني ليس بادام لانه فاكهة فاشبه الزبيب م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان الادام ما يوكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة اي من حيث الحقيقة بان يصير مع الخبز كشي واحد فيتبعه ويتقوم به وهو معنى قوله م ليكون قايما به وفي ان لا يوكل على الانفراد حكما ش اي من حيث الحكم حاصل هذا ان التبعية على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط ليكون قايما به حقيقة وهي ان لا يوكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلم يكن تبعا حقيقة ويوكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما م وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا ش جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج ايضا يعني حقيقة الموافقة بان يكونا كشي واحد بالامتزاج والالتزاق لا ان يكون مجاورا له فاذا ثبتت الحقيقة بطل المجاز واما الحديث فلا حجة له فيه لانه يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن من العجم قاله الكاكي وفيه تامل وقال تاج الشريعة واما قوله عليه السلام وهو الحديث المذكور فانه من اسما الشرع والايمان لا تتعلق بها م والخل وغيره من المايعات لا يوكل وحدها بل يشرب ش فلا يكون اداما م والملح لا يوكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا ش فيكون اداما م بخلاف اللحم وما يضاهيه ش اي وما يشابهه مثل الجبن والبيض فانها ليست بادام لانه ش اي لان اللحم وما يضاهيه م يوكل وحده الا ان ينويه ش لانه محتمل كلامه م لما فيه من التشديد

على نفسه م والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح ش احترز به عما قيل ان العنب والبطيخ على الخلاف وذكر الامام السرخسي انهما ليسا بادام بالاجماع هو الصحيح لانهما يوكلان غالبا وحدهما وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بادام وكذا العنب والبطيخ وكذلك ساير الفواكه حتى لو كان في موضع يوكل تبعا للخبز يكون اداما عندنا اما البقل ليس بادام بالاتفاق لان اكله لا يسمى موتدما وعند الشافعي رحمة الله عليه البقول والبصل والفجل والثمار ادام لانه يوتدم به عادة ذكره في شرح الوجيز م قال ش اي القدوري م وان حلف لا يتغدى فالغدا الاكل من طلوع الفجر الى الظهر ش القدوري تسامح في اللفظ لان الغدا عبارة عن طعام يوكل في الغداة لا اسم اكله وكذلك العشا بالفتح والمد اسم لطعام العشي ولكن معناه اكل الغدا واكل العشا على حذف المضاف وقال الاترازي ويجوز ان يقال اراد بالغدا التغدي وبالعشا التعشي مجازا باطلاق اسم السبب على المسبب واذا حلف احد انه لا يتغدى فاذا تغدى ما بين طلوع الفجر الى وقت الظهر في اي ساعة كانت من ذلك حنث وعليه الكفارة م والعشا من صلاة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ش بفتح العين وكسر الشين وتشديد اليا قال في المغرب العشي ما بين زوال الشمس الى غروبها والمشهور انه اخر النهار وعن الازهري صلاتا الظهر والعصر وقال الاترازي لان ما بعد الزوال يسمى عشا بكسر العين لان ما بعد الزوال لما كان عشا كان الطعام الذي الذي يوكل في ذلك الوقت عشا فاذا فتح العين في الموضعين يلزم الفساد هذا حاصل كلامه لكن هذا على ان لفظ النسخة عشا واكثر لفظ النسخ عشيا كما ضبطنا م ولهذا ش اي لكون ما بعد الزوال يسمى عشيا م سمي الظهر احدى صلاتي العشا في الحديث ش قال الاترازي كذا في السنن وسكت وقال الكاكي ذكر في الايضاح ورد في الحديث انه عليه السلام صلى احدى صلاتي العشا ركعتين يريد به الظهر او العصر وقال الاكمل ذكر في الايضاح في باب الحلف على العشا فقال ورد في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتي العشي ركعتين يريد به الراوي الظهر او العصر قلت هذا الحديث اخرجه البخاري ومسلم عن ابي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشا اما الظهر واما العصر فسلم في ركعتين الحديث فيا للعجب من هولا في تقصيرهم فيما يتعلق بالاحاديث وهم في ديار الحديث فالاترازي يقول في السنن والحديث في الصحيحين والاكمل وشيخه الكاكي اكتفيا بما ذكر في الايضاح من غير بيان م والسحور ش بفتح السين ما يتسحر به من الماكول والمشروب وبضم السين مصدر م من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ش اي يطلق السحور اي لان السحور م ماخوذ ش اي مشتق م من السحر ش بفتحتين وهو الثلث الاخير من الليل الى طلوع الفجر م ويطلق ش اي يطلق السحور م على ما يقرب منه ش اي من السحر لانه قريب من الثلث الاخير م ثم الغدا والعشا ش بالفتح والمد فيهما م ما يقصد به الشبع ش بكسر الشين وفتح البا الموحدة م عادة ش في عادات الناس لان التغدي عبارة عن اكل مترادف اكثر من نصف شبعه لانه لا يقال انه تغدى اذا اكل لقمة او لقمتين وبه قال الشافعي م ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم ش يعني ان كانت خبزا فخبزا وان كانت لحما فلحم وان كانت لبنا فلبن وفي المحيط حتى لو كان الحالف مصريا يقع على الخبز فلو تغدى بغيره من الارز والتمر واللبن لم يحنث وان كان بدويا يتغدى بالتمر لا الارز فالعبرة ما يتغدى به على اهل ذلك الموضع حتى يعتبر الارز عند اهل طبرستان واللبن لاهل البوادي والتمر ببغداد ومن حلف لا يدخل بيتا فهو على المدر للبلدي وعلى بيت الشعر للبدوي وكذلك الحكم على التعشي حتى اشترط ان يكون اكثر من نصف شبعه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن حلف لا يتغدى فانه يقع على الغدا المعروف فان كان الرجل حضريا يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان الرجل بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على السويق واما في بلادنا فيقع على خبز الحنطة م ويشترط ان يكون ش اي الغدا او العشا او السحور م اكثر من نصف الشبع ش لان الاكثر حكم الكل رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت م ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت ش اي قصدت م شيا دون شي ش يعني قصدت ثوبا دون ثوب او طعاما دون طعام او شرابا دون شراب م لم يدين في القضا وغيره ش يعني لا يصدق لا قضا ولا ديانة وقال الشافعي يصدق ديانة لان له

للمقتضي عموما عنده مؤكدا في رواية عن ابي يوسف وبه اخذ الخصاف والمذهب انه لا يصح نيته لان
النية انما تصح في الملفوظ ش حتى تعين ما يحتمله اللفظ م والثوب وما يضاهيه ش اي وما يشابهه مثل
الطعام والشراب م غير مذكور تنصيصا ش اي غير ملفوظ صريحا وانما هو ثابت اقتضاء بطريق الاقتضاء
والمقتضي ش بفتح الضاد م لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه ش اي في قوله ان لبست او ان اكلت
او ان شربت جواب عما يقال هب انه غير ملفوظ تنصيصا اليس انه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ
فاجاب بقوله والمقتضى لا عموم له فان قيل المقتضى امر شرعي وافتقار الاكل الى الطعام ليس
كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف اختار ما اختاره بعض
المحققين من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة
اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك ولكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال
ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا
بتعينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى ان لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة
مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو ساكنه في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة
منعها القضاة الاربعة ابو هيثم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي رحمهم الله ولئن سلم
فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي
والاول في معناه معنى ولان نعومهما عموم من الخروج والسفر لجاز تخصيصهما الا انه خلاف
الظاهر فلا يدين في القضاء الا حسنة الاهل ديانة كما ينبغي ابدا وان سلمنا فالفرق ان الخروج متنوع الى مديد
وقصير وهما يختلفان اسما وحكما فان المديد يسمى سفرا واحكامه خلاف احكام الخروج فاذا نوى احد
النوعين صحت نيته كما لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية او كوفية يصدق ولو نوى امراة بعينها
لا يصدق لان الاول نوع والثاني لا فكذا في مسالتنا حتى لو نوى الخروج الى بغداد لا يصدق وكذا
في المسئلة الثانية نوى نوعا من المساكنة لان المساكنة انواع ما يكون في بلد واحد وما يكون في دار
واحدة وهو العرف وما يكون في بيت واحد وهو اتم ما يكون من المساكنة كذا ذكره السرخسي وغيره
م وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة ش يعني لم يصدق
في القضاء خاصة ويصدق ديانة م لانه نكرة ش اي لان ثوبا في ان لبست وطعاما في ان اكلت
وشرابا في ان شربت نكرة م وتعم م في محل الشرط ش وهو قوله ان فعلت كذا م فتعم ش لان الشرط
في معنى النفي والنكرة في موضع النفي تعم والعموم محتمل الخصوص م فعملت نية التخصيص فيه الا
انه خلاف الظاهر ش اي الظاهر العموم م فلا يدين في القضاء ش اي فلا يصدق في الحكم لان ارادة
النصفة يتوقيه تخفيفا له فلا يصدق وهذا بخلاف ما اذا قيل له انك تريد ان تغتسل الليلة في هذه
الدار عن الجنابة فقال ان اغتسلت فعبدي حر فهو عن الجنابة لانه جواب فيتقيد بالسوال
ولو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار او لم يقل في هذه الدار فهو كل اغتسال قضاء لانه زاد على حرف
الجواب فيكون مبتدا ولكن مع هذا يصدق ديانة لانه يحتمل انه اراد به الجواب م قال ش
اي القدوري رح م ومن حلف لا يشرب من دجلة ش وهو نهر بغداد م فشرب منها باناء لم يحنث حتى
يكرع فيها كرعا م ش والكرع تناول الماء بالفم من موضعه من غير ان ياخذ بيده يقال كرع الرجل في الماء
اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعه
والكراع مستدق الساق وهذا م عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م
اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم ش بين الناس من الشرب من دجلة هو الشرب في ماء
دجلة وهو المجاز فيعمل بعموم المجاز فحنث كيف ما شرب كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان
حنث في يمينه اذا دخلها راكبا او ماشيا او حافيا او متنعلا بعموم المجاز وهو الدخول فكذا ههنا
فصار كما اذا حلف لا يشرب من هذا البير فشرب من مائها باناء يحنث م وله ش اي ولابي حنيفة
م ان كلمة من ش في قوله من دجلة م للتبعيض ش اعلم ان من يرد في المعاني كثيرة فان كان المصنف
يريد به انه وضع للتبعيض فرجح بهذا الى ما قال به واحد من ائمة اللغة وان كان يريد به انه قد يستعمل
للتبعيض فمن اين يلزم انه هنا للتبعيض فان الاعتراض مع مطويك الكلام فيه قلت ذلك القرينة

اللفظية والحالية هنا ان من هنا للتبعيض وهذا ظاهر لا يخفى م وحقيقته ش اي حقيقة الشرب
في الكرع ش لان الحقيقة ان يكون ابتداء الشرب متصلا بدجلة وذلك بالشرب منها كرعا م وهي
ش اي الحقيقة م مستعملة ش لا مهجورة م ولهذا ش اي ولاجل ان الحقيقة مستعملة م يحنث بالكرع
اجماعا ش دعوى الاجماع فيه نظر لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما قال الامام العتابي في شرح
الجامع قال بعضهم لا يحنث بالكرع عندهما كيلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز وقال بعضهم يحنث
وهو الصحيح لعموم المجاز وليس هو جمع بين الحقيقة والمجاز م فمنعت ش اي الحقيقة المستعملة م منعت
المصير الى المجاز وان كان متعارفا ش هذا اذا لم يكن له نية فان نوى الكرع فعندهما لا يحنث بالمجاز ديانة
وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه وان نوى العرف فعنده صدق ديانة لانه يحتمله ولا يصدق قضاء
لانه خلاف الحقيقة ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف الى الكرع عنده لتصور
الحقيقة وان لم يكن ملآن انصرف الى المجاز لامتناع الحقيقة كذا نقل الشيخ ابو المعين النسفي في شرح
الجامع عن الشيخ ابي القاسم الصفار ولو عني بقوله لا يشرب من دجلة ماء دجلة هل يصح ام لا حتى
لو شرب من نهر ياخذ من دجلة هل يحنث ام لا قال الشيخ ابو المعين من مشايخنا من قال يصح نيته
لانه نوى اضمار الماء واليه ذهب الشيخ ابو بكر الاعمش ومنهم من قال لا يصح نيته لان الماء يثبت مقتضى فلا
يظهر في حق قبول النية م وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث ش هذا لفظ القدوري م لانه
ش اي لان الماء م بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه ش اي الى دجلة م وهو الشرط ش اي شرط الحنث في الشرب كون
الماء منسوبا الى دجلة والماء في الاواني منسوب اليها مكان الشرب قائما م فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ
من دجلة وفي الكافي لو قال لا اشرب من الفرات فشرب من نهر ياخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده
فلان يمينه على الكرع واما عندهما فلان النسبة الى الفرات انقطعت فخرج عن عموم المجاز اما لو قال
لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر اخذ من الفرات حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات
والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب في اي موضع كان وبه
قال الشافعي لانه جعله وصفا للماء قال الله تعالى واسقيناكم ماء فراتا اي عذبا م ومن قال ان لم اشرب الماء
الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث ش سواء علم ان فيه ماء او لم يعلم
م وان كان فيه ماء فاهريق ش اي فاريق والهاء فيه زائدة م قبل الليل لم يحنث وهذا ش اي عدم الحنث م
عند ابي حنيفة ومحمد ش وبه قال الشافعي في وجه ومالك م وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله ش اي فيما
كان فيه الماء وفيما لم يكن م يعني اذا مضى اليوم ش اشار به الى ان اليمين اذا كانت موقتة باليوم م
وعلى هذا الخلاف ش المذكور بين الثلاثة م اذا كانت اليمين بالله ش بان قال والله لا اشرب الماء الذي
في هذا الكوز اليوم وليس في الكوز ماء او كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عندهما خلافا
لابي يوسف م واصله ش اي اصل هذا الخلاف م ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البر عندهما
ش اي عند ابي حنيفة ومحمد م خلافا لابي يوسف ش وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه وتحقيق
هذا ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت وبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما
وعند ابي يوسف لا يشترط تصور البر في اليمين المطلقة ولا لبقائه في اليمين المقيدة ويتفرع
على هذا الخلاف ما لو حلف ليشربن ما في هذا الكوز اليوم وصب قبل مضي اليوم فعندهما لا يبقى
يمينه ولا يحنث ابدا وعند ابي يوسف يحنث في اخر جزء من اجزاء الوقت حتى يجب عليه الكفارة
اذا مضى اليوم وعلى هذا لو قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامراته كذا فاهريق قبل
الليل لم يبق اليمين عندهما وعنده يبقى ويحنث وعلى هذا لو قال لاقتلن فلانا اليوم فمات فلان قبل مضي
اليوم لا يبقى اليمين عندهما وعنده يبقى ويحنث بمضي اليوم وكذا لو قال لاقتلنه وهو جاهل بموته
وانما شرط جهله بموته لانه لو علم بموته ينعقد اليمين بالاجماع ويحنث في الحال وكذا لو حلف ان
اكل هذا الرغيف فاكل قبل الليل او قال لاقضين دينه وفلان قد مات ولا علم له به لا ينعقد
يمينه عندهما وعنده ينعقد ويحنث في الحال وكذا لو قال لاقضين فلانا دينه فابراه فلان
وكذا لو قال لمريد ان ترى ابنه عمرا فامراته كذا فاذا هو مع زيد فسكت ولم يقل شيئا او قال هو
عمرو لا تطلق عندهما لفوات الاعلام فلم يبق اليمين وعنده تطلق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه

م لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه س اى ايجاب اليمين م وله س اى ولابى
يوسف م انه امكن القول بانعقاده م حال كونه س موجبا للبر على وجه يظهر فى حق
الحلف وهو الكفارة س لانه عقد يمينه على فعل فى المستقبل فينعقد وان عجز عن تحقيق ما اخبر
ليظهر فى الحلف كقوله والله لامسن السماء م قلنا لا بد من تصور الاصل س لينعقد فى حق الحلف س
فاذا لم يتصور الاصل لا ينعقد فى حق الحلف م ولهذا س اى ولاجل تصور الاصل لانعقاده فى حق
الحلف م لا ينعقد الغموس س حال كونها م موجبة للكفارة س لانه لما لم يتصور فيه الاصل لا يظهر فى حق
الحلف وهو الكفارة فان قلت البر متصور فى صورة الاراقة لان من الجائز ان يعيد الله عز وجل تلك
القطرات المهراقة فى ذلك الكوز قلنا ان البر انما يجب فى هذه الصورة فى اخر جزء من اجزاء اليوم حيث
لا يتسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان م ولو كانت اليمين
مطلقة س اى عن ذكر الوقت م ففى الوجه الاول س يعنى اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما س اى عند
ابى حنيفة ومحمد م وعند ابى يوسف يحنث فى الحال م وفى الوجه الثانى س وهو ان يكون فيه ماء واهريق م يحنث
فى قولهم جميعا س اى فى قول الثلاثة م فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت س اى بين اليمين المطلق عن الوقت
وبين اليمين الموقت بالوقت م ووجه الفرق س اى وجه فرق ابى يوسف م ان التاقيت للتوسعة س على
نفسه حتى يختار الفعل فى اى وقت شاء م فلا يجب الفعل الا فى اخر الوقت س المقدر فما لم يمض ذلك الوقت
لا يتحقق ترك الفعل لان الفعل متعين عليه فى اخر اجزاء الوقت م فلا يحنث قبله س كما اذا فات الجزء الاخير
فلو لم يفعل يحنث حينئذ م وفى المطلق س عن الوقت م يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال م وا
س اى ابو حنيفة ومحمد م فرقا بينهما س اى بين المطلق والموقت م ووجه الفرق ان فى المطلق يجب البر كما فرغ
لانه لم يرد التوسعة على نفسه م فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث فى يمينه كما اذا مات
الحالف والماء باق س اشار بقوله كما اذا مات الحالف الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف م اما فى الموقت
يجب البر فى الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك س اى وعند الجزء الاخير م لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا
يجب البر فيه س للعجز م وبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء س اى كما اذا عقد اليمين حال كونه معتقدا م
فى هذه الحالة س واشار بهذا الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك شرط لبقائها م قال
س اى القدورى م ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها
س فيجب الكفارة وبه قال الشافعى رحمه الله فى الاظهر وفى وجه هو مع زفر م وقال زفر لا ينعقد لانه
مستحيل س اى لان صعود السماء وقلب الحجر ذهبا محال م عادة فاشبه المستحيل حقيقة س كما
الحالف على شرب ماء الكوز ليس فيه ماء م فلا ينعقد س اى اليمين فلا يحنث م ولنا ان البر متصور حقيقة
لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة س بطريق الكرامة م الا ترى ان الملائكة يصعدون س وكذلك الانبياء
عليهم السلام صعدوا م وكذا س اى وكذا يتصور م تحول الحجر ذهبا بتحويل الله عز وجل س بان يقع ذلك
كرامة لبعض الاولياء وكرامة الاولياء خلاف العادة حق عندنا م واذا كان متصورا انعقدت اليمين
س حال كونها م موجبة لخلفه س وهو الكفارة وذكر الضمير فى خلفه على تاويل الحلف م [illegible]
ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة س وانما وجب الحنث فى الحال لان البر ليس له زمان ينتظر بخلاف ما اذا
عليه زفر بان شرب الكوز ليس فيه ما لا يتصور فظهر الفرق م كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة
الحياة س وهو متصور فينعقد اليمين م بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى فى الكوز وقت الحلف ولا
ماء فيه س اى والحالة انه لا ماء فيه م لا يتصور س هو خبر ان فى قوله لان شرب الماء فاذا كان غير متصور م فلا
ينعقد اليمين س فان قلت يتصور ان يخلق الله فيه الماء وقدرته اعظم من ذلك قلت لو خلق الله تعالى فيه الماء
لا يكون هذا الماء هو الذى انعقد عليه اليمين فافهم م

باب اليمين فى الكلام

س اى هذا باب فى بيان احكام اليمين فى الكلام قال قوم الكلام مصدر وفعله كلم
جاء محذوف الزوائد نحو سلم سلاما واعطى عطاء والدليل على ذلك انه يعمل كساير المصادر نحو عجبت
من كلام زيد عمرا حيث نصب زيدا ولو كان اسما لم يجز اعماله وقال الاكثرون انه اسم المصدر
والمصدر الحقيقى التكليم وقال الله تعالى وكلم الله موسى تكليما وقال تعالى صلوا عليه وسلموا تسليما
فالكلام والسلام اسمان للمصدر والكلام فى اللغة عبارة عن الكلم وهو الجرح ويجمع على كلوم وكلام
بالكسر وفى اصطلاح النحاة الكلام ما تضمن كلمتين بالاسناد وفى اصطلاح الفقهاء الكلام الذى يحنث
المتكلم عبارة عن اسماعه كلامه لغيره وعبارة ايضا عن اسماع نفسه وفى المحيط الكلام حقيقة اسم لما
ينافى السكوت والخرس ولكن فى العرف اسم لحروف منظومة مفهومة باصوات مقطعة مسموعة م قال
س اى القدورى م ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه س اى الا ان فلانا م نائم حنث س
وبه قال الشافعى ومالك واحمد فى رواية م لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا
ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله س اذ المتكلم عبارة عن اسماع الكلام كما فى تكلم نفسه
فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان سماع النائم متعذر لا يوقف عليه فاقيم السبب المودى اليه مقامه
وسقط اعتبار حقيقة السماع كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده م وفى بعض روايات المبسوط شرط
ان يوقظه س اى شرط ايقاظ فلان الذى حلف انه لا يكلمه فانه قال فناداه او ايقظه حنث شرط الا
الايقاظ وبه قال مالك فى رواية وذكر فى بعض الروايات فناداه او ايقظه فهذا يدل على انه متى ناداه
حنث وان لم يوقظه كذا فى المبسوطين ثم ذكر السرخسى فى مبسوطه والاظهر انه لا يحنث اذا لم يوقظه
لان النائم كالغائب م وعليه س اى على شرط الايقاظ م مشايخنا لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه
من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته س فيكون هازيا لا متكلما مناديا فلا يحنث فى يمينه وفى التحفة
ولو كان نائما فناداه ان ايقظه حنث فى يمينه لانه اسمعه كلامه وان لم يوقظه لم يحنث وهو الصحيح
لان الانسان لا يعد متكلما للنائم وقيل المسئلة على الخلاف فان عند ابى حنيفة يحنث لانه يجعل النائم
كالمنتبه وعندهما لا يحنث وفى الذخيرة لا يحنث حتى يكلم بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها
فان كان موصولا لم يحنث كما لو قال ان كلمتك فانت طالق فاذهبى او قومى او اخرجى او شتمه او زجره متصلا
لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين وهو وجه لاصحاب الشافعى واحمد ولو سلم على
قوم وهو فيهم حنث الا ان لا يعنيه بالسلام فيصدق ديانة لا قضاء وعند الشافعى ومالك يصدق قضاء
ايضا وقال المزنى رحمه الله يحنث ولو قال السلام عليكم الا على واحد لا يحنث خلافا للشافعى واحمد هذا اذا
سلم خارج الصلاة ولو سلم فى الصلاة والمحلوف عليه معه فى الصلوة فان كان اماما قيل ان كان المحلوف على
يمينه لا يحنث وان كان على يساره يحنث وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يحنث فى التسليمتين وهو الصحيح
وان كان مؤتما فعلى هذا التفصيل على قولهما وعند محمد يحنث سواء كان على يمينه او على يساره وبه قال مالك
ولو اقتدى الحالف بالمحلوف عليه فى الصلوة فسهى فسبح به الحالف او فتح عليه بالقراءة لم يحنث وخارج
الصلوة يحنث وبه قال الشافعى ومالك ولو حلف لا يكلم فلانا فقرع فلان الباب فقال من هذا ذكر
القدورى انه يحنث وذكر ابو الليث فى النوازل لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كى تو
يحنث وبه اخذ وهو المختار لان قوله كيست ليس بخطاب وقوله كى تو خطاب ولو ناداه المحلوف عليه
فقال لبيك او لبى يحنث ولو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا لا يحنث وبه قال الشافعى فى الجديد
واختاره المزنى وقال فى القديم يحنث وبه قال مالك واحمد م ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له
ولم يعلم باذنه حتى كلمه حنث س وبه قال مالك واحمد والشافعى فى وجه وفى شرح الاقطع قال
هو المشهور من قولهم اى من قول اصحابنا وعن ابى يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعى م لان
الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام س ومنه قوله تعالى واذان من الله ورسوله اى اعلام م او من
الوقوع فى الاذن س اى او لان الاذن مشتق من الوقوع فى الاذن اى السمع م وكل ذلك س اى الاذن
من الاذان او من الوقوع فى الاذن م لا يتحقق الا بالسماع واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد
ماذونا الا اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يكون ماذونا ولم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع فى الاذن
واجيب بان الاذن هناك لفك الحجر من حق العبد والعبد يتصرف باهليته نفسه ومالكيته فيثبت
بمجرد الاذن واما فى اليمين فقد حرم كلامه الا باذنه فصار الاذن معتبرا لاباحة الكلام فلا بد من الا
لذلك م وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن س بوزن الفاعل م كالرضا
س يعنى اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما ان
الرضى يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم بالاذن م قلنا الرضى من اعمال القلب س فيتم بالراضى م ولا كذلك
الاذن على ما مر س انه اما من الاذان الذى هو الاعلام او من الوقوع فى الاذن وذلك يقتضى السماع

علام

ولم يوجد ونظيره في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى عن ايمان النوازل حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها بحيث لا تسمع لا يكون اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر هذا اذن قال نصير بن يحيى كتبت الى البلخي اسأله عما يختار في هذه المسئلة فكتب الي ان لا اختلاف في هذه المسئلة وهو اذن اجماعا انما الاختلاف فيمن يقول لا تخرجي الا بامري لان الاذن يكون اذنا بدون السماع واما الامر فلا يكون امرا بدون السماع قال نصير الا ان ابا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن وهكذا القدوري في ايمانه م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف ش اي اعتبار الشهر من زمان الحلف م لانه ش اي كان الحالف م لو لم يذكر الشهر يتأبد اليمين ش لان النكرة تعم في موضع النفي م فذكر الشهر لاخراج ما وراءه ش اي ما وراء الشهر م فبقي الذي يلي يمينه داخلا ش اي بقي الشهر الذي يلي يمينه داخلا في الايجاب م عملا بدلالة حاله ش اي حال الحالف لان الحامل على هذه اليمين الغيظ الذي لحقه في الحال فكان مراده ان لا يكلمه في هذه الحال م بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد اليمين فكان ذكره ش اي الشهر م لتقدير الصوم به ش اي بالشهر م وانه ش اي ان الشهر م منكر فالتعيين اليه ش اي الى الحالف فله ان يعين اي شهر شاء مطلقا متتابعا او متفرقا هذا في الصوم اما في الاعتكاف فانه يعين اي شهر شاء ويلزمه التتابع لان التتابع فيه اصل ليلا ونهارا الا انه اذا قال في النهر دون الليالي فحينئذ له ان يفرق بخلاف الصوم فان التفريق فيه اصل لانه لا يوجد الا في النهر خاصة الا اذا قال متتابعا فيلزمه التتابع ونظير المسئلة الاولى ما اذا اجر داره شهرا كان المراد منه الشهر الذي يلي العقد لانه لو لم يذكر الشهر ينصرف العقد الى الابد لانه يكون فاسدا فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الشهر متصلا بالايجاب بحكم اصل الايجاب م ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلاته حنث وعلى هذا ش اي وعلى هذا التفصيل م التسبيح والتهليل والتكبير ش يعني اذا حلف لا يتكلم فقال سبحان الله او قال لا اله الا الله او قال الله اكبر فان كان في الصلوة لا يحنث وان كان خارج الصلوة حنث م وفي القياس يحنث فيهما ش اي في الصلوة وخارجها بالتسبيح واخيه م وهو قول الشافعي ش وبه قال احمد م لانه كلام حقيقة ش لان الكلام اسم لحروف منظومة تحتها معاني مفهومة فيكون قارئ القرآن والمسبح والمهلل والمكبر متكلما لا محالة م ولنا انه ش اي ان كل واحد من هذه م في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا ش اما عرفا فلان الانسان لا يحلف على ترك الكلام في ترك الصلوة فعلم ان الموجود في الصلوة لا يسمى كلاما عرفا ولان الكلام حرام في الصلوة وهذا مباح واما شرعا فقد اشار اليه بقوله م قال عليه السلام ش اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ش هذا الحديث قد مضى في كتاب الصلوة في باب ما يفسد الصلاة واخرجه مسلم في حديث معاوية بن الحكم السلمي وهو حديث طويل وفيه ان هذه الصلوة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس انما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن م وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ش وقال شيخ الاسلام لا يحنث خارج الصلوة اذا سبح او هلل او كبر لا ينصرف يمينه الى كلام الناس وعليه الفتوى وبه قال احمد وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا في عادة اهل العراق واما في بلادنا اذا حلف الرجل ان لا يتكلم فقرأ القرآن لا ينبغي ان لا يحنث سواء قرأ في الصلوة او في غير الصلوة واليه ذهب الصدر الشهيد والعتابي م ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ش اراد به مطلق الوقت م والكلام لا يمتد ش لانه عرض كما يوجد يتلاشى ولا يقبل الامتداد لانه يتجدد الامثال كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك لان الثاني مثل الاول صورة ومعنى بخلاف العين الممتدة [illegible] الكلام الثاني يفيد معنى غير ما تفيده الاول فلم يستقم فيه القول بتجدد الامثال المراد من اليوم مطلق الوقت ليلا كان او نهارا فيحنث في يمينه اذا وجد الكلام مطلقا م وان عنى النهار خاصة ش اي وان قصد باليوم النهار ش وهو زمان يمتد من طلوع الفجر الصادق الى غروب الشمس م دين في القضاء ش يعني يصدق في الحكم م لانه مستعمل فيه ايضا ش اي لان اليوم مستعمل في النهار ايضا لانه

نوى

نوى حقيقته م وعن ابي يوسف انه لا يصدق في القضاء لانه خلاف المتعارف ش اي لان كون النهار مرادا من يوم قرن بفعل لا يمتد خلاف المعروف في العرف م ولو قال ليلة اكلم فلانا ش فامرأته طالق م فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله ش اي استعمال الليل يستعمل لمطلق الوقت ايضا الليل م في مطلق الوقت ش وفي المبسوط الليل ضد النهار قال تعالى وهو الذي جعل الليل والنهار خلفة كما ان النهار يختص بزمان الضياء فكذا الليل يختص بزمان الظلمة وان قلت الليل يستعمل لمطلق الوقت ايضا قال الشاعر وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ليالي لاقينا جذاما وحميرا والمراد مطلق الوقت لان الملاقاة للمحاربة وهي تقع ليلا ونهارا والظاهر كونها في النهار وبعده سقيناهم كاسا سقونا بمثلها ولكنهم كانوا على الموت اصبر قلت الشاعر ذكر الليالي بلفظ الجمع واحد العدد من اراد لفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد قال الله عز وجل ثلاث ليال سويا وقال ثلاثة ايام الا رمزا والقصة واحدة وكلامنا في المفرد م وان قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم ش اي قبل قدوم فلان م او الاذن ش اي كلمه قبل الاذن م حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية ش اي لان كل واحد من القدوم والاذن غاية وكلمة حتى للغاية قال تعالى حتى مطلع الفجر واما كلمة الا ان ههنا بمعنى الغاية لان حقيقته الاستثناء غير مرادة لتعذر استثناء الاذن والقدوم من الكلام لانهما ليسا من جنسه فجعل مجازا عن الغاية لما بين الاستثناء والغاية من المشابهة من حيث ان الحكم بعد كل واحد منهما يخالف الحكم قبله م واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها ش اي بعد الغاية م فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين ش بيانه انه اذا كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه كلمه بعد انتهاء اليمين واذا كلمه قبل القدوم والاذن يحنث لان شرط الحنث وجد حال بقاء اليمين م وان مات فلان ش يعني الذي اسند اليه القدوم والاذن م سقطت اليمين ش لانتفاء تصور البر م خلافا لابي يوسف ش فانه قال تبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية م لان الممنوع عنه ش اي عن الحالف م كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فتسقط اليمين ش فان قلت اعادة الحياة ممكنة فكان الواجب ان لا يسقط اليمين كما لو انعقدت على القدوم او الاذن في حياة القائمة لا المعادة بعد موته ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا تنعقد اليمين لانها وقعت على الحياة القائمة فان قلت اعادة عين الروح ممكن قلت الحياة غير الروح لان الله تعالى حي وليس له روح كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله م وعنده ش اي عند ابي يوسف م التصور ش اي تصور البر م ليس بشرط فعند سقوط الغاية ش وهي الاذن والقدوم م تتأبد اليمين ش وقد مر الكلام في بيان هذا الاصل فيهم م ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان ش اي او حلف لا يكلم امرأة فلان م او صديق فلان ش اي او حلف لا يكلم صديق فلان م فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم ش اي كلم العبد في المسئلة الاولى والمرأة في المسئلة الثانية او صديق فلان في المسئلة الثالثة م لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك ش كما في المسئلة الاولى م او اضافة نسبة ش كما في المسئلتين الاخيرتين م ولم يوجد ش منسوبا الى الغير يراعي للحنث وجود النسبة وقت وجود المحلوف عليه ولا يعتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعي وجود النسبة وقت اليمين ولا يعتبر بالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه مثال الاول هو قوله لا يكلم عبد فلان وقوله لا يدخل دار فلان او لا تركب دابته او لا ياكل طعامه او لا يلبس ثوبه فاذا زال الملك ووجد الكلام او الدخول او الركوب او اكل الطعام او لبس الثوب لا يحنث ومثال الثاني هو قوله لا يكلم امرأة فلان او صديق فلان فابانها فلان او عادى صديقه فكلمهم يحنث ووجه الفرق ان في الفصل الاول الحمل على اليمين معنى في المالك لان هذه الاشياء لا تعادى عادة وفي الفصل الثاني معنى في هؤلاء لان هؤلاء يهجرون ويعادون عادة لمعنى فيهم لان الاذى مقصود منهم فان قيل يشكل هذا بعبد فلان فان الاذى مقصود منه كما في هؤلاء قلنا ذكر محمد في نوادره ان في العبد يحنث عند ابي حنيفة لهذا ووجه ظاهر الرواية ان المملوك ساقط الاعتبار عند الاحرار ملحق بالجمادات ولهذا ايباع في الاسواق كالبهائم فالظاهر انه اذا كان الاذى منه لا يقصد هجرانه باليمين بل يقصد سيده كذا في المبسوط والذخيرة فان قلت ان لم يكن له وجه ولا صديق ثم

السواد

ذلك

استحدث الصديق او الزوجة ثم كلمه ما يكون حكمه قلت لم يذكر هذا في الجامع الصغير والواجب ان يكون قول
ابي حنيفة يحنث واما محمد فعنده قال في الزيادات لا يحنث وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير يحتمل
ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة وان وجدت الاشارة مع ذلك بان قال لا اكلم عبد فلان
هذا او زوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية والصداقة ثم كلم حنث في قولهم لان ذكر النسبة للتعريف
كالاشارة فكانت الاشارة اولى م قال س اي المصنف م مثلا س اي عدم الحنث م في اضافة الملك بالاتفاق
س بين الثلاثة م وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمراة والصديق س فانه اي عند محمد يعتبر حين
النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا طلق امراته او عادى صديقه يحنث عند محمد لكنه م قال في الزيادات
س واشار الى بيان وجه هذا بقوله م لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصود بالهجران
فلا يشترط دوامها س اي دوام اضافة المراة الى الزوج واضافة الصديق الى فلان لانه لما كان للتعريف
لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف م فيتعلق الحكم بعينه س اي يتعلق حكم الحنث بعين
المقصود وهو المراة او الصديق م كما في الاشارة س بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان
هذه م وجه ما ذكر هنا س وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
م وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه س اي غرض الحالف هجران المضاف م لاجل المضاف
اليه ولهذا س اي ولاجل ان غرض الحالف هجران المضاف لاجل المضاف اليه م لم يعينه س اي لم يعين
المضاف حيث لم يقل صديق هذا او هذه المراة فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك س لاحتمال
ان لا يكون هجرانه لاجل المضاف اليه م وان كانت يعقد على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امراة
بعينها س بان قال امراة فلان هذه م او صديقا بعينه س اي او قال صديق فلان بعينه م لم يحنث في
العبد وحنث في المراة والصديق وهذا س اي عدم الحنث م قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث
في العبد ايضا وهو قول زفر س وبه قال الشافعي ومالك واحمد م ولو قال لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان
ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف س اي عند محمد يحنث في الدار المشار اليها اذا بيعت ثم وجد الدخول كما
في العبد المشار اليه اذا بيع ثم كلمه وعندهما لا يحنث لان العبد والدار لا يصلحان للمعاداة اما الدار
فظاهر واما العبد فلانه لا يعادى لدناءته وسقوط منزلته وانما يهجران لمعنى في صاحبهما فاذا زال
الملك ثم وجد الفعل لا يحنث بخلاف المراة والصديق فانهما يصلحان للمعاداة فلذلك وقد اشار اليهما
فيحنث بعد زوال الزوجية والصداقة م وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها
س اي من الاضافة التي للتعريف لكونها س اي لكون الاشارة م قاطعة للشركة س فاذا كان كذلك
لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد س فاذا كان كذلك م فاعتبر
الاشارة ولغت الاضافة وصار كالمراة والصديق س اي وصار العبد المشار اليه كالصديق والمراة
المشار اليهما عند محمد وزفر وكذا عند الشافعي ومالك واحمد م ولهما س اي ولابي حنيفة وابي يوسف
م ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه س يعني لا نسلم ان الاضافة للتعريف بل نسلم ان الداعي
الى اليمين معنى في المضاف اليه م لان هذه الاعيان س اي الدابة اي حيوان كان والدار والثوب م لا تعادى
ولا تهجر لذواتها وكذا العبد س لا يهجر لذاته بل م لسقوط منزلته س فان قيل كيف لا تعادى الدار لذاتها
على ما قيل وجاء الخبر ان الشوم في ثلاث في الدار والمراة والفرس قلنا ذلك احتمال لم يقترن به العرف والعادة
فان في العادة لا تعادى لذاتها بل بسبب اخر وهو غير معلوم وفيما نحن فيه تعادى بسبب اربابها
عرفا وهو معنى قوله م بل المعنى في ملاكها س اي بل تعادى وتهجر هذه الاشيا لاجل معنى في ملاكها بضم الميم
وتشديد اللام فاذا كان كذلك م فيتقيد اليمين بحال قيام الملك س لقيام المعنى الداعي اذ ذاك م بخلاف
ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه س اي لان كل واحد منهما م يعادى لذاته س وهو
ظاهر م فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين س يعني الداعي
الى المعنى في المضاف اليه غير متعين للهجران لانه يهجر لذاته لما ذكرنا ان الحر يهجر عادة لعينه وقد يهجر لغيره
فاذا جمع بين الاضافة والاشارة تعين الهجران لعينه ولان في اعتبار الهجران لغيره لغو الاشارة م بخلاف
ما تقدم س وهو مسئلة العبد لما ذكرنا من تعين الهجران من جهة الاضافة م قال س اي محمد في الجامع
الصغير م وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان س هو تعريب تالشان وجمعه طيالسة والهاء
في الجمع للعجمة لانه فارسي معرب وهو من لباس العجم مدور اسود وفي جمع التفاريق الطيالسة لحمته

وسداها صوف وفي المغرب الطيلسان تعريب تالشان وهو لباس العجم ومنه قولهم في الشتم يا ابن الطيلسان
يراد انك اعجمي والطيلس لغة فيه قال المرار بن منقذ فرفعت راسي للخيال فما ارى غير المطي وظلها
كالطيلس م فباعه س اي باع صاحب الطيلسان طيلسانه م ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل
الا التعريف س لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه س اي الى صاحب
الطيلسان فتعلقت اليمين به وان كلم المشتري لا يحنث م ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد
صار شيخا س اي والحال انه قد صار شيخا وقد علم ان الجملة الفعلية الماضية اذا وقعت حالا لا بد فيها
من ذكر قد وقد تحذف م حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو س وفي الغائب معتبرة
الا اذا كانت الصفة داعية الى اليمين فحينئذ تعتبر وتتقيد اليمين بتلك الصفة كما اذا حلف
لا ياكل بسرا فاكل بعدما صار رطبا او حلف لا ياكل رطبا فاكل بعدما صار تمرا لا يحنث لتقيد اليمين
بصفة البسورة او الرطوبة لان تلك الصفة داعية الى اليمين وهنا صفة الشباب لم تعتبر داعية
لان الهجران المحجور شرعا فلا يجوز ذلك م وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين س هذا جواب
عن سوال يرد على ما قبله وقد اندرج بيانه فيما ذكرناه الان م على ما مر من قبل س اي في اول باب
اليمين في الاكل والشرب في مسئلة لا ياكل لحم هذا الحمل م

فصل ش

اي هذا فصل في بيان مسائل متعلقة بالباب المذكور وانما ذكر لفظ فصل ولم يذكر لفظ باب
لان مسائله داخلة في الباب المذكور بالتبعية فالحاصل ان مسائل هذا الفصل في الكلام ايضا
الا انها متعلقة بالزمان وما قبلها متعلق بالاعيان والاعيان اصل والازمان تابع له انتهى وفي
قوله تابع له مطرح يختفي م قال س اي القدوري م ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا س اي او قال قال
لا يكلمه زمانا م او الحين س اي او قال لا يكلمه الحين بالالف واللام م او الزمان س اي او قال لا اكلمه
الزمان معرفا م فهو س اي حلفه واقع م على ستة اشهر س وبه قال احمد وقال الشافعي ادنى
مدة وهي ساعة لا بد ان يفيق وفي شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله اذا حلف على النفي
فيمينه على ساعة واحدة وان حلف على الاثبات ففعل ذلك في اخر عمره جاز وقال مالك يحمل على
سنة قال تعالى تؤتي اكلها كل حين والمراد به السنة ولانه الوسط من المدة قلنا المراد من قوله كل
حين ستة اشهر كذا قاله ابن عباس لان من حين يخرج الطلع الى ان يدرك الثمر ستة اشهر فكان هو
الوسط فعند الاطلاق يحمل على الوسط لخير الامور اوساطها م لان الحين قد يراد به الزمان القليل س كما
قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلوة م وقد يراد به اربعون
سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر س قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة
م وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين س وقد ذكرنا الان عن ابن عباس انه ستة
م وهذا هو الوسط س اي الحين الذي يعني ستة اشهر هو الوسط وقد مر الان فاذا كان كذلك م فينصرف
س اي يمينه م اليه س اي الى قدر ستة اشهر اذا لم يكن له نية م وهذا س اي الحمل على ستة اشهر لما دام
لان اليسير لا يقصد بالمنع س لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة م لوجود
الامتناع فيه عادة س اي في قدر الساعة من حيث العادة م والمديد س اي والزمان الطويل م لا
يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد س لان من اراد ذلك يقول ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر
الحين م ولو سكت عنه س اي عن المديد تابد س اي اليمين م فتعين ما ذكرناه س وهو الوسط اعلم
ان الحين هو الزمان قليله وكثيره كذا في المجمل وغيره وقال الزجاج في تفسيره جميع ما شاهدنا من اهل
اللغة ذهبوا الى ان الحين اسم زمان كالوقت يصلح لجميع الازمان طالت او قصرت ثم قال
والدليل على ان الحين بمنزلة الوقت قول النابغة انشده الاصمعي في صفة الحية والملدوغ تناذرها الر... اقول
من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع وما قبله فبت كاني ساورتني ضئيلة من الرقش في انيابها
السم ناقع قوله تناذرها اي انذر بعضهم بعضا قوله تطلقه بتشديد اللام معناه ان السم يخف الم الملدوغ
ويعود وقتا ومعنى ساورتني واثبتني من ساور اليه الاسد اي وثب والضئيلة بفتح الضاد المعجمة
وكسر الهمزة وبا اللام وهي الحية التي تتقبض وينضم بعضها الى بعض والرقش بضم الراء وسكون القاف
وبالشين المعجمة جمع رقشا وناقع بالنون والقاف اي ثابت م ولذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال

مارايتك منذ حين ومنذ زمان يعني واحد وهذا س اي الحمل على ستة اشهر في قوله لا يكلمه حينا او زمانا
اوكالحين بالتعريف م اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا س من معاني الحين او الزمان م فهو على ما نواه لانه
حقيقة كلامه س فيعمل به م وكذا الدهر س يعني يحمل على ستة اشهر اذا قال لا اكلمه دهرا او الدهر م عند
ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو س اي لا ادري كيف هو في حكم التقدير وقال
ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي المشهور من قولهما ان الدهر بالالف واللام على الابد وذكر
محمد في الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا وكان ابو الحسن يقول ان قول ابي حنيفة في الدهر ودهرا واحد
وانه لم يجب عنه شيء والغالب في كلام الناس ان الدهر على الابد فقال فلان يصوم الدهر يعنون
الابد وقال الكاكي قال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر لان الناس يستعملونه بمعنى الحين والزمان وبمعنى
الابد الا ترى ان معرفه على الابد بخلاف الحين والزمان لان معرفهما ومنكرهما سواء يقال فلان دهري
بضم الدال اذا كان معمرا ودهري بالفتح اذا قال بالدهر وانكر الصانع قال الله تعالى حكاية عنهم
وما يهلكنا الا الدهر فكان محتملا ولم يتوقف على مراد المتكلم والترجيح بلا دليل لا يجوز فكان قوله
لا ادري من كمال علمه وورعه وروي ان ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن شيء فقال لا ادري ثم قال بعد
ذلك طوبى لابن عمر سئل عن شيء لا يدري فقال لا ادري وقيل انما قال لا ادري حفظا للسانه
عن الكلام في معنى الدهر فقد جاء في الحديث انه عليه السلام قال لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر الكلام
معناه انه خالق الدهر وقد جاء في حديث اخر انه عليه السلام قال حكاية عن الله عز وجل استقرضت
من عبدي فابى ان يقرضني وهو يسبني ولا يدري يسب الدهر ويقول وا دهراه وانما انا الدهر
وكما روي انه عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسال جبريل عليه السلام
فسال جبريل فقال لا ادري حتى اسال ربي فصعد ثم نزل فقال سالت فقال الله عز وجل خير البقاع
مساجدها وخير اهلها من يكون اول الناس دخولا واخرهم خروجا فعرفنا ان التوقف في مثل هذا
من الكمال لا من النقصان كذا في المبسوط وجامع فخر الاسلام وقاضي خان وقيل وجه قول ابي حنيفة
ان الدهر لا نص فيه عن احد من اهل اللغة والادلة متعارضة فيجب التوقف فيه الا ترى الى قوله
تعالى وما يهلكنا الا الدهر والى قوله عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر ولهذا ان
صاحب الجمهرة الدهر معروف ثم قال ثم قال قوم الدهر مدة الدنيا من ابتدائها الى انقضائها وقال
اخرون بل دهر كل قوم زمانهم وقال ثعلب في اماليه الدهر الزمان الليل والنهار لا غير ذلك ثم
انشد هل الدهر الا ليلة ونهارها والا طلوع الشمس ثم غيارها فلما لم يستمر العرف فيه لم يصح
الحاق الدهر بالحين والزمان قياسا لان درك اللغات بالقياس لا يستقيم وهذا اذا ذكر الدهر
معرفا يقع على الابد اتفاقا على ظاهر الرواية بخلاف الحين والزمان ولو قال لا اكلمه حقبا فهو على ثمانين سنة
عندنا واحمد وعند مالك على اربعين سنة وعند الشافعي رحمه الله على جميع العمر م وهذا الاختلاف في
المنكر ش اي الاختلاف المذكور في قوله لا اكلمه دهرا بدون الالف واللام م هو الصحيح س احترز به
عن رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا وبين
قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا
واما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا اختلاف بينهم
وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله م اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا ش فان قيل
ذكر في الجامع الكبير واجمعوا انه لو قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما
يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكيف قال ابو حنيفة لا ادري الدهر
وقد حكم في دهور ان ادناه ثلاثة دهور فكان دهر ستة اشهر كما هو قولهما ومن لا يدري معنى المفرد لا
يدري معنى الجمع اذ الجمع عبارة عن ثلاثة افراد قلنا هذا التفريع لمسئلة الدهر على قول من يعرف الدهر
كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها ولذلك قال بالعشرة اذا كانت يمينه بالدهور
صيغة الجمع محلى بالالف واللام كما هو اصله بالسنين والشهور واليه اشار التمرتاشي وقيل ان ابا حنيفة
قال ادنى الجمع من هذه المذكورات ثلاثة ولكن لا يلزم من هذا معرفة المراد من الدهر المنكر يعني لو عرف
المراد منه يكون المراد من الدهور ثلاثة ستة ومما يليق ذكره هنا ما قال بعضهم من قال لا ادري بما لم

بما لم يدره فقد نفى الدهر والحين كذلك جوابه ومحل الطفال ووقت حنان م لهما ش اي لابي يوسف
ومحمد ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو
حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال
س اذ هو يأتي بمعنى الزمان وبمعنى الابد وقولهم دهر داهر ودهر دهارير اي شديد ويقال ما ذا
دهري اي عادتي وما دهري بكذا اي همتي ويراد به العمر قال عليه السلام لا صام من صام الدهر فلما وجد
الدهر مستعملا في معان مختلفة توقف ابو حنيفة رحمه الله في تقديره كما ذكرناه م ولو حلف لا يكلمه
اياما فهو على ثلاثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلاث ش هذا لفظ القدوري
وهو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده اي عند
ابي حنيفة كما في المعرف وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح وذلك لانه
ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلاثة م فان حلف لا يكلمه الايام
فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر
عند ابي حنيفة وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود س لان في الايام المعهود في عرف الناس ايام
الاسبوع فكانت الجمعة هي المرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت السنة هي المرادة م وهو ما
ذكرنا س ان اللام للعهد م لانه س اي لان الشهر م يدور عليها ش اي على اثني عشر وكان الاتراري وكان
القياس ان يقول لانها تدور عليه لكن اول المذكور في الاول والافراد في الثاني فانهم ونقل الاكمل هذا
منه بقوله وقيل اي لان الشهر يدور على اثني عشر وكان القياس ان يقول الى اخره ثم سكت عنه والظاهر انه
لم يكن عنده معنى غير هذا الا انه سكت ولم ينقل شيئا م وله س اي ولابي حنيفة انه س اي لفظ الشهور م
جمع معرف ش بالالف واللام م فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة س اي عشرة اشهر
والاصل هنا ان حرف التعريف اذا دخلت في اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند
ابي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك
يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت
هي المرادة لان اللام للجنس بخلاف ما اذا حلف بقوله ان تزوجت النساء حيث يقع اليمين على الواحد لتعذر
صرفه الى الجميع وان عنى الجميع قيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر وقيل يصدق لانه نوى حقيقة كلامه
وقال ابو حنيفة نقول ان اللام للعهد والعشرة معهودة في الجمع المعرف فانه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع
فانه يقال ثلاثة ايام الى العشرة ثم يقال احد عشر يوما فكان صرفا لهذا المعهود قال قلت هذا
لا يستقيم في الشهور فانه لا يقال ثلاثة شهور بل يقال ثلاثة اشهر قلت بل يقال ثلاثة شهور ايضا
كما يقال ثلاثة قروء فان قلت هذا هكذا عند اقتران العدد لا عند تجرده عنه وقد قيل في قوله عز
وتلك الايام نداولها اي ايام الدنيا قلت اسم الجمع للعشرة وما دونها حقيقة في حالتي الابهام والتعيين
ويقع على ما وراء العشرة في حالة الابهام دون التعيين فكان الصرف الى ما هو حقيقة في الحالتين اولى فان قلت
يشكل هذا بقوله تعالى وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما قال سبطا قلت لا يرد هذا السؤال لان
لفظ الاسباط ليس بتمييز وانما التمييز محذوف تقديره وقطعناهم اثنتي عشرة فرقة اسباطا فحذف
الموصوف واقيمت الصفة مقامه م وكذا الجواب عنده س اي عند ابي حنيفة م في الجمع س جمع جمعه
يعني اذا حلف لا يكلمه الجمع يقع على عشر جمعه م والسنين س يعني وكذا الجواب في السنين يعني اذا
حلف لا يكلمه السنين يقع على عشر سنين وفي المحيط قال لا اكلمه الايام او الشهور او السنين او الجمع
او الدهور او الازمنة فهو على العشرة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما الايام على الاسبوع يعني
سبعة ايام والشهور على السنة وغيرها على العمر م وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه س
اي دون العمر لان الاصل عندهما ان ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي
الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع فكانت الجمعة هي المرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة
فكانت السنة هي المرادة ولا معهود في الجمع والسنين فانصرف يمينه الى جميع العمر ولو قال جمعا او قال
سنين بالتنكير يقع على ثلاثة من ذلك بالاتفاق وفي الكافي وقيل ينصرف الايام على السبعة اتفاقا وعند
الشافعي ومالك واحمد ينصرف الى الثلاثة في المنكر لانه اقل الجمع في المنكر وفي الايام المعرف ينصرف عندهما

مالك الى الابد وقال بعض اصحابه ينصرف الى الاسبوع ويحمل الشهور على اثني عشر شهرا وبه قال احمد وفي قول
من قال الله ينصرف الى الابد والسنين والجمع ينصرف الى الابد لقولهما وبه قال احمد م ومن قال للعبد ان
خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام ش
لان اكثر عدد يضاف الى الايام عشرة فبعد ذلك لا يسمى اياما يقال بل يقال ايام الى عشرة ايام ثم يترك ذكر
الايام فيقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم م وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها يكرر فيكون الايام
الكثيرة سبعة وقيل هذا بالاتفاق ولما ذكرنا عن قريب م وقيل لو كان اليمين بالفارسية ش بان قال
لعبده اكر خدمت كني مرا روزهاي بسيار ازاد شوي سبعة ايام فحقيقي وهو معنى قوله م ينصرف الى
ايام لانه يذكر بلفظ الفرد دون الجمع ش وقال الاتراري في هذا التعليل نظر لان لفظ الفرد بالفارسية
يخلو من احد الامرين اما ان يفهم منه معنى الجمع ام لا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم
يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا انتهى وقال الاكمل يمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى
الجمع قوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي
الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او لعدم القائل بالفصل م باب

اليمين في العتق والطلاق

ش اي هذا باب في بيان احكام اليمين في العتق والطلاق وقدم هذا
الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكانت معرفة احكامه اهم من غيره م ومن قال لامراته اذا ولدت
ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة ش فولدت
ولدا ميتا عتقت م لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ش يعني يكون ولدا باعتبار الحقيقة
وعرفا وشرعا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فكذلك اشار اليه بقوله م ويسمى به ش اي بالولد م في
العرف ش واما شرعا فهو قوله م ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم م الخارج
بعد الولد م نفاس وامه ام الولد له فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ش فتطلق الحرة وتعتق الامة
ومما ذكره الاتراري في التعليل انه يحيى في الاخرة ويرجى شفاعته بدليل ما روى ابو عبيد في حديث
النبي صلى الله عليه وسلم في السقط يظل محبنطئا على باب الجنة والمحبنطي يروى بغير همز وبهمز
فعلى الاول معناه المتغضب المستبطئ للشيء وعلى الثاني معناه العظيم البطن المنتفخ يعني يغضب
وينتفخ بطنه حين يدخل ابواه الجنة م ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا ش
ولدت ولدا اخر ش حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق
بولادة الميت ش لان شرط الحرية ولادة الولد وقد تحققت الولادة م على ما بينا ش اشار به الى قوله
لان الموجود مولود فاذا كان كذلك م فتنحل اليمين لا الى جزاء كما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت
حر فباعه فدخل الدار تنحل اليمين لا الى جزاء حين اذا اشتراه فدخل الدار لا يعتق وكذا اذا قال لامراته
ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فابانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار تنحل اليمين لا الى جزاء حتى اذا تزوجها
ثم دخلت الدار لا تطلق م لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ش لان الحرية عبارة عن قوة حكمية
تثبت في المحل بحيث تدفع تسلط الغير عليه والميت ليس باهل للقوة الحكمية المذكورة م ولابي حنيفة
ان مطلق اسم الولد يتقيد بالحياة ش تصحيحا لكلام العاقل ولو لم يتقيد بالحياة صار لغوا م لانه قصد اثبات
الحرية جزاء ش يعني من حيث الجزاء م وهي ش اي الحرية قوة حكمية تظهر في دفع تسليط الغير ش عليه م ولا
تثبت ش اي القوة الحكمية م في الميت ش لانه ليس باهل لذلك م فيتقيد ش اي الولد م بوصف الحياة كما اذا قال
اذا ولدت ولدا حيا ش ولم يوجد م بخلاف جزاء الطلاق ش في قوله لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت
ولدا ميتا يقع الطلاق وحرية الام في قوله لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة فولدت ولدا ميتا يقع
العتق م لانه ش اي لان كل واحد من جزاء الطلاق وحرية الام م لا يصلح مقيدا ش للحياة لاستغنائهما عن
حياة الولد ولهذا اذا وصف الولد بالموت صريحا وعلق الطلاق وحرية الام به وقال اذا ولدت ولدا ميتا
فانت طالق او فانت حرة كان صحيحا م واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق
لان الاول اسم لفرد سابق ش لا يشاركه غيره فيه فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق م فان اشترى عبدين
معا ش يعني بصفقة واحدة م ثم اخر ش يعني ثم اشترى عبدا اخر م لم يعتق واحد منهم لانعدام
التفرد في الاولين ش اي في العبدين الاولين م والسبق ش اي ولانعدام السبق م في الثالث ش

اي

اي العبد الثالث م فانعدمت الاولية ش يعني لم توجد م واذا قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق
الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة ش اي حال كونه وحده وفي قوله لغة نظر
لان وحده حال من جهة الاعراب لا من جهة اللغة م والثالث ش اي العبد الثالث م سابق في هذا الوصف ش لانه
لانه هو المتوحد في الشراء بخلاف قوله اول عبد اشتريه واحدا لانه اشترى والفرق بين قوله م
وحده وبين قوله واحدا ان الواحد يقتضي الانفراد في الذات ووحده يقتضي الانفراد في الفعل
المقرون به الا ترى انه لو قال في الدار رجل واحد كان صادقا اذا كان معه صبي او امراة بخلاف
ما اذا قال في الدار رجل وحده كان كاذبا اذا كان معه صبي او امراة م وان قال اخر عبد اشتريه
فهو حر فاشترى عبدا ثم مات ش اي المولى م لم يعتق لان الاخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون
لاحقا فلا يعتق لعدم الشرط ولانه اول فلا يكون اخرا لانه ليس من صفات المخلوق ان يكون
اولا واخرا وانما هو من صفات الباري عز وجل م ولو اشترى عبدا ثم عبدا ش اي ثم اشترى
عبدا اخر م ثم مات عتق الاخر لانه فرد لاحق فاتصف بالاخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة
حتى يعتبر من جميع المال ش اذا كان الشراء وقت الصحة م وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان
الاخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك ش اي عدم شراء غيره م يتحقق بالموت ش اي بموت
المولى م فكان الشرط ش وهو عدم شراء غيره م متحققا عند الموت فيقتصر عليه ش اي فيقتصر
العتق على زمان الموت فيعتق قبيل الموت بلا فصل م ولابي حنيفة ان الموت معرف ش اي غير شرط
لانه يعرف ان العبد الثاني هو اخر عبد اشتراه م فاما اتصافه بالاخرية فمن وقت الشراء ش يعني هذه
الصفة حصلت له من وقت الشراء الا ان هذه الصفة بعرض الزوال بان يشتري غيره بعده فاذا
مات ولم يشتر لم توجد ما يبطلها م فيثبت ش اي العتق م مستندا ش الى وقت كان اخرا من
وقت الشراء م وعلى هذا الخلاف ش المذكور م تعليق الطلقات الثلاث به ش اي بوصف الاخرية
او بلفظ الاخر بان قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امراة ثم امراة ثم مات فطلاق البائنة
من حين تزوجها ولا ترث وعندهما تطلق في اخر حياة الزوج وتصير الزوج فارا فترث
المراة المشار اليه بقوله وفائدته ش اي فائدة الخلاف المذكور م تظهر في جريان الارث ش اي من الزوج
م وعدمه ش اي وعدم الحرمان وقد عرف بيانه م ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره
ثلاثة ش اي ثلاثة اعبد حال كونهم متفرقين عتق الاول ش اي العبد الاول م لان البشارة اسم
لخبر غاب عن المخبر علمه يغير بشرة الوجه ش من الابتشار وحاصله ان البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر
علمه وقد يكون بالسرور وقد يكون بالحزن الا انه في العرف يستعمل فيما يسر وفي الحزن ويتحقق من
واحد واكثر فان اخبروه في هذه المسئلة مجتمعين عتقوا لان البشارة حصلت منهم وان اخبروه
متفرقين عتق الاول خاصة م ويشترط كونه ش اي كون هذا الخبر م سارا في العرف ش لما ذكرنا انه
يستعمل في السرور والحزن م وهذا ش اي كون هذا الخبر سارا يغير به بشرة وجهه م انما يتحقق من
الاول ش اي العبد الاول لان الثاني اخبره بما كان معلوما عنده فلا تتغير به بشرته عند سماعه
م ولو بشروه معا ش يعني مجتمعين عتقوا جميعا م لانها ش اي لان البشارة على الوجه المذكور م حصلت
من الكل ش فيعتق الكل وقد ذكرناه م ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة
يمينه لم يجزه ش اي عن الكفارة م لان الشرط ش اي شرط الخروج عن العهدة التكفير م في اقتران النية
ش اي نية التكفير م بعلة العتق ش وهو اليمين سمي جزاء اليمين وهو قوله انت حر يمينا لانه جزاء
شرط اليمين اذ اليمين يختلف باختلاف الاجزية يقال يمين الطلاق ويمين العتاق وانما ذكر الضمير
في قوله وهو اليمين باعتبار المذكور او الاصل وهو اليمين وكذا هو في بعض النسخ وهي اليمين فلم توجد
نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه م واما الشراء فشرطه ش اي شرط العتق ولا اثر للشرط
في العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن به الكفارة فيها حتى لو اقترنت جاز كذا في المبسوط
حاصله ان نية الكفارة لم تقترن بعلة العتق بل اقترنت بشرط العتق وليس للشرط اثر في ايجاب
العتق لان العتق يثبت بقول سابق وهو قوله فهو حر وصار كانه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة
يمينه لا يجوز فكذا هذا م ومن اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي ش

ط الطلقات

ن السرور

وبه قال مالك واحمد وهو قول ابي حنيفة اولا م لهما س اي الشرا شرط الاعتاق واما العلة فهي القرابة
المقدمة وصار كعتقه بيمين متقدمة وانما اقترنت النية بالشرا الذي هو الشرط لا بالعلة
والدليل على ان استحقاق العتق بالقرابة ان احد الشريكين اذا ادعى نسبه يضمن لشريكه نصيبه فيه
كما اعتقهم وهذا س اي كون الشرا شرطا لا علة م لان الشرا اثبات الملك س وهو ظاهر م والاعتاق
ازالة س لانه ليس باثبات للملك م وبينهما منافاة س فلا يكون الشرا اعتاقا م ولنا ان شرا القريب
اعتاق لقوله عليه السلام س اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا
فيشتريه فيعتقه س هذا الحديث اخرجه الجماعة غير البخاري كلهم عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن
ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجزي ولد الحديث م جعل س اي
الحديث او الشارع م نفس الشرا اعتاقا س لا محالة م لانه لا يشترط س اي في الحديث م غيره س اي غير
الشرا بالاجماع ولا احتياج الى اعتاق اخر ومثله وارد في كلام العرب اشار اليه بقوله م وصار نظير
قوله سقاه فارواه س اي بالسقي نفسه وكذا يقال ضربه فاوجعه اي بنفس الضرب وقال الاكمل
قوله سقاه فارواه جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشرا بالفا وهو يقتضي التراخي بين المتعاطفين
فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل اخر بالفا كان الثاني ثابتا بالاول في كلام
العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه وسقاه فارواه بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث
وهو ان شرا القريب هل يثبت الملك للمشتري في القريب فان اثبته لا يزيله لان المثبت لعينه لا يكون
مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم لا يقال شرا القريب يثبت الملك
لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق بواسطة توحيد وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم
ان يكون مثبت الشي بعينه مزيلا له والجواب ان يوجد ثبوت الملك في القريب اعتاقا ومعناه ان الشرع
اخرج القريب عن محلية الملك بقا كما انه اخرج الحر عن محليته ابتدا وبقا وهذا لان العتق لا يقع الا في
الملك فلو لم يقل بثبوت الملك لم يتصور زواله م ان المصنف قال ومن اشترى اباه ولذا الحكم اذا اشترى
اخاه ولذلك على الخلاف المذكور واذا وهب له ابوه او تصدق به عليه او اوصى له به وهو ينوي عن الكفارة
كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ولو ورث اباه ينوي به الكفارة لا يجزيه لان الميراث
يدخل في ملك الوارث بدون صنعه واختياره والتكفير يتادى بالتحرير الذي هو صنعه وفي الهبة
والصدقة والوصية يحصل صنعه وهو القبول م ولو اشترى ام ولده لم يجز س عن الكفارة م ومعنى
هذه المسئلة س وهي من مسائل الجامع الصغير م ان يقول لامة س لغيره م قد استولدها بالنكاح
ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط س وهو الشرا م ولا
تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه س لان الواجب
... تستحق حريتها من كل وجه وهو معنى قوله فلا تضاف س اي الحرية الى اليمين من كل وجه
ولا كذلك القريب يستحق العتق بالقرابة كما ان الولد مستحقة له بالاستيلاد لما قاطالم نحقق اذا اشتراه
بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة
المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشرا فلم يقع عن الكفارة من كل وجه
بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشرا فاذا اشتراه
ناويا بالكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه م بخلاف ما اذا قال لامة س وفي بعض النسخ لقنة
م ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه عنها س اي عن كفارة اليمين اذا اشتراها لان حريتها
غير مستحقة بجهة اخرى س وانما هي بالشرا م فلم تخل الاضافة الى اليمين س اي اضافة الحرية الى اليمين
استحقاقا والقنة الحرية م وقد قارنته النية س اي في الحال لان نية الكفارة قارنت الشرا م
ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها
لمصادفتها الملك وكان من انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه نزل عليه الجزا واعلم
ان معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفا لان الانسان يسرها
وانما ضم سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة خاصة كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري
وبالضم والى الارض السهلة سهلي وقال الكافي التسري معنى لغوي وشرعي اما في اللغة فالتسري

ماخوذة من السرية واصله التسارر وهي الامة التي بواها بيتا وكان الاخفش يقول انها مشتقة من
السرور لانه يسر بها يقال تسررت وتسريت ايضا كما يقال تظننت وتظنيت قلبت احدى
النونين يا وقيل السرية ماخوذة من السرى وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة
الجواري واما في الشرع فالتسري عبارة عن التحصين والوطي وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه
الوطي مع الانزال والتحصين وقال في وجه يكفي الوطي وبه قال احمد وقال ابو يوسف يشترط مع الوطي طلب
الولد حتى لو وطيها وعزل عنها لا تكون سرية عنده وعندهما التسري عبارة عن ان بواها بيتا وحصنها
وان لم يطلب ولدها م وهذا س يوضح لانعقاد اليمين في حقها م وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق
خلافا لزفر بعدم لعتق في الحالين م فانه س اي فان زفر م يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره
ذكر الملك س ولا يصح الا به م وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا
دلالة لان الطلاق تصرف لا يصح بدون سابقة النكاح فكانه قال ان نكحتك وطلقتك فعبدي حر
فان قيل هذا قول بالاقتضا وزفر لا يقول بالاقتضا اجيب بان اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ
لا بالاقتضا والفرق بينهما ان الاقتضا يحتاج فيه الى التفكر بخلاف الدلالة فان الثابت بها يفهم من اللفظ
بلا تفكر ولهذا اعند فلان سرية يفهم منه في اول الوهلة ان عنده جارية مملوكة فلا يرد عليه السوال م
ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط س اي التسري شرط م فيتقدر بقدره س
اي يتقدر الملك بقدر الضرورة وذكر الضمير الراجع الى الضرورة بالتذكير بتاويل الاضطرار م فلا يظهر في
حق صحة الجزا وهو الحرية فلم يصح اليمين في حق الامة المشتراة م وفي مسالة الطلاق س جواب عن قوله كما
اذا قال لاجنبية تقريره ان في مسالة الطلاق وهو ما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر م انما يظهر
اي انما يظهر ملك النكاح م في حق الشرط س يعني في حق الطلاق الذي هو شرط م دون الجزا س يعني لا يظهر في حق
الجزا حتى لو قال لها س اي للاجنبية ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها س يعني واحدة م لا تطلق
ثلاثا س لان ملك النكاح يثبت اقتضا ضرورة صحة الشرط فلم يظهر في حق صحة الجزا م فهذه وزان مسالتنا
س اي هذه المسئلة وهي قوله ان طلقتك فانت طالق فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا نظير مسالتنا وهي قوله
ان تسريت جارية فهي حرة لان في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزا ونظير مسئلة زفر وهي
قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر ما اذا قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشتراها فتسراها يعتق العبد
كما اذا تزوجها فطلقها يعتق العبد كان الملك قائم في العبد في الحال في الصورتين جميعا فالحاصل ان الملك وقع
شرطا للشرط الذي هو الطلاق او التسري فلا يكون شرطا للجزا م ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات
اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هولا س يعني ان كل واحد من هولا بالاضافة الى نفسه بقوله
لي كامل م اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا س فاذا كان كذلك دخلوا تحت كل فيعتقون م ولا يعتق مكاتبوه
الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه س اي اكساب المكاتب م ولا يحل له وطي المكاتبة س فكان
المكاتب مملوكا من وجه دون وجه م بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلفت الاضافة س اي اضافة الملك الى المكاتب
م ولا بد من النية س فاذا نوى عملت نيته وكذا معتق البعض لا يعتق الا بالنية وفي المبسوط ولو نوى بقوله
كل مملوك لي الرجال دون النسا يصدق ديانة لا قضا لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى
السود منهم لا يصدق قضا وديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظ ولا عموم لا لفظ له فلا
تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ المملوك للرجال حقيقة دون النسا ويقال للانثى مملوكة
ولكن عند الاختلاط تستعمل لها المملوك عادة فلو نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكنه خلاف
الظاهر فلا يصدق قضا ويصدق ديانة وهذا لو نوى النسا وحدها لا يصدق ديانة ولا قضا ولو قال
لم انو المدبر لم يصدق قضا وديانة في رواية وفي رواية يصدق ديانة م ومن قال لنسوة له هذه طالق
او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاولين س اي في تعيين احدهما م لان او لاثبات احد المذكورين
س اي لاحد الشيئين م وقد ادخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم
فيختص بمحله س اي يختص العطف بمحل الحكم ومحل الحكم المطلقة من احدى الاولين فكانت الثالثة طالقا
لان الواو يقتضي الاشتراك في الحكم والحكم هنا هو الطلاق س فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا
اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين س اي في تعيين احد العبدين

الاولين واما الاخر فيعتق بلا شك فان قلت لم لا يكون الشك في المراة الثالثة ايضا لان الواو للجمع وقد جمع
الثالثة مع الثانية وفي الثانية شك فينبغي ان يقع الشك في الثالثة ولهذا قال زفر والفرا لا يقع في الحال
شيء ويخير بين ان يوقع على الاولى او على الاخريين كما اذا قال هذه طالق او هاتان ذكر قولهما في جامع العتابي
قلت نعم انها للجمع لكنه ذكر الثالثة بعد وقوع الطلاق على احدى الاوليين بغير عين فاقتضت الجمع
بين طلاق الثالثة وبين طلاق احدى الاوليين فصارت الثالثة مرادة بما خلاف الطلاق وكذا الحد الثالث
فكانه قال احديكما طالق وهذه او احدكما حر وهذا او قال الحاكم الشهيد في الكافي اذا قال انت طالق
وفلانة او فلانة فالاولى طالق والخيار في الاخريين فان قلت العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح ايضا
على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا اكلم فلانا
او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخريين لم يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا
على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه
طالق او هاتان بحيث كان هو مخيرا في الطلاق والعتاق ان شا وقع على الاولى وان شا وقع على الاخريين
قلت اجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكر في الكتاب فهو ظاهر
الرواية والفرق بين ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان
الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسالة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين يتناول
احدهما نكرة الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص فيتناول
احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كانه قال احدكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسالة
الجامع فالموضع موضع النفي لا نعم كما في قوله ولا تطع منهم اثما او كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا ولا
فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كانه قال ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا والله اعلم

باب اليمين في البيع والشرا والتزوج وغير ذلك

س اي هذا باب في بيان احكام اليمين في الجزء قوله وغير ذلك اي من الطلاق والعتاق والضرب كما اذا قال لا اطلق او لا اعتق او لا
اضرب ثم امر غيره وسيجي بيانه ان شا الله تعالى لما كانت التصرفات في الايمان في هذه الاشيا الى نوع ما اللغة
الى اليمين في الحج والصلوة والصوم قدم هذا الباب على باب اليمين في م ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر
فوكل من فعل ذلك لم يحنث س وبه قال الشافعي في الاظهر وقال مالك واحمد يحنث لان الفعل يطلق على الوكيل والا
يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر غيره بحلقه يحنث م لان العقد وجد من العاقد
حتى كانت الحقوق عليه س اي على الوكيل والحقوق مثل تسليم المبيع اذا كان بائعا وقبضه اذا كان مشتريا
وقبض الثمن اذا كان بائعا والرجوع على البائع عند ظهور الاستحقاق والخصومة في العيب م ولهذا س اي
ولكون عدم الحنث عند وجود العقد من غير الحالف م لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه س لوجود
الشرط الذي هو العقد منه وقوله م فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الامر س هو تتمة تعليل قوله
لم يحنث لان شرط الحنث هو عقد الحالف على هذه الاشيا لو حلف منه وانما وجد من المامور م وانما
له حكم العقد س هذا جواب عما قال الخصم ان حكم العقد ثابت له او للامر وتقريره ان الثابت للامر حكم
العقد وهو الملك م الا ان ينوي ذلك س استثنا من قوله لم يحنث اي الا ان ينوي الحالف ان لا يامر غيره
ايضا فحينئذ يحنث م لان فيه تشديدا س تغليظا عليه م او يكون الحالف ذا سلطان س اي ذا شوكة
م لا يتولى العقد بنفسه لترفع نفسه عما يعتاده س اي لان ذا سلطان كالقاضي ونحوه اذا منع نفسه عن
الفعل يعني عما هو عادة له في ذلك الفعل فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكانه قال لا امر بالبيع ولا امر
بالشرا لدلالة الحال فيحنث في يمينه بفعل المامور واعلم ان الضابط في هذه التصرفات لاصحابنا
فيما يحنث بفعل المامور وفيما لا يحنث شيئان احدهما ان كل فعل يرجع الحقوق فيه الى المباشر
فالحالف لا يحنث بمباشرة المامور وهو الذي ذكره المصنف بقوله ومن حلف لا يبيع الى اخره
وذكر ثلاثة اشيا البيع والشرا والاجارة ومن هذا الباب التزوج والاستيجار والصلح عن مال
والقسمة والخصومة وضرب الولد والثاني هو الذي لا يتعلق الحقوق بالمباشر بل بالامر ولم يكن
له حقوق فحينئذ يكون فعل المامور كفعل الامر وهو الذي اشار اليه بقوله م ومن حلف لا يتزوج
او لا يطلق او لا يعتق س ذكر ثلاثة اشيا من هذا القسم ومن هذا الباب الكتابة والصلح عن دم

العهد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب الولد والذبح والبنا والخياطة والايداع
والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضا الدين والقبض والكسوة والحمل واحد البلايا التي ذكرها
البزدوي فانه اذا حلف لا يتزوج فوكل به حنث وقال في نوادر هشام اذا زوجه غيره امراة بغير اذن
الحالف ثم ان الحالف اجازه قال محمد لا يحنث وفي مسائل اهل البصرة فيما كتبوا الى محمد بن الحسن اذا حلف لا
يتزوج فوكل وكيلا بالنكاح لا يحنث وهو خلاف الاصل كذا ذكر الناطفي في الاجناس م فوكل بذلك س
اي بكل واحد من التزوج والطلاق والعتاق م يحنث س وبه قال مالك واحمد والشافعي في وجه ذكره
في تتمتهم وقال في الوجيز والتنبيه واكثر كتبهم لا يحنث لعدم الفعل فلهذا يصدق سالح فلان وانما
قبل له الوكيل النكاح كما في البيع ونحوه وقلنا نحن بالحنث م لان الوكيل في هذا سفير س قال في المغرب
السفير الرسول المصلح بين القوم ومنه الوكيل سفير م ومعبر س قال في التعبير وهو الذي يعبر اي يفسر
الوكيل ما يقع بينه وبين الموكل من الامر الذي وكل فيه م ولهذا س اي ولكونه سفيرا ومعبرا م لا يضيفه
س اي لا يضيف الوكيل ما وكل فيه م الى نفسه بل الى الامر س اي بل يضيفه الى الامر وهو الموكل فصار كان
الموكل فعله بنفسه م وحقوق العقد س اي في الاشيا المذكورة م ترجع الى الامر س وهو الموكل
م لا اليه س اي لا ترجع الحقوق الى المامور وهو الوكيل والحقوق ظاهرة وهي وجوب المهر في التزوج
ووقوع الطلاق ووقوع العتاق م ولو قال عنيت ان لا اتكلم به س اي بلفظ التزوج والطلاق
والاعتاق م لم يدين س اي لم يصدق م في القضا س لانه خلاف الظاهر وقيل بقوله م خاصة
س لانه يصدق ديانة لانه نوى ما يحتمله لفظه وصحت النية والله يعلم الباطن م وسنشير الى المعنى
في الفرق ان شا الله تعالى س اراد به قوله في المتن ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام
يفضي الى وقوع الطلاق عليها الى اخره قال م ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره
ففعل يحنث في يمينه س وبه قال مالك واحمد وعند الشافعي رحمه الله لا يحنث م لان المالك له ولاية
ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الامر فيجعل هو مباشرا اذ لا
حقوق له ترجع الى المامور س توضيحه اي الفعل ينسب الى الامر وليس فيه حقوق يتعلق بالمامور
ومنفعته تعود الى الامر لان العبد يكون موتمرا بامر المولى فكان فعل المامور كفعل الامر م ولو قال
س اي الحالف المذكور م عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي س اي قصدت ان لا اتولى ضرب العبد او ذبح
الشاة بنفسي م دين في القضا س قال الامزاري صدق قضا وديانة م بخلاف ما تقدم من الطلاق
وغيره س مثل النكاح والعتاق ثم اشار الى الفرق بين الصورتين بقوله م ووجه الفرق س وهذا هو
الفرق الذي وعدنا قبل هذا وبيان وجهه م ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها
والامر بذلك س اي بالطلاق والعتاق والنكاح م مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما س اي ينتظم
التكلم بذلك والامر به وذلك لان المامور بالرسول ولسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فيكون
المطلق بلسانه كالمطلق بنفسه فيكون ما عناه خلاف الظاهر وهو متهم فيه فلا يصدق قضا وهو
معنى قوله م فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة س اي يصدق فيما بينه وبين الله
تعالى م لا قضا س اي لا يصدق في القضا لانه خلاف الظاهر كما ذكرناه م واما الضرب س اي ضرب العبد
م والذبح س اي ذبح الشاة م ففعل حسي حتى يعرف باثره ولا يحتاج فيه الى الامر حتى يكون ضربا
او ذبحا م والنسبة الى الامر س اي نسبة الفعل الى الامر م بالتسبيب س اي بسبيل التسبيب م مجاز
فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضا س وان كان في ذلك تخفيف له
وقيل لا يدين في القضا في مسالة الضرب رواية في الطلاق لانه في الموضعين اذا نوى المباشرة فقد نوى
حقيقة كلامه فيصدق قضا في الفصلين وبه قال الشافعي رحمه الله م وان حلف لا يضرب ولده فامر
انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة الضرب الولد عائدة اليه س اي الى الولد م وهي س اي
المنفعة المذكورة م التادب والتثقف س يقال ثقفت الرمح فتثقف اي سويته فاستوى حاصله ان
يتادب ويسلك الطريقة الحميدة ويختار السيرة الصالحة ويجانب الافعال المستقبحة ويترك
الهوى والشهوة فهذه منفعة خالصة للولد وان كان فيه منفعة للوالد ايضا ضمنا فلم يجعل ضرب المامور
كضرب الامر م فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الائتمار س اي الانقياد

باوامره والاطاعة للولي م عابدة الى الامر بامره فينضاف الفعل اليه س اي الى الامر لان ضرب المامور
كضرب المولى فيحنث بضرب المامور م ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف
عليه ثوبه س اي اخفاه م في ثياب الحالف فباعه س اي الحالف والحال انه لم يعلم م ولم يعلم س به م لم
يحنث لان حرف اللام داخل على البيع فيقتضي اختصاصه به س اي يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه
م وذلك بان يفعله بامره س سوا كان العين ملكه اولا م اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد س اي الامر فلا
يحنث لان تقدير الكلام ان بعت ثوبا بوكالتك او بامرك ولم يوجد والاصل في معرفة ذلك ان تعرف ان
اللام قد يكون للتمليك نحو المال لزيد وقد يكون للتعليل نحو فعلت هذا لمرضاتك اي لاجل ابتغاء مرضاتك
ولا تصرف لاحدهما الا بوجود المرجح اولتعذر صرفه الى الاخر وههنا اصلان اخران احدهما ان تصحيح الكلام
مع مراعاة النظم اولى من تصحيحه مع تغيير نظامه والاخر ان كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل
تارة لنفسه وتارة لغيره وما لا يجري فيه الوكالة لا يحتمل الغير فتعين اللام فيه للملك ففي المسئلة المذكورة
لم يحنث لان المعنى بعت لاجلك ولم يوجد البيع لاجل المحلوف عليه لعدم امره م بخلاف ما اذا قال
ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سوا كان بامره او بغير امره علم به او لم يعلم لان
حرف اللام دخلت على العين س اي نعلوته م لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به س اي بالمحلوف
عليه يعني لما كانت اللام مقرونة بالبيع والبيع من الافعال التي يملك بالعقد اقتضت ان يكون
البيع مختصا بالمحلوف عليه بان يقع فعل البيع للمحلوف عليه ووقوعه له بان يبيعه بامر المحلوف عليه
ولم يوجد البيع بامره فلا يحنث بخلاف ما اذا قال ثوبا لك حيث يحنث اذا باعه بامره او بغير امره
ولا يشترط العلم بذلك لان اللام لما قرنت بالعين وكانت اقرب الى العين من الفعل اقتضت اختصاص
العين بالمحلوف عليه والاختصاص بان يكون العين ملكا للمحلوف عليه م وذلك بان يكون مملوكا له
اي الاختصاص بالمحلوف عليه بان الثوب مملوكا له لان اللام في هذه الصورة جاوزت العين فاوجبت ملك
العين لا ملك الفعل فصار تقدير يمينه ان بعت ثوبا هو مملوك لك فلو باع ثوبا مملوكا له يحنث سوا علم به او لا
وبامره او لا وفي الدخول ونحوه ما يقع اليمين على ملك العين سوا قدم اللام بان قال ان اكلت لك طعاما
او شربت لك شرابا او اخرها بان قال طعاما لك او شرابا لك لان هذا الفعل مما لا يملك بالعقد فوجب صرف
اللام الى ما يملك بالعقد وهو العين بخلاف الفصل الاول فان كل واحد منها مما يملك بالعقد فحمل
بالقرب فان نوى غيره صدق فيما فيه تغليظ عليه لا فيما فيه تخفيف بان نوى من قوله بعت لك
بعت ثوبا لك وعلى العكس يصدق ديانة فيهما لانه نوى ما يحتمله كلامه بتاخير اللام وتقديمه اذ الكلام
يحتملهما ولا يصدق قضا فيما فيه تخفيف عليه م ونظيره س اي نظير البيع م الصياغة والخياطة
ونحوهما مما ذكرناه عن قريب م وكل ما يجري فيه النيابة س عطف على ما قبله وما يجري فيه النيابة نحو الكتابة
والهبة والصدقة وقد ذكرنا هذا القسم عن قريب عند ذكر التزوج والطلاق والعتاق م بخلاف
الاكل والشرب وضرب الغلام س صرح قاضي خان في جامعه بان المراد بالغلام العبد لان الضرب مما لا يملك
بالعقد وقال المرغيناني المراد بالغلام الولد وسمي الولد غلاما قال تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى لان
ضرب العبد يحتمل الوكالة والنيابة وهذا هو الصواب كان ضرب العبد يحتمل النيابة كما ذكرنا ولهذا لو
حلف لا يضرب عبده فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبل هذا او قال الاكمل
ومن الشارحين من وجه الاول وقال تاج الشريعة رحمه الله قال الامام الاستاذ ناقلا عن استاذه ان المراد
من الغلام العبد قال بعض الشارحين صريحا انتهى وقال الاكمل اجاب عن المسئلة المذكورة اي اجاب الشارح الذي
قال المراد من الغلام العبد بان كما قال لم يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف وحطية له فانه ذكر انه لا يحنث
له ترجع الى المامور وقع ذلك جعله مما يحتمله النيابة م لانه س اي لان كل واحد من هذه الاشيا الثلاثة م
لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين س اي لا يفترق حكم الحنث في ما لا يجري فيه النيابة كالاكل
والشرب وضرب الغلام في الوجهين يعني فيما اذا قدم اللام او اخرها قلت ضرب الغلام يجري فيه النيابة كما سبق
ان من حلف لا يضرب عبده يحنث بضرب مامورة قلت المراد من جريان النيابة بيانه يتعلق بها حقوق
ترجع الى الوكيل بما يحصل من العقد على الموكل وهنا ليس لضرب العبد حقوق تلحق الوكيل ترجع بها على الموكل فافهم
م ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم س لان الخيار

خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق م فينزل الجزا س وهو الحرية وبه قال مالك والشافعي في وجه وقال احمد لا يعتق
لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه عنده وقيد بقوله باعه بالخيار لانه لو باعه بيعا باتا لا يعتق بالاجماع •
لخروج المبيع عن ملكه فلم يبق محلا للجزا فلا يعتق الجزا في غير الملك وبه يعرف ان العلة مع المعلول يقترنان
في الوجود اما الشرط والمشروط متعاقبان فان قيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به
لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزا وليس كذلك واجيب
بان جواز البيع ليس مع التنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان كذلك النكاح
فاسدا اعتضد فساده بما خالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كان لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل
فكان موجودا اما الايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم م وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر م
فاشتراه على انه بالخيار عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشرا والملك قائم فيه س اي في العبد فينزل
الجزا هذا اي يوافقهم جميعا م وهذا على اصلهما س اي اصل ابي يوسف ومحمد م ظاهر س لان خيار المشتري لا يمنع
ثبوت الملك للمشتري عندهما فيثبت الملك سابقا على العتق فينزل العتق في الملك س وبه قال احمد والشافعي في
وجه وقال مالك والشافعي في وجه لا يعتق لان انتقال الملك يسقوط الخيار فيقبل سقوطه وجد الشرط ونحل •
اليمين فلا يعتق لعدم الملك م وكذا على اصله س اي اصل ابي حنيفة يعني يعتق وان كان خيار المشتري يمنع دخول
المبيع في ملكه م لان هذا العتق يتعلق به س اي يتعلق المشتري لا بالملك م والمعلق كالمنجز س يعني المعلق بالشرط
كالمنجز فكانه قال بعد الشرا اعتقت هذا العبد م ولو نجز س اي المشتري م العتق س في هذه الصورة م يثبت
الملك سابقا عليه س اي على التنجيز م فكذا هذا س اي فكذا في تعليق العتق بالشرا اذا وجد الشرا يكون كانه نجز العتق
حالة الشرا بخلاف قوله ان ملكتك لانه حرفا شراه على انه بالخيار لا يعتق لان شرط الحنث هو الملك لم يوجد لان
المشتري بالخيار لم يملكه عند ابي حنيفة فلم ينزل الجزا بخلاف ما اذا اشترى ذا رحم محرم منه بالخيار حيث لا يعتق
على قول ابي حنيفة لعدم الملك لان الخيار من المشتري مانع لتملكه م ولو قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته •
طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع س فيطلق كما لو مات
الحالف او العبد ولا خلاف فيه فان قيل لم يقع الياس عن البيع بالتحرير والتدبير لجواز ان تريد الجارية فتسبى بعد
اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعها او بالتدبير لجواز ان يقضي القاضي جواز البيع واجيب بان ذلك موهوم فلا •
يعتبر فان الحالف عقد يمينه على الملك القائم لا على الملك الذي سيوجد م واذا قالت المرأة تزوجت علي فقال كل
امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف انها س اي ان التي حلفته م لا تطلق س وقال
كثير منهم الى هذا القول م لانه س اي لان الزوج م اخرجه س اي اخرج الكلام م جوابا س لكلام المرأة م فينطبق
عليه س اي فينطبق الجواب عن السؤال فكانه قال كل امرأة لي غيرك تزوجتها فهي طالق بلا ادا الاستثنا لانه يكون
دلالة كما يكون افصاحا فيكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة فينصرف الطلاق الى غيرها م ولان
غرضه س اي غرض الزوج م ارضاؤها وهو بطلاق غيرها س لا بطلاق نفسها م فيتقيد به س اي بالكلام السابق
والكلام السابق في تزوج غيرها فان قيل قد زاد على قدر الجواب قلنا الزيادة على قدر المحتاج اليه للجواب انما تخرج
الكلام عن الجواب اذا لغت الزيادة ومتى جعل جوابا ولا يلغو الزيادة ههنا وهو قوله م وقد زاد على حرف الجواب
س لان جوابه ان يقول ان فعلت فهي طالق ثلاثا م فيجعل مبتديا س اي يجعل مبتديا لا مجيبا م وقد يكون غرضه
جواب عن قول ابي يوسف لان غرضه ارضاؤها اي وقد يكون غرض الزوج م ايحاشها س اي ايحاش المرأة اي ايكابها م
حين اعترضت عليه س اي على الزوج م فيما احله الشرع ومع التردد س يعني بين ان يكون غرضه ارضاءها وبين ان
يكون ايحاشها م لا يصلح مقيدا س بكسر اليا اي مقيدا لارضائها ببطلان غيرها وقيل اي لعموم اللفظ لاجل الاحتمال
المذكور م ولو نوى غيرها س اي غير المحلفة م يصدق ديانة س لانه يحتمل كلامه لان العام يحتمل الخصوص
م لا قضا س اي لا يصدق قضا م لانه تخصيص العام س لانه خلاف الظاهر م باب
اليمين في الحج والصلوة والصوم • س اي هذا باب في بيان احكام اليمين في الحج واحكام اليمين في
الصلوة واحكام اليمين في الصوم وقد م هذا الباب على باب اللبس لفضيلة العبادة واخرها عن الباب المتقدم
لعله وقوع اليمين في الحج والصلوة والصوم م قال س اي محمد في الجامع الصغير م ومن قال وهو في الكعبة او في
غيرها س الواو في وهو للحال او في غيرها عطف عليه م علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة س
او عليه عمرة حال كونه م ماشيا س قال الكاكي وفي لفظ وهو في الكعبة اشارة الى ان وجوب الحج او العمرة بقوله

على المشي الى بيت الله بطريق المجاز لا من حيث الحقيقة اذ المشي الى بيت الله وهو في الكعبة محال كذا نقل عن العلامة
ثم لما حافظ الدين رحمه الله وقال الاترازي وانما قيد بقوله في الكعبة لان ايجاب الحجة او العمرة لما ثبت بقوله على
المشي الى بيت الله او الى الكعبة مجازا من طريق اطلاق اسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة وفي صفة اخرى سوا
وذلك ان المشي الى بيت الله سبب للوصول الى الحج او العمرة في الجملة فيصير كانه قال علي حجة او عمرة قال في ذلك
لزمه فلذا اذا قال علي المشي الى بيت الله م اذا اراد الحج احرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا وان ركب يلزمه
شاة واذا اراد العمرة يخرج الى التنعيم ونحوه ويحرم بالعمرة من ثمه لان احرام المكي للعمرة خارج الحرم ولم يذكر محمد
رحمه الله انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح
الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا
لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله م وان شاء ركب واهراق دما س عطف على ما قبله يعني المشي واجب
عليه فان ركب اهراق اي اراق دما والهاء فيه زائدة واعلم ان ههنا ثمانية الفاظ في ثلاثة يلزمه بلا خلاف وهي ان
يقول علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر او الى بكة وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وفي
الاصح لا يلزمه شيء بقوله علي المشي الى بيت الله الا ان ينويه لان جميع المساجد بيت الله وفي ثلاثة لا يلزمه شيء باتفاق
اصحابنا وهي اذا نذر بالذهاب الى مكة او السفر او الركوب اليها او المسير او المضي وبه قال مالك في قول قاله ابن القاسم عنه
وقال الشافعي واحمد وهو رواية اشهب عن مالك يلزمه الحج او العمرة كما في قوله علي المشي الى مكة وفي لفظين خلاف بين اصحابنا
وهو ما اذا نذر المشي الى الحرم او المسجد الحرام فعند ابي حنيفة لا شيء عليه وعندهما عليه حجة او عمرة وبه قالت الائمة الثلاثة
ولو نذر المشي الى الصفا والمروة او بقعة من الحرم يلزمه المشي اليها بحج او عمرة عند الشافعي واحمد واصبغ من المالكية
وعندنا لا يلزمه شيء وبه قال مالك ولو نذر المشي الى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم او الى المسجد الاقصى لا شيء عليه
وبه قال الشافعي في قول في الام وفي قول يتعين وبه قال احمد لما روي انه عليه السلام قال لا تشد الرحال الا الى
ثلاثة مساجد المسجد الحرام والمسجد الاقصى ومسجدي هذا وقد نص بالاتيان وشد الرحال هذه المساجد ورجح العرا
واكثر اصحابه القول الاول لما روي عن جابر رضي الله عنه ان رجلا قال يا رسول الله اني نذرت ان فتح الله عليك مكة
ان اصلي في بيت المقدس ركعتين فقال عليه السلام صل ههنا فاعاد عليه ثلاثا فقال عليه السلام صل ههنا مطلوب
ان هذا النذر يتعين بالاتيان وان بيت المقدس لا تفضله بالشيء فاشبه سائر المساجد والمقصود من قوله عليه السلام
لا تشد الرحال الى اخره تخصيص القربة في هذه المساجد م وفي القياس لا يلزمه شيء ش يعني في ايجاب الحجة او العمرة
بلفظ المشي الى البيت او الكعبة لان المشي امر مباح فالقياس ان يبطل النذر به م لانه التزم ما ليس بقربة واجبة س
اي لجنسه م ولا مقصودة في الاصل س بل هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء فان قيل الاعتكاف وهو اللبث ليس بقربة
مقصودة انما شرع لانتظار الصلاة وقد صح النذر به قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القربة
المقصودة فان قيل الاعتكاف صح في الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة
الاعتكاف في اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفردا عن اليوم لا يصح م ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه
س قال الاترازي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل عليه نفسه الحج ماشيا
حج وركب وذبح شاة لركوبه وقال مخرج الاحاديث هذا غريب ثم قال وروى البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي
عن ابن علية عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رضي الله عنه في الرجل يحلف على المشي قال يمشي
فان عجز ركب واهدى بدنة ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا عبد الله بن شعبة عن الحكم عن ابراهيم عن علي
رضي الله عنه فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب ويهدي جزورا وقال الاكمل بعدما نقل ما قاله محمد
في الاصل الى اخره كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن له لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل عليه نفسه الحج ماشيا بغير
هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال اخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة
او عمرة وهذا اطابق وقد روى شيخي في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي
صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة او عمرة انتهى قلت اراد بقوله في بعض الشروح شرح الاترازي فانه ذكره
هكذا ثم ادعى انه غير مطابق لما فيه وعلله بقوله لجواز الى اخره وفيه نظر بل كلامه غير سديد لانه لم يذكر وجه قوله لجواز
ان يكون الى اخره لان فيه اثبات الخبر بالاحتمال وهذا ليس بطريقة العلماء ولم يبين ايضا وجه قول الاخرين فلم يثبت ذلك
من علي اولا ثم قال وقد روى شيخي اراد به قوام الدين الكاكي فانه ذكره في شرحه وقصر هو وشيخه ايضا حيث لم ينسباه
الى مخرجه من ائمة الحديث قلت هذا رواه ابو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير ثنا احمد بن عبد الوارث ثنا قتادة

عن عكرمة

عن عكرمة عن ابن عباس ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشية فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن
نذر اختك لتركب ولتهد بدنة انتهى وهذا كما ترى ليس ماذكره الحديث ثم ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا انسباه الى
احد من الصحابة وما ذاك الا تقصير جدا وتقليد محض م ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ س اي
بقوله علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة م فصار س اي فصار حكم هذا في الوجوب م كما اذا قال علي زيارة البيت فيلزمه
ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك س اي قبيل كتاب النكاح فان قيل لما كان هذا اللفظ كناية عن
الاحرام بالحج او العمرة كان لفظ المشي غير منظور اليه فينبغي ان لا يلزم عليه المشي كما لو نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة
حيث لا يلزمه ضرب الثوب بل يلزمه اهداء الثوب الى مكة قلنا نعم كذلك الا ان الحج ماشيا افضل قال
عليه السلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة
بسبعمائة فاعتبر لفظه لاحراز تلك الفضيلة اذ الظاهر التزام القربة بصفة الكمال م ولو قال علي الخروج او الذهاب
الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف س ولم يرد النص فوجب العمل
بالقياس لما مر ان في القياس لا يلزمه شيء وفيه خلاف مالك والشافعي وقد ذكرناه عن قريب م ولو قال المشي الى
الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة
س وقد مر ذكر هذا ايضا مما فيه من خلاف الائمة م ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف س
اي الاختلاف المذكور بين ابي حنيفة وصاحبيه م لهما س اي لابي يوسف ومحمد م ان الحرم شامل على البيت
س بالاتصال م وكذا المسجد الحرام س شامل على البيت م فصار ذكره كذكره س اي صار ذكر كل واحد من
الحرم او المسجد الحرام كذكر البيت م بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه س اي عن البيت
يعني انهما ليسا شاملين على البيت بل هما منفصلان عنه فلم يكن ذكرهما كذكره م وله س اي ولابي حنيفة
م ان التزام العمارة بهذه العبارة غير متعارف س فيعمل بالقياس وهو عدم الوجوب م ولا يمكن ايجابه س اي
لا يمكن ايجاب التزام الاحرام م باعتبار حقيقة اللفظ س اي لفظ المشي لان اللفظ لم يوضع عليه والعرف
ايضا منتف ولما امتنعت الدلالة على الايجاب حقيقة وعرفا م فامتنع الايجاب اصلا س فلا يلزم شيء م
ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا س اي
عدم العتق عند ابي حنيفة وابي يوسف ولم يذكر صاحب المختلف قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وكذا الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير م وقال محمد يعتق لانها س اي لان شهادة هذين الشاهدين م شهادة قامت على امر
معلوم وهو التضحية ومن ضرورته س اي ومن ضرورة هذا الامر المعلوم م انتفاء الحج فيتحقق الشرط س
وهو عدم حجه العام م ولهما س اي ولابي حنيفة وابي يوسف م انها س اي ان هذه الشهادة قامت على النفي س فلا
تقبل م لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها س من جهة العباد فلا يدخل تحت
القضاء لانها ان كانت تطوعا فظاهر وان كانت واجبة فالقاضي لا يجبر عليها فيثبت عدم المطالبة فلما انتفت
الشهادة على التضحية ثبت انها قامت على نفي الحج والشهادة على نفي الحج لا تقبل م وصار كما اذا شهدوا انه لم يحج
العام س نصا حكم الشهادة كما اذا شهدوا انه لم يحج في هذا العام كان هذه الشهادة لا تقبل فلذا تلك الشهادة
م غاية الامر س جواب عن سؤال وهو ان يقال انما لا تقبل الشهادة على النفي اذا لم يكن الشاهد عالما بالنفي
اما لو كان عالما والشيء مما يعلم ويحاط تقبل الشهادة على النفي وفيما نحن كذلك فانه ذكر في السير الكبير شاهدان
شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول انما
وصلت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن الله قول النصارى قال ان الشهادة مقبولة لان ذلك مما يحاط به
ويعلم وتقرير الجواب ان يقال غاية الامر م في هذا النفي س وهو قول الشهود انه لم يحج العام م يحيط علم
الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي س يعني لا يفرق بين نفي ونفي بان يقال تقبل فيما اذا كان النفي مما
يعلم ويحاط ولا يقبل فيما لا يعلم ويحاط بل لا يقبل في كل النفي م تيسيرا س وقد نفى الحرج عن الناس ولهذا
اذا ادعى رجل على رجل انه غصبه او جرحه يوم كذا فشهد شاهدان ان هذا الرجل في ذلك اليوم كان في مكان
كذا وكذا لا تقبل شهادتهما لان مقصودهما انه لم يجرح ولم يغصب وقال تاج الشريعة بعدما قال فان قلت
الشهادة على النفي مقبولة بدليل ما ذكر محمد في السير الكبير وهو ما ذكرناه الان قال قلت انه صدق الشهود
فيما شهدوا عليه من نفي بنوة المسيح وهذا القدر منه كاف لثبوت البنوة ثم بعد ذلك نفى البنوة بقوله قد قلت
قول النصارى فلا يصدق في جحدها كمن قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير يلزمه الالف ولا يقبل

لذهاب

تفسيره انتهى ومسائله الشتى قامت الشهادة فيها على امر ثابت معاين وهو السكوت عقيب قوله الشيع
ان اهه فلا يرد علينا نقضا م ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم فصام ساعة ثم افطر من يومه حنث
لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات س وهي الاكل والشرب والجماع م على قصد
التقرب س وبهذا القدر يصير فاعلا فعل الصوم اذ الصوم هو الامساك كما قلنا وما زاد تكرار
في تكرار الشرط ليس بشرط م ومن حلف لا يصوم يوما او صوما س بان قال لا اصوم صوما م فصام
ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بتمامه الى اليوم واليوم صريح
في تقدير المدة س فلابد من اليوم الكامل ثم ارتباط المصدر في قوله لا اصوم مذكور لغة قلنا نعم
لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا فان قيل يشكل
هذا بما لو قال والله لا اصوم هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب او بعد الزوال فصح يمينه
بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي
بعد الاكل او الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي وهي
كون اليمين بعد الزوال وبعد الاكل فانصرف الى الصوم اللغوي فانعقدت يمينه عليه بخلاف ما
نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه م ولو حلف لا يصلي فقام وقرا وركع
لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح ان الحاصل اليه اعتبارا
بالشروع في الصوم س فان في الصوم يحنث بمجرد الشروع فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك الا
ان كان الناظر فيه سمنه مطلقا جزا افتتح الصلوة م وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن
الاركان المختلفة س من التكبير والقيام والقراة والركوع والسجود م فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة
س ولا يحنث م بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني س من حيث انه
مضى وفي المبسوط لو لا يشترط القعدة لانها نصف القيام الموجود في اول الافتتاح والتكرار
ليس بشرط م ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا
واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء س ذكر المصنف حديث البتيراء في كتاب الصلوة في باب صلوة
الوتر واخرجه بن عبد البر في كتاب التمهيد عن عثمان بن محمد بن ربيعة بن ابي عبد الرحمن حدثنا
عبد العزيز الدراوردي عن عمرو بن يحيى عن ابيه عن ابي سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن البتيراء ان يصلي الرجل واحدة يوتر بها ومضى الكلام فيه هناك وقال صاحب الغريبين البتيراء
تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص والله اعلم

م باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

س اي هذا باب في بيان احكام اليمين في لبس الثياب والحلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع
حلي بفتح الحاء وسكون اللام بمعنى الحلية وجمع الحلية حلى بالكسر والضم وفي حاء الحلي في قليل
الاستعمال كما جاء في لحى جمع لحية وخاصم الكلام ايضا والحلي في اللغة كل ما يلبس من ذهب او فضة
او جوهر كذا في الجمهرة وقال بن الاثير الحلي اسم لكل ما يتزين به من مصاغ الذهب والفضة قوله
وغير ذلك مثل الحلف على ان لا يجلس على الارض ولا يجلس على سرير م ومن قال لامراته ان لبست
غزلك فهو هدي س اي صدقة فذ انفذه فيها على فقراء مكة م فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو
هدي عند ابي حنيفة س الهدي اسم لما يهدى الى مكة اي ينقل اليها للتصدق ثم اذا نذر ان
يهدي ثوبا جاز له ان يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم ولو نذر ان يهدي بما لا يحوز الا ان يذبح
بمكة ويتصدق به ولو تصدق به حيا لا يكون هديا حتى يذبح ثم اذا سرق لا شيء عليه لذا ذكره
صاحب الاجناس وذلك لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق واذا نذر بما لا ينقل كالعقار يكون
نذرا بالقيمة لتعذر نقل العين م وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله س اي امرأته م من قطن
ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به س اي بالثوب م بمكة لانه اسم لما يهدى اليها وقد بسطنا
الكلام فيه انفا م ولهما س اي لابي يوسف ومحمد م ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب
الملك س لقوله عليه السلام لا نذر فيما لا يملكه ابن ادم م ولم يوجد س اي واحد منهما م لان اللبس
وغزل المراة ليسا من اسباب الملك س فلا يصح اليمين في حق القطن المشترى بعد الحلف وهذا هو

القياس م وله س اي ولابي حنيفة م ان غزل المراة عادة يكون من قطن الزوج س الا نادرا ومبنى الايمان على
العرف والعادة فيكون اليمين مقيدا بالعادة م والمعتاد هو المراد وذلك هو سبب لملكه س اي لملك الزوج
فكانه قال ان لبست من غزلك من قطن املكه فلو قال هكذا يتناول القطن الحادث فكذا هذا م ولهذا يحنث
س اي صاحب الهداية لقوله وذلك سبب لملكه م اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر
مذكورا س حاصل المعنى انه يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر مع ان القطن المملوك له
يوم النذر ليس بمذكور في اليمين لكنه اريد ذلك بدلالة العادة وكذا في المشترى وكانت الاضافة الى
غزلها اضافة الى ملكه عادة م ومن حلف لا يلبس حليا س بفتح الحاء وسكون اللام م فلبس خاتم فضة لم
يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال س وعند الائمة الثلاثة يحنث وقال
في الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان كان الخاتم مما تلبسه النساء ينبغي ان يحنث وفي واقعات
خان قال مشايخنا هذا اذا كان خاتم الفضة مصوغا على هيئة خاتم الرجال ان كان فيه فص
وان كان فيه فص حنث ويحنث بلبس السوار والخلخال والقلادة والقرط والدملوج سواء كان من
فضة او ذهب بالاجماع م والخاتم له للتختم س اي ابيح التختم بخاتم الفضة لاجل الختم بفتح الخاء وسكون
التاء لا لاجل الزينة وقال صاحب الكافي وانما حل التختم لاقامة السنة لا للتزين فلم يكن حليا كاملا
فلا يدخل تحت مطلق اسم الحلي م وان كان س اي الخاتم م من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل
استعماله س اي استعمال الذهب م للرجال س سواء كان له فص اولم يكن م ولو لبس عقد لؤلؤ س
بكسر العين وهو القلادة م غير مرصع س اي غير مركب بذهب وفضة من الترصيع وهو التركيب
م لم يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث س وبه قالت الثلاثة م لانه حلي حقيقة حتى سمي به س اي بالحلي م
في القران س وهو قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ غير
مرصع وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد غير مرصع م وله س اي ولابي حنيفة رضي الله عنه
م انه س ان اللؤلؤ م لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف س وقال التمرتاشي والمرغيناني
ومن مشايخنا من قال على ما ابو حنيفة لا باس به ويلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ م وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان س لا اختلاف برهان لانه كان لا يتحلى به وحده في زمانه وفي زمانهما
كان يتحلى به وحده قال الفقيه ابو الليث كل واحد منهم قال على عادة زمانه وقال صاحب الهداية
م ويفتى بقولهما س لان قولهما اقرب الى عرف ديارنا قلت هذا العرف في غالب البلاد خصوصا
في الديار المصرية م ومن حلف لا ينام على فراش س اي فراش معين بدليل قوله وان جعل فوقه فراش
اخر فنام عليه لا يحنث فلو كان المراد منكرا حنث لانه نام على فراش م فنام عليه وفوقه قرام س بكسر
القاف وتخفيف الراء وهو الستر الرقيق كذا في الجمهرة م حنث لانه س اي لان القرام م تبع
للفراش فيعد نائما عليه س الاصل في هذا ان الشيء اذا كان فوق شيء فان كان الاعلى يصلح ان يكون اصلا
بنفسه يضاف الجلوس والنوم اليه لا الى الذي تحته وان كان الاعلى تبعا يضاف الى ما تحته فاعتبر
ذلك في الذي مضى وفي الذي يأتي وهو قوله م وان جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لا يحنث لان مثل
الشيء لا يكون تبعا له فتنقطع النسبة عن الاول س اي عن الفراش الاول فلا يحنث لان يمينه
على الاول ولم ينم على الاول وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا وهي رواية الجامع الكبير وقال صاحب
المختلف قال ابو يوسف في الامالي يحنث لانه نام عليهما جميعا ويقال في العرف انه نام على فراشين
م ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف
ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه س اي ثيابه س اي صار لباس الحالف حاجزا بين الحالف وبين
الارض م لانه س اي لان لباس الحالف م تبع له س اي الحالف م فلا يعتبر حائلا س فيحنث م ولو
حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه س اي
على السرير م والجلوس على السرير عادة كذلك س الا يرى انهم يقولون جلس الامير على السرير وان كان فوق
السرير بساط فيعد م بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا اخر لانه مثل الاول فيقطع
النسبة عنه س وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث
وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على ظهر احجار حنث لانها في الارض م والله اعلم بالصواب

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره • س اي هذا باب في

بيان حكم اليمين في الضرب وحكم اليمين في القتل قوله وغيره اي وغير المذكور من الضرب والقتل مثل الغسل والخنق والعض م ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة س اي حلفه على كون المخاطب حيا م لان الضرب اسم لفعل مولم س اي موجع م يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت س ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث وصف ايوب عليه السلام في يمينه الضرب بهذا الذي ذكره ولم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن يحصل به الايلام فكيف تحللوا اجيب بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس ولا يتعدى الى غيره الا ترى الى ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة حيث جعل الله يمينه ما يؤول تخفيفا على امرأته وحسن خدمتها اياه وكلامنا في العزيمة فلا يقاس عليه ما ثبت رخصة بخلاف القياس ... وقال في شرح الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة ان وصل الى بدنه كل سوط حالة بر في يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وبه قال المزني وقال الشافعي مجرد الضرب بدون الايلام وقال مالك واحمد يحنث وصول الالم شرط عندهما م ومن يوضع في القبر يوضع فيه الحياة س هذا جواب عن سؤال مقدر بان يقال ان تحقق الايلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر فاجاب بقوله ومن يوضع الى اخره م في قول العامة س احترز به عن قول الكرامية والصالحية وهم قوم ينسبون الى ابي الحسين ... فانهم لا يشترطون الحياة شرطا لتعذيب الميت وعذاب القبر ثابت عند اهل السنة وان اختلفوا في كيفيته فقال بعضهم نؤمن باصل العذاب ونسكت عن الكيفية لان الواجب علينا تصديق ما جاء في السنة المشهورة وهو التعذيب بعد الموت وعند العامة يوضع فيه الحياة لا الحياة المطلقة وقيل يوضع فيه الحياة من كل وجه م وكذا الكسوة س يعني اذا قال ان كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت لا يحنث م لانه يراد به س اي بالكسوة على ما يدل الاستعمال م التمليك س اي تمليك الثوب م ومنه الكسوة في الكفارة س اي في كفارة اليمين في قوله تعالى او كسوتهم فلو انه كسى عشرة انواب من كفارة يمينه لم يجزئه لعدم التمليك ويجب ان الرجل لو قال لكسوتك هذا الثوب يصير هبة قاله الاترازي وفيه نظر لا يخفى م وهو س اي التمليك م من الميت لا يتحقق س ... لو تبرع عليه احد بالكفن ثم اكله السبع يعود الكفن الى المتبرع لا الى وارث الميت ذكره التمرتاشي م الا ان ينوي به س اي بالكسوة على ما يدل الاستعمال م الستر س ... لو تبرع عليه احد بالكفن فحينئذ يحنث لانه تشدد على نفسه والميت يستر كالحي فان قيل الميت مما يكسي الكفن قلنا لا ولكن يلبس الكفن الا انه غير الاكسا فانه لا يعني عن التمليك والاكسا يعني عن التمليك يقال كسى الامير فلانا اي ملكه كسوة واما الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك الا ترى انه لو حلف لا يلبس فلانا ثوبا يتهو في الحياة والوفاة جميعا هذا ذكره قاضي خان والمحبوبي م وقيل بالفارسية س قائله ابو الليث رحمه الله اي اليمين المذكورة لو كانت باللغة الفارسية م ينصرف الى اللبس س يعني يراد به اللبس ولا يراد به التمليك م وكذا الكلام س بان حلف لا يكلم فلانا فكلمه بعد موته لا يحنث م والدخول س بان حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بعدما مات لا يحنث في يمينه م لان المقصود من الكلام الافهام س اي افهامه فلانا م والموت ينافيه س اي ينافي الكلام لان المراد من الكلام الاسماع والميت ليس باهل السماع الا ترى الى قوله تعالى انك لا تسمع الموتى والى قوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور فان قيل انه قد روي انه عليه السلام كلم اصحاب القليب يوم بدر حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا قلت اجاب الاكمل بان ذلك كان معجزة له عليه السلام وقال الاترازي انهم لما قالوا يا رسول الله انهم يسمعون قال نعم يسمعون كما تسمعون واما اراد به انهم يعلمون ان الذي قلت لهم حق وقال الكاكي فان قيل قد روي ان قتلى بدر لما القوا في القليب قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على راس القليب وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضي الله عنه اتكلم الميت يا رسول الله فقال عليه السلام ما انتم باسمع منهم قلنا لا نعرف صحته ... فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه تعالى قال انك لا تسمع الموتى وما انت بمسمع من في

القبور

القبور بل انه عليه السلام كان مخصوصا به معجزة له وقيل المقصود وعظ الاحياء لا افهام الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه انه اتى المقابر فقال عليكم السلام يا دار قوم مؤمنين اما نساؤكم فقد نكحت واما اموالكم فقد قسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك جوابا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا الخطاب للموتى والمراد من الدخول عليه س اي على فلان م زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو س لا يزار الميت لان المراد من الدخول عليه الزيارة بتعظيمه او اهانته بحضرته او زيارته فلا يتحقق الكل بعد الموت ولا ان الميت كالغائب في حق الاعتبار ومن طاف بباب رجل لا يعد زائرا له ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائرا فههنا اولى قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل فعل يلذ ويولم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه وفي الكافي الاصل في هذا ان ما يشارك الميت فيه الحي فاليمين يقع على الحالين وما اختص به الحي يتقيد بالحياة فلو قال ان ضربتك او كسوتك او كلمتك او دخلت عليك او قال لامرأته ان وطئتك او قبلتك فعبدي حر يتقيد بالحياة حتى لو فعل هذه الاشياء بعد الموت لا يحنث والعرض من الوطئ والتقبيل قضاء الشهوة وذا لا يتحقق بعد الموت قال وقيل التقبيل ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل عثمان بن مظعون بعد ما ادرج في الكفن وقبل ابو بكر رضي الله عنه ما بين عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما ادرج في الكفن قلنا ذا ضرب من الشفقة او التعظيم والموت لا ينافيه وتقبيل النساء لاقتضاء الشهوة فيتقيد بالحياة حتى لو كان للشفقة او للتعظيم كما في الولد والوالد والعالم قيل لا يتقيد بالحياة وما يتقيد ايضا لان الاوهام لا تنجذب الى تقبيل الميت بخلاف ان غسلتك او حملتك او مسستك او البستك فانها لا يتقيد بالحياة لان الغسل يراد به التنظيف والتطهير وذا يتحقق في الميت اشار اليه بقوله م ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعدما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت س الا ترى انه يجب غسل الميت تطهيرا فلذلك بنا فيه ولو صلى على ميت قبل الغسل لم تجز وبعده يجوز م ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه س اي لان الضرب م اسم لفعل مولم وقد تحقق الايلام بهذا الفعل س وكذلك اذا قرصها او وجأها ذكره في الاصل وبه قال احمد وما لك فيما لك يعتبر وصول الالم الى جسمها او قلبها من شتم او سب او غيره ليتحقق الايلام بها وهو المقصود وبعض اصحاب الشافعي مثل قوله وعند الشافعي رحمه الله العض والخنق والقرص ونتف الشعر ليس بضرب ولا يشترط فيه الايلام م وقيل لا يحنث في حالة الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا س قال الكاكي وهذا يدل على انه لو ضربه حالة الممازحة لا يحنث وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا اذا كان في الغضب اما اذا كان يلاعبها فضربها فاصابه براسه خطا بينه فاصاب انفها فادماه والمها لم يحنث لان هذا لا يعد ضربا ونقل في الخلاصة عن المنتقى اذا حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه واصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث م ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصور س يعني ممكنة بالنظر الى قدرة الله تعالى م فينعقد يمينه ثم يحنث س في الحال م للعجز العادي س اي لعجزه عادة عن ذلك م وان لم يعلم س بانه ميت لا يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا يتصور س البر فيما لم يتصور البر لم يتصور الحنث م فيصير س اي حكم هذه المسألة م في مسألة الكوز س اذا حلف ان لم يشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق م على الاختلاف المذكور فيها وهو ان عندهما لا يحنث وعند ابي يوسف حنث كما قال في مسألة الكوز لان تصور البر ليس بشرط عنده وقد مر تقرير ذلك في باب اليمين في الاكل والشرب م وليس في تلك المسألة س اي في مسألة الكوز م تفصيل العلم س يعني انه لا يقال فيها انه علم او لم يعلم يعني سواء علم عدم الماء في الكوز او لم يعلم بخلاف قتل فلان فانه اذا علم بموته يحنث واذا لم يعلم لا يحنث م هو الصحيح س احترز به عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا في مسألة الكوز هذا اذا لم يعلم يعني فلا الحنث عند ابي حنيفة ومحمد فاما اذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز فاما اذا علم فيجب ان يصح يمينه فيحنث

يقال قوله فخر الاسلام البزدوى في شرح الجامع الصغير م باب
اليمين في تقاضى الدراهم س اى هذا باب فى بيان اليمين بتقاضى الدين وانما خص الدراهم بالذكر
دون الدنانير لانها اكثر استعمالا حتى قدر اقل المهر ونصاب السرقة بها دون الدنانير ولقب الباب
بالتقاضى وتقاضى الدين بمعنى استقضائه وهو الطلب بقضائه وهو الاداء والقضا يجى بمعنى الاداء قال
الله تعالى فاذا قضيت الصلوة اى اديت م قال س اى القدورى م ومن حلف ليقضين دينه
الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر وقال الشافعى رحمه الله لاحد لذلك
كذا فى شرح الاقطع وتبيان ذلك هذا ان مدة القريب والبعيد لا تتقدر بشى وبه قال احمد رحمه الله
لوقوعهما على القليل والكثير فهو قضاه بر وانما يحنث اذا مات قبل ان يقضيه مع التمكن م وهذا
س اى ولا اجل اذ ما زاد على الشهر يعد بعيدا م يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر س وهذا
فيما اذا لم ينو اما اذا نوى فهو على ما نوى بلا ما ذكر فى الاجناس وقال لو حلف والله لا اكلمك قريبا فهو على
اقل من شهر بيوم ثم قال قال ابو حنيفة ان نوى اكثر من شهر يدين فى القضا وفى فتاوى الولوالجى
لو قال لاعطين صاك عاجلا ولم ينو وقتا فهو على ما نوى وان نوى سنة لان الدنيا كلها قريب عاجل
فكان قبل ما من زمان الا وهو قريب بالاضافة الى ما هو بعيد بالاضافة الى ما هو دونه فلم
يدل دليل على اراده البعض دون البعض واجب بانا لا نسلم عدم الدلالة وكيف لا يدل والعرف
دليل عليه ومبنى الايمان على العرف م ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها
س اى بعض دراهم الدين م زيوفا س جمع زيف وهو ما يرده بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار ويؤخذ
زافت عليه دراهمه اى صارت مردودة عليه م او نبهرجة س قال الاترارى البهرج ما يرده التجار
لغش فيه وبهرجة من الزيف وقال الكاكى وقيل النبهرجة لفظة اعجمية معربة واصلها نبهره وهو
الحظ يعنى حظ هذه الدراهم من الفضة الاقل ومن الغش اكثر مما يوجد فى دار الضرب وفى المبسوط
النبهرجة ما يرده التجار والمشايخ منهم يجوزونه والمستقضى منهم لا يجوزونه لغش فيه م او مستحقة
س اى او وجدها فلان مستحقة استحقها شخص ببينة م لم يحنث الحالف س وقال الشافعى رحمه الله
بقولنا وقال احمد رحمه الله يحنث قال اللخمى من اصحابه هذا مراعاة اللفظ اما بالنظر الى المقاصد لا يحنث م
لان الزيافة عيب س وفى المغرب قياس مصدره الزيوف واما الزيافة فلغة الفقهاء م والعيب لا
يعدم الجنس س يعنى اسم الدراهم لا يزول بهذه الاوصاف لانها عيب والعيب لا يعدم الجنس م
ولهذا س اى ولاجل عدم زوال اسم الدراهم بهذه الاوصاف م لو تجوز بها س اى لو تسامح القابض
بالدراهم الزيوف والنبهرجة م صار مستوفيا س حقه وكذا لو تجوز بها فى راس مال السلم
وبدل الصرف يجوز ولو فات بذلك اسم الدراهم لكان استبدالا وهو حرام فيهما م فوجد شرط البر
س فلا يحنث م وقبض المستحقة صحيح س حتى لو اجازه المستحق جاز وعند عدم الاجازة ينتقض القبض
وكذا لو اجازه المستحق فى الصرف والسلم بعد الافتراق جاز فوجد شرط البر فيبر م ولا يرتفع
برده س اى برد ما قبض من الزيوف والنبهرجة او المستحقة م البر المتحقق س لان شرط
البر لا يحتمل الانتقاض لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يعمل الفسخ والانتقاض كالكتابة
فان مولى المكاتب اذا رد البدل للرد زيفا او نبهرجة او استحق بالاستحقاق لا ينتقض العتق
خلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض بعيب او استحقاق لان مبناه المقاصة وقد
زالت م وان وجدها رصاصا او ستوقة س يعنى السين فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات
لان الصفر مموه من الجانبين بالفضة وقيل الستوقة ارذى من النبهرج وعن الكرخى الستوق
عندهم ما كان الصفر او النحاس غالبا م حنث س وبه قال الشافعى ومالك م لانهما س اى لان الرصاص
والستوقة م ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم س اى حتى لا يجوز التجوز
بهما فى الصرف وكذا فى السلم لانهما ليست من جنس الدراهم ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل
الكتابة رصاصا او ستوقة لا يعتق المكاتب لذا قال الشيخ ابو المعين النسفى وذكر التمرتاشى لو ادى
المكاتب بدل الكتابة وحكم بعتقه ثم وجد البدل ستوقة لم يعتق ولو وجد زيوفا او نبهرجة
او مستحقة لم يبطل العتق م وان باعه بها عبدا س اى وان باع الحالف المديون رب الدين الدراهم

الى

الى رب الدين عبدا م وقبضه س اى وقبض العبد رب الدين م بر فى يمينه س اى بر الحالف
فى يمينه لانه قضى دينه م لان قضاء الدين طريقه المقاصة س لان قضاء الدين بالمقاصة وقد حصلت
بحصول القضاء فيبر فى يمينه بيانه ان حق رب الدين فى الدين لا فى العين والقضاء لا يتحقق فى نفس
الدين لانه وصف ثابت فى الذمة ولكن ما يقبضه رب الدين من العين يصير مضمونا عليه لانه قبضه
على جهة التملك فكان دينا عليه للمديون ولرب الدين على المديون مثله فالتقيا الدينان قصاصا وهذا معنى
قول اصحابنا الديون تقضى بامثالها لا باعيانها م وقد تحققت المقاصة بمجرد البيع س وقبض الدائن العبد
او لم يقبض ولكن قيد القبض وقع فى رواية الجامع الصغير اشار اليه المصنف بقوله م فكانه س اى
فكان مجيئه م شرط القبض س فى رواية الجامع م ليتقرر به س اى ليتأكد البيع بالقبض لان المبيع اذا
هلك قبل القبض ينفسخ البيع لكن لا يرتفع البر لانه لا يقبل الانتقاض هذا الذى قلنا فى البيع الصحيح
اما فى الفاسد اذا قبض العبد فان كان فى قيمته وفاء بالحق بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة م وان
وهبها له س اى وان وهب الدائن دراهم الدين للمديون وفسره بقوله م يعنى الدين لم يبر س لان شرط
البر القضاء ولم يوجد م لعدم المقاصة س قال الكاكى قوله لم يبر يوهم انه حنث بل معناه لم يبر
ولم يحنث ايضا عندهما خلافا لابى يوسف لفوات المحلوف عليه وهو الدين كما فى مسئلة الكوز لان
قوله لم يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله بطل اليمين فحمل فى الثانى تصحيحا للكلام وقال الاترارى فيه
نظر لانه حينئذ يلزم منه ارتفاع النقيضين وهو فاسد بيانه لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما
يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا وقال الاكمل ردا عليه
ليسا نقيضين ليس كذلك فاذا ابطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا
يتصف بواحد منهما وقيل ذكر اليوم فى وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب وذكر البزدوى والسرخسى وابو
المعين هذه المسئلة مطلقة غير موقتة باليوم وفى المحيط ولو ابراه او وهبه لم يحنث وكذا لو حلف لا
يفارق غريمه حتى يستوفى الدين فوهبه او ابراه لم يحنث عندهما خلافا لابى يوسف وبه قال الشافعى واحمد م ولان القضاء فعله س اى ولان القضاء فعل المديون بالاداء والهبة م والهبة اسقاط من صاحب
الدين س يعنى الهبة فعل الدائن بالابراء وهو اسقاط منه ولا يكون فعل احدهما فعلا للآخر فلا يبر
المديون بفعل الدائن م ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه
لان الشرط قبض الكل س اى لان شرط الحنث قبض كل الدين متفرقا وهو معنى قوله م لكنه بوصف
التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف س حيث قال لا يقبض دينه م مضاف اليه س اى الى
الدائن م فينصرف الى كله فلا يحنث الا به س اى بالشرط المذكور وهو قبض الكل متفرقا ولو قبض فى
اول النهار بعضه وفى آخره بعضه حنث لوجود الشرط بخلاف التفرق الضرورى اشار اليه بقوله م
فان قبض دينه فى وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث لانه ذلك يتفرق لانه قد يتعذر
قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه س هذا الذى ذكره القدورى استحسانا
والقياس ان يحنث كذا ذكره ابو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير وبالقياس قال زفر لان شرط
الحنث قبض الكل متفرقا وقد حصل ذلك لانه لما وزن خمسين ودفعها اليه ثم وزن خمسين اخرى فدفعها
اليه لانه حصل قبض الكل بصفة التفرق ووجه الاستحسان ان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة
واحدة فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة والمال اذا كثر لا يمكن قبضه جملة الا بهذا الطريق فصار
هذا القدر من التفرق مما لا يمكن الامتناع عنه فيجعل مستثنى عن اليمين بدلالة الحال وهو نظير لا
اسكن هذه الدار وهو ساكنها م ومن قال ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما
يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة س وشرط الحنث ملك ما زاد على المائة ولم يوجد الشرط
بما دون المائة فلا يحنث م ولان استثناء المائة استثناء وهما بجميع اجزائها س لان المستثنى المائة يكون
مستثنى الخمسين ضرورة لان الاستثناء لا يكون الا بجميع اجزائها والخمسون من اجزائها م وكذلك لو قال غير
مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء س لان حكم لفظ غير ولفظ سوى حكم الا وفى الجامع الكبير
لو قال عبدى حر ان كنت املك الا خمسين درهما فلم يملك الا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك
زيادة على خمسين او كان من جنس مال الزكوة او حلفه ما لى مال يحنث بالمال الزكوى وعند الشافعى رحمه الله

بعض مسئلة اصطلاح امام الفقه وعند الشافعى لا يبطل ... سالم رحمه

مسائل متفرقة

حنث بكل حال وعند مالك رحمه الله المال هو الذهب والفضة م
س اي هذه مسائل متفرقة وارتفاع مسايل على انه خبر مبتدا محذوف اي هذه مسائل ومتفرقة صفتها
ومعناها من مواضع شتى وقد جرت عادة المصنفين بان يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في اخر
ابوابه استدراكا لما فات م واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع س اي الا
عن الفعل ابدا م ضرورة عموم النفي س لان قوله لا يفعل يقتضي مصدرا انكرة فدلالته على المصدر ظاهرة لانه
لا ينفك عنه واما كونه نكرة فهو الاصل لان المعرفة تعارض والنكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم فاذا
فعل بوجه من الوجوه في وقت من الاوقات حنث م واذا حلف ليفعلن كذا فعله س اي فعل ذلك
الفعل م مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم س بفتح الزا الذي التزمه الحالف م فعل غير عين س
اي غير معين نحو قوله لاطعمن او لاصومن او لاحجن او لاتصدقن فانه اذا فعل ذلك الشيء من هذه الاشياء
مرة واحدة بر في يمينه م اذ المقام مقام الاثبات س لان النكرة في موضع الاثبات لا تعم فيجزا
باوني ما يطلق عليه اسم المحلوف عليه سوا فعله مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق الوكالة وهو معنى
قوله م فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس منه س اي من ذلك الفعل م وذلك س اي الياس
منه م بموته س اي بموت الحالف م او بفوات محل الفعل س وهو المحلوف عليه كما اذا حلف لياكلن هذا
الرغيف او لياتين البصرة فاذا مات هذا حنث كذا ذكر صاحب التحفة ووجب عليه الكفارة ويوصي بها اذا
كان الهالك هو الحالف وقال الحاكم هذا الذي ذكره فيما اذا عقد يمينه مطلقا اما لو عقدها موقتا فلا
يحنث قبل مضي ذلك الوقت وان وقع الياس بموته او بفوت المحل لما ان الموقت مانع من الاخلال اذ
لو اخل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فايدة كذا في الايضاح وقال الاترازي ومعنى قوله لا يفعل كذا
تركه ابدا فيما اذا كانت اليمين مطلقة اما اذا كانت موقتة بزمان كاليوم والشهر يتوقت يمينه بذلك الزمان
فبعد ذلك تنحل يمينه ولا يلزمه ترك الفعل بعد ذلك الزمان واما التوقيت في الاثبات كقوله والله لاكلن
هذا الرغيف اليوم فانه لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قايمين واليوم باق اما اذا مضى اليوم وهما
قايمان يحنث لفوات البر لفوات الوقت المعين واما اذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث
بالاتفاق وان هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم اجمعوا انه لا يحنث في الحال فاذا مضى
اليوم اختلفوا قال ابو حنيفة ومحمد لا يحنث في يمينه وقال ابو يوسف يحنث وتجب الكفارة لان
تصور البر ليس بشرط عنده خلافا لهما م واذا حلف الوالي س بتشديد اللام من التحليف م رجلا ليعلمه
س من الاعلام م بكل داعر س وفي بعض النسخ مكان رجل داعر والداعر بالدال والعين المهملتين وكذلك
فاعل هو الخبيث المفسد من الناس وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد يقال دعر العود يدعر دعرا
من باب علم يعلم اذا فسد م فهو على حال ولايته س اي يتقيد اليمين على حال ولايته وبه قال الشافعي
في قول واحمد في رواية م لان المقصود منه س اي لان غرض المستحلف من هذا م دفع شره او شر
غيره س اي دفع شر الداعر او دفع شر غيره س اي غير الداعر م بزجره س اي بزجر الداعر لانه لو زجر
الداعر ينزجر غيره عن الدعارة م فلا يفيد فايدته س اي فايدة الزجر م بعد زوال سلطنته س
اي سلطنة هذا الوالي اي شوكته وقدرته على ما يطلب منه م والزوال س اي زوال سلطنته م
بالموت س اي بموت هذا الوالي م وكذا بالعزل س اي بعزله م في ظاهر الرواية س عن اصحابنا وفي رواية
الزيادات وعن ابي يوسف انه يجب الدفع اليه بعد العزل وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية لانه
تقيد في الجملة لاحتمال ان يولى ثانيا فيوصف الداعي وعنه بسطة الرفع بعزله لا بموته وكذلك السلطان
اذا حلف رجلا ان لا يخرج من الكورة الا باذنه فهو على ولايته لما في الزيادات م ومن حلف ليهبن عبده
لفلان فوهبه ولم يقبل س اي الموهوب له م بر في يمينه س اي لم يحنث م خلافا لزفر س فانه يحنث
عنده وفي الكافي حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه له ولم يقبل ان كان الموهوب له غايبا لم يحنث اجماعا
وان كان حاضرا حنث استحسانا وبه قال احمد والشافعي في قول وقال زفر لا يحنث وبه قال
الشافعي في قول بدون القبول وفي قول ما لم يقبل ويقبض وعلى هذا الخلاف الاعارة والصدقة والاقرار
والوصية ذكره في جامع الكرخي وفي الكفاية وكذا القرض وفي رواية عن ابي يوسف قبول المستقرض
شرط لان القرض في حكم المعاوضة م فانه س اي فان زفر م يعتبره س اي يعتبر عقد الهبة م بالبيع

لانه تمليك مثله فلا يتم الا بالقبول م ولنا انه س اي ان الهبة باعتبار الوهب م عقد تبرع فيتم بالمتبرع
س يعني تمليك بلا عوض فيتم بالواهب والقبول شرط ثبوت الملك م ولهذا س اي ولاجل كونه يتم بالمتبرع
يقال وهب ولم يقبل س ولا يقال باع ولم يقبل يعني لا يسمى بيعا ما لم يوجد القبول م ولان المقصود
س من الهبة م اظهار السماحة س اي الكرم م وذلك س اي اظهار السماحة م يتم به س اي بالحالف الواهب م
اما البيع س جواب عن قول زفر يعني اما البيع فليس كذلك فانه مبادلة المال بالمال وهو معنى قوله م
معاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين س اي من جانب البايع وجانب المشتري م ومن حلف لا يشم
ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه س اي لان الريحان م اسم لما لا ساق له ولهما س اي وللورد والياسمين سماين
ساق س الريحان في اللغة كل ما طاب ريحه من النبات وهذا يتناول الورد والياسمين كما هو مذهب
احمد ولكن عند الفقهاء الريحان ما لساقه رايحة طيبة لا لورقه كالاس والورد ما لورقه رايحة طيبة فحسب
والياسمين كذا ذكره صاحب المغرب وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد
انه قال كل ما اخضر فهو ريحان مثل الاس والنبات هسفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك فليس بريحان وقال
الاترازي وعلل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بقوله لان الريحان اسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما
له رايحة طيبة وهو موضوع ذلك لغة وقال الصدر الشهيد وصاحب الهداية لانه ما لا ساق له والياسمين
والورد لهما ساق ثم قال الاترازي ولنا فيه نظر لانه لم يثبت في كتب اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا
ولئن صح ما قالوا كان ينبغي ان لا يحنث بالاس لان له ساقا وليس من البقول ايضا وقد نص الحاكم على
انه يحنث انتهى قلت نظره وارد في هذا الاوان في بلاد المصرية ينبت ريحان وله ساق قدر نصف ذراع
وايضا الايمان مبنية على العرف لا على اللغة فينبغي ان يحنث اذا شم وردا او ياسمينا ان نظرنا الى اللغة لان
جماعة من اهل اللغة قالوا كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان فعلى هذا يطلق على الورد والياسمين الريحان
م ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف س لان الايمان محمولة على
معاني كلام الناس وفي عرفهم اذا ذكروا البنفسج يراد به دهنه لا ورقه م ولهذا س اي
ولاجل اعتبار العرف م يسمى بايعه بايع البنفسج س وفيه نظر لا يخفى ولو بين قوله م وقيل
في عرفنا يقع على الورق س وقال الفقيه ابو الليث هذا عند اهل العراق واما في بلادنا فلا
يقع على الدهن الا ان ينوي وقال الشافعي واحمد لا يحنث بشرا دهنه اعتبارا بحقيقة اللفظ
ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث خلافا للشافعي واحمد وذكر الكرخي انه يحنث ايضا م وان
حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه س اي لان الورد حقيقة في الورق م وا لمعرف
مقرر له س اي العرف ايضا مقرر لوقوع الحقيقة او لكون الحقيقة مرادة م وفي البنفسج
قاض عليه س اي عال عليه اي على وقوع الحقيقة فلا يقع على ورقه لان مبنى الايمان على العرف
لا على الحقيقة وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى والبنفسج والورد يقعان على الورق في عرفنا
قاله الكافي وهو الصواب الاوجه والله اعلم م

باب الحدود س

اي هذا الكتاب في بيان الحدود ووجه المناسبة بين البابين من حيث ان في الايمان الكفارة التي
هي دايرة بين العبادة والعقوبة والحدود هي العقوبات المحضة والحدود جمع حد م قال س
اي المصنف م الحد لغة س اي معنى الحد في اللغة هو م المنع س يقال حدني عن كذا وكذا
اي منعني عنه وبه سمي السجان حدادا لمنعه المحبوسين من الخروج م ومنه الحداد للبواب س
اي ومن هذا المعنى قيل للبواب حداد لمنعه الناس عن الدخول في الدار التي هو بواب فيها
ويسمى المعرف للشيء حدا لانه يمنع الخارج عن المحدود عن الدخول فيه م وفي الشرع هو س اي الحد
م العقوبة المقدرة حقا لله تعالى س يستوفى بها حق الله تعالى م حتى لا يسمى القصاص حدا لانه
حق العبد س به لا لاله جواز العفو والاعتياض م ولا التعزير س اي ولا يسمى التعزير حدا
ايضا م لعدم التقدير س فيه اي ليس بمقدر وهذا ما عليه عامة اصحابنا وقال صدر الاسلام البزدوي
في مبسوطه والقصاص يسمى حدا ايضا وحاصله ان الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده اعني
من الفعل المنهي عنه م والقصد الاصلي من شرعه س اي القصد الكلي من مشروعية الحد م الانزجار
عما يتضرر به العباد س في النفس والعرض والمال ففي حد الزنا صيانة النفس وفي حد القذف

صيانة العرض وفي حد الشرب صيانة العقل م والطهرة ليست باصلية س الطهرة بمعنى الطهر وهو
خلاف الدنس والمعنى ان الطهر عن الذنوب ليست باصلية فيه اي في الحد م بدليل شرعه س اي مشروعيته
في الكافر وهذا يجب الحد على الذمي اذا زنى ولا تطهير عن الذنب باجزاء الحد عليه فعلم ان المقصود من الحد
الانزجار لا التطهير قال اي القدوري م الزنا يثبت بالبينة والاقرار س هذا لفظ القدوري وفي مختصره
وقال صاحب الهداية م والمراد ثبوته عند الامام س انما قال ذلك لان ثبوت الزنا في نفس الامر لا يتوقف
على وجود البينة او الاقرار لانه امر حسي يوجد وان لم يوجدا او قد يوجدان ولا يوجد الزنا لاحتمال
الكذب فيهما فحصل الانفكاك بين الزنا وبينهما وجودا وعدما فالقاضي مامور بالحكم بما ثبت عنده من
الظاهر فلاجل هذا اشترط ثبوته عند الامام بالبينة او الاقرار م لان البينة دليل ظاهر س لان الله تعالى
قال فاستشهدوا عليهن اربعة منكم م وكذا الاقرار س دليل ظاهر م لان الصدق فيه مرجح س على الكذب
لاسيما س اي خصوصا م فيما يتعلق س اي في الشيء الذي يتعلق بتشهوته مضرة س اي ضرر ظاهر يتصل
بذي المقر من اجرا الحد عليه م ومعرة س اي عار يلحقه بانتسابه الى الزنا والعار اشد من النار
وفي ديوان الادب المعرة المساءة واعلم ان الزنا يمد ويقصر فالقصر لاهل الحجاز والمد لاهل نجد
قال الفرزدق ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح
مسكرا بفتح الكاف من التسكير وهو المخمور والخرطوم اسم من اسماء الخمر والنسبة الى المقصور زنوي
والى الممدود زناوي والذي يظهر ان معنى الزنا في اللغة البغي وفي الشرع الزنا قضاء المكلف شهوته
في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما وشبهة الاشتباه ولتمكين المرأة عن ذلك واحترز
بلفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا وطء وهذا يجب به الغسل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون
والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وشبهة النكاح ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده
المأذون وشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له م والوصول الى العلم
القطعي س يعني الوصول الى ثبوته الى العلم القطعي م متعذر س لانه امر مبناه على الاخفاء والستر
م فيكتفى بالظاهر س البينة والاقرار م قال س اي القدوري س فالبينة ان يشهد اربعة من
الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم
ياتوا باربعة شهداء م وقال عليه السلام س اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م للذي قذف امرأته
ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك س هذا الحديث بهذا اللفظ غريب وبمعناه ما رواه
ابو يعلى الموصلي في مسنده من حديث محمد بن سيرين عن انس بن مالك قال لاول لعان كان في الاسلام
ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعته الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له رسول
الله صلى الله عليه وسلم اربعة شهود والا فحد في ظهرك فقال يا رسول الله ان الله ليعلم اني لصادق
ولينزلن الله عليك ما يبرئ ظهري من الحد فانزل الله اية اللعان ولاعن النبي صلى الله عليه وسلم
وفرق بينهما واخرجه البخاري في اللعان عن ابن عباس رضي الله عنهما ان هلال بن امية قذف امرأته
بشريك بن سحماء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البينة والا حد في ظهرك م ولان في اشتراط
الاربع س هذا احتراز عن قول البعض فانهم يقولون انما اشترط الاربع لان الزنا لا يتم الا
باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين وقال المصنف ليس كذلك بل ان في اشتراط
الاربع م تحقيق معنى الستر وهو س اي الستر م مندوب اليه س لما روى الترمذي من حديث
ابي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر ستره الله في الدنيا والاخرة
والشرط في الاربع ان يكونوا من الرجال احرارا عدولا بالغين فلا تقبل شهادة الرجال مع النساء
ولا تقبل فيه كتاب القاضي الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة م والاشاعة س اي اظهار
الزنا م ضده س اي ضد الستر فلما كان الستر مندوبا كانت الاشاعة مذمومة وكيف وقد قال الله
تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة الاية ذم المشيعين ولهذا لو اختل شيء من
شرائط الشهادة بان يشهد الاقل من اربعة او يشهدوا بالزنا متفرقين في مجالس مختلفة
واحدا بعد واحد فانهم يحدون حد القذف عندنا خلافا للشافعي وفي المبسوط اشار عمر رضي الله
عنه الى ان اشتراط الاربع لاجل الستر حتى شهد ابو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الازرق

على المغيرة بن شعبة بالزنا فقال لزياد وهو الرابع بم تشهد قال رأيت اقداما بادية وانفاسا عالية
وامرا منكرا وفي رواية قال رأيتهما تحت لحاف واحد يخفضان ويرتفعان ويضطربان اضطراب
الخيزران وفي رواية رأيت رجلا افخاذ امرأة صرعى ورجلين مخضوبتين واستا يجئ ويذهب ولم
ار ما سوى ذلك فقال عمر الله اكبر الحمد لله الذي لم يفضح واحدا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
م واذا شهدوا س اي اذا شهدت الشهود بالزنا م يسألهم الامام عن الزنا ما هو س اي عن حقيقة الزنا
وماهيته لانه ما يسأل بكلمة ما الا عن الماهية لان من الناس من يعتقد كل وطء حرام انه زنا كوطء
الحائض والنفساء والامة المجوسية والامة المشتركة والامة التي هي اخته من الرضاع فان كل ذلك
حرام وليس بزنا ولان الشرع قد سمى فعل الحرام فيما دون الفرج زنا مجازا بقوله العينان تزنيان
وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق
ذلك او يكذبه والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج الا يرى انه عليه السلام استفسر ماعزا الى ان ذكر
الكاف والنون اراد به قوله نكتها لان ذلك صريح في الوطء والباقي كناية عنه وايضا يمكن ان يسمي الشهود
مقدمات الزنا زنا فيجب الاحتراز عن مثل ذلك م وكيف هو س اي يسألهم ايضا عن كيفية الزنا
للاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج الا يرى انه عليه السلام استفسر ماعزا عن كيفية الزنا
فقال كالميل في المكحلة والرشا في البئر وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه لان وطء المكره لا يوجب
الحد م واين زنى س اي يسألهم عن المكان بقوله اين زنى فانه احتراز عن الزنا في دار الحرب لان المسلم
اذا زنى في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجوب الحد م ومتى زنى س
اي يسألهم عن متى زنى ~~يعني المزنية~~ فانه احتراز عن زنا متقادم والشهود اذا شهدوا به لا يقبل
واحترازا ايضا عن وطء الصبي والمجنون لان فعلهما لا يوصف بالحرمة م وبمن زنى س اي يسألهم بمن زنى
يعني المزنية بمن هي فانه احتراز عن الوطء الواقع في محل يكون للواطئ فيه شبهة لا يعرفها الواطئ ولا الشهود كجا
الابن او يجوز ان يكون الموطوءة امرأة الواطئ او جاريته ولا يعلمها الشهود م لان النبي صلى الله عليه وسلم
استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية س هذا اخرجه ابو داود عن يزيد بن نعيم عن ابيه نعيم
ابن هزال قال كان ماعز بن مالك يتيما في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ابي ائت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال فاتاه فقال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي
كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى عادها اربع مرات فقال عليه السلام انك قد قلتها اربع مرات
بمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال باشرتها قال نعم قال جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم
الحديث م ولان الاحتياط في ذلك س اي في الاستفسار م لانه س اي لان المشهود عليه بالزنا م عساه غير
الفعل في الفرج عناه س اي قصده فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة م او زنى في دار الحرب س اي
او يكون المشهود عليه م زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان س اي او يكون اي في الزمن المتقادم
م او كانت له شبهة لا يعرفها هو س اي المشهود عليه ولا الشهود س اي ولا يعرفها الشهود م كوطء جارية
الابن فيستقصي س اي الامام وضبطه الحاكي على صيغة المجهول م في ذلك س اي فيما ذكر من الاشياء وقد
ذكرناها م احتيالا للدرء س اي لاجل الحيلة لدرء الحد لما روى الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها
قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود ما استطعتم م فاذا بينوا ذلك س اي فاذا
بين الشهود الزنا بما ذكر من الامور م وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة س تضمين
وعاء الكحل م وسأل القاضي عنهم س اي عن الشهود م فعدلوا س على صيغة المجهول م في السر والعلانية
س صورة التعديل في السر ان يبعث القاضي اسماء الشهود الى المعدل بكتاب فيه اسماؤهم وانسابهم وحلاهم
ومحالهم ومساجدهم حتى يعرفه المعدل فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جائز الشهادة ومن
لم يكن عدلا فلا يكتب تحت اسمه شيئا او يكتب الله تعالى اعلم وصورة التعديل في العلانية ان يجمع بين المعدل
والشاهد فيقول المعدل هذا هو الذي عدلته ويجيء في كتاب الشهادات مستقصى ان شاء الله تعالى م
حكم بشهادتهم س جواب قوله فاذا بينوا يعني بالرجم ان كان الرجم موجب الزنا وبالجلد ان كان موجبه
الجلد هنا اذا لم يعرف القاضي عدالة الشهود اما اذا عرفها يحكم بلا تعديل م ولم يكتف س على صيغة المعلوم
اي لم يكتف القاضي وقال الكاكي وابو حنيفة لم يكتف بسوق الكلام اليه م بظاهر العدالة في الحدود

احتيالا للدرء س اي للدفع م قال عليه السلام ادروا الحدود ما استطعتم س وقد ذكرنا الحديث في غزوته م بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة حيث يكتفي فيها بظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فحينئذ يسال القاضي عن الشهود عنده ايضا ويعدل السر والعلانية بتزكيته في الشهادات ان شاء الله تعالى س اي سانوضحهما بدليله في كتاب الشهادات وقد ذكرناه انقسام قال في الاصل س اي قال محمد في المبسوط م يحبسه س اي يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا بعد وصف الشهود الاشياء المذكورة م حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية س اي لاجل كون المشهود عليه متهما بالجناية فكذلك يحبسه خوفا من هروبه فلا يظهر بعد ذلك ولا ياخذ الكفيل منه لان فيه نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يدرا بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر قلنا حبسه للتعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة واشار اليه المصنف بقوله للاتهام بالجناية م وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة س هذا روي عن جماعة من الصحابة عن معاوية بن حيدة اخرج حديثه ابو داود والترمذي والنسائي ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وزاد الترمذي والنسائي ثم خلى سبيله وقال الترمذي حديث حسن ورواه الحاكم في المستدرك وصححه وعن ابي هريرة اخرج حديثه الحاكم في مستدركه والبزار وابو يعلى في مسنديهما ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة يوما وليلة استظهارا او احتياطا وفي سنده ابراهيم بن خثيم فقال الذهبي متروك وعن انس رضي الله عنه اخرج حديثه ابن عدي والعقيلي في كتابيهما ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وفي سنده ابراهيم بن زكريا قال العقيلي مجهول وحديثه خطا وقال ابن عدي هو باطل وعن نبيشة اخرج حديثه الطبراني في الاوسط ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس في تهمة م بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة س لان اخذ الكفيل فيها مشروع ولا يفوت الحق فلا حاجة الى الحبس قبل عدالة الشهود م وسنبين الفرق ان شاء الله تعالى س اي الفرق بينه وبين الديون وقال الاترازي هذه حوالة غير رائجة ولم نجده قلت اراد به ما ذكرناه الان لان اخذ الكفيل فيها مشروع الى اخره م قال س اي القدوري م والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي س هذا كله كلام القدوري ونقله المصنف م شرحه بقوله م واشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر وغير موجب للحد واشتراط الاربع س يعني في الاقرار م مذهبنا س وبه قال اسحق واحمد م وعند الشافعي رحمه الله يكتفي بالاقرار مرة واحدة س وبه قال مالك م اعتبارا بسائر الحقوق س يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا م وهذا س اي الاعتبار بسائر الحقوق م لانه س اي لان الاقرار م مظهر س حقيقة الامر م فكذا في نفسه فلا يشترط التكرار كما في سائر الحقوق م وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة س لان الشاهد الثاني يفيد طمانينة القلب زيادة على ما افاده الاول م ولنا حديث ماعز رضي الله عنه س حديث ماعز بن مالك مشهور رواه البخاري ومسلم عن ابي هريرة قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فناداه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى ثنى ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع مرات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابك جنون قال لا قال هل احصنت قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه وروى حديث ماعز ايضا مسلم عن جابر بن سمرة ورواه ايضا عن ابن عباس وعن بريدة ايضا وفي الكل الاقرار باربع مرات م فان النبي صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة س اي اقامة الحد م الى ان تم الاقرار منه س اي من ماعز اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها س اي فلو ظهر اقراره موجبا للحد دون الاربع س اي اربع مرات م لما اخرها س اي لما اخر اقامة الحد لثبوت الوجوب حاصل المعنى لو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد لثبوت الوجوب عند ظهوره واجبة وتاخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لما يجب الحد من بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في وطء واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات

اعتبر

٢١٩

اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم تتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي عليه السلام لانه استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلا قبله فبعد ذلك تم ازال الشبهة بالسوال فقال ابك جنون اجيب اما تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله عز وجل لا دليل الجنون واما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابك جنون تلقينا لما يدرا به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق م ولان الشهادة فيه س دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتبار الشافعي سائر الحقوق وتقريره ان الشهادة م فيه س اي في الزنا م اختصت بزيادة العدد س لاجل التغليظ ولم يختص سائر الحقوق به م فكذا الاقرار س اشترط اربع مرات لان احدى الحجتين لما اختصت بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى م اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر س اي لاجل تعظيم امر الزنا وتحقيق معنى الستر لاجل الستر مندوب فيه كما ذكرنا م ولا بد من اختلاف المجالس س اي في الاقرار خلافا لاحمد وابن ابي ليلى م لما روينا اشار به الى قوله فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس م ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات س كما في اي السجدة م فعنده ذلك س اي عند اتحاد المجلس م يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار س الاربع التي قال في حد ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين م والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه س اي مجلس المقر في وجوب الحد م دون مجلس القاضي س وفي بعض النسخ فيعتبر اتحاد مجلسه اي يعتبر اتحاد مجلس المقر في عدم وجوب الحد لا مجلس القاضي م والاختلاف س اي اختلاف مجلس المقر بان يرده القاضي في كل مرة بان يقول له ابك خبل ابك جنون لعلك قبلتها او مسستها وقال بعضهم يعتبر اختلاف مجلس القاضي والصحيح الاول كذا في شرح الطحاوي وفسر المصنف الاختلاف بقوله م بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه لان النبي صلى الله عليه وسلم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى س اي استتر م بحيطان المدينة س هذا الحديث بهذا اللفظ غريب وبمعناه ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الابعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الرابعة فقال له مثل ذلك قال ادخلت واخرجت قال نعم فامر به ان يرجم الحديث م قال س اي القدوري في مختصره م فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد س هذا كله لفظ القدوري وقال المصنف عقيبه م لتمام الحجة س اي لتمام الدليل الواجب لاقامة الحد م ومعنى السوال عن هذه الاشياء س اي عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه وعن المزني بها م بيناه في الشهادة س على الزنا هو تحقيق ما يجب به الحد م ولم يذكر س اي القدوري م فيه س اي في الاقرار م السوال عن الزمان س اي عن سوال الزمان م وذكره س اي والحال انه ذكره س اي السوال عن الزمان م في الشهادة س على الزنا بان يقول متى زنيت م لان تقادم العهد س اي الزمان م يمنع قبول الشهادة س لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل اقراره وان تقادم العهد وهو معنى قوله س دون الاقرار م وقيل لو ساله جاز س اي لو ساله الزمان جاز قال في الفتاوى ويجوز ان يسال الزمان في الاقرار ايضا م لجواز انه زنى في صباه س اي في حالة الصغر م فان رجع المقر س اي المقر بالزنا اذا رجع عن اقراره م قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يقيم الحد عليه س يعني لا يقبل رجوعه بعد الاقرار ويلزمه الحد واسم ابن ابي ليلى محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى قاضي الكوفة واسم ابي ليلى يسار خلاف اليمين وقال الكاكي كذا وقع في نسخ اصحابنا يعني ذكر خلاف الشافعي ههنا ولكن صرح في كتب اصحاب الشافعي انه لو اقر على نفسه بالزنا ثم رجع يسقط عنه الحد ولذا لو رجع بعد ما اقيم بعض الحد يترك الباقي مثل قولنا وعن احمد مثل قولنا وعن مالك في قبول الرجوع روايتان وقال الكاكي ايضا ثم اختلاف المجلس في الشهادة يمنع قبول الشهادة في الزنا وبه قال مالك واحمد والاوزاعي وحسن بن صالح حتى اذا شهد واحد بالزنا منفردين يحدون حد القذف وقال الشافعي وعثمان البتي لا يحدون وان جاء القذف اداء الزنا واحدا فلا يشترط اتحاد المجلس وحد اتحاده ما دام الحاكم جالسا لان النص

شرط الكل لا دفع مطلقا فلا يتقيد باتحاد المجلس كسائر الشهادات ولنا قول عمر رضي الله عنه لو جاءوا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولو كان الزوج احدهم يقبل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول فيه تهمة وهو يقول بعد يزنا امرأته فكان البعد عن التهمة كشهادة الوالد على الولد م لانه وجب الحد باقراره فلا يسقط برجوعه وانكاره كما اذا وجب س اي الحد م بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف س اي صار حكم هذا كحكم من رجع في القصاص وحد القذف اذا ثبتا بالاقرار حيث لا يقبل الرجوع م ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه س اي في الرجوع م فيتحقق الشبهة في الاقرار س تتعارض الرجوع مع الاقرار فيسقط الحد لان الحدود تندرئ بالشبهات م بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه س وهو الخصم م ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع س فانه لا احد يكذبه فيصح الرجوع فيه لكن اذا اقر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه في حق القطع ولا يصح في حق المال كذا في شرح الطحاوي م ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام س اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لماعز لعلك مسستها او قبلتها س روى هذا الحديث بهذا اللفظ الحاكم في المستدرك عن حفص بن عمر العدني حدثنا الحكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان ماعزا اتى الى رجل من المسلمين فقال اني اصبت فاحشة فما تأمرني فقال اذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستغفر لك فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال له لعلك قبلتها قال لا قال فمسستها قال لا قال ففعلت بها كذا ولم يكن قال نعم قال اذهب سوابه فارجموه وسكت الحاكم عنه وتعقبه الذهبي في مختصره فقال وحفص بن عمر العدني ضعفوه والحديث عند البخاري بلفظ لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا قال افنكتها قال نعم قال فعند ذلك امر برجمه وعند احمد في مسنده لعلك قبلت او لمست او نظرت م قال في الاصل س اي في المبسوط م يعني ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة س قال في المبسوط رد الامام المعترف بالزنا في المرة الاولى والثانية والثالثة فان عاد الرابعة فاقر عنده بها سأله عن الزنا ما هو وكيف هو فاذا وصفه وابانه قال له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة م وهذا س اي المذكور في الاصل م قريب من الاول في المعنى س اي قريب مما قال القدوري لان في كل منهما المعنى الرجوع للمقر حتى لو قال المقر نعم سقط الحد م والله اعلم

باب في كيفية الحد واقامته

• س اي هذا فصل في بيان كيفية الحد والكيفية ما به يقال للشيء كيف هو وكيف كلمة موضوعة للسؤال عن الحال قوله واقامته اي وفي بيان كيفية اقامة الحد وذكر هذا الفصل بعد وجوب الحد لما ان اقامته وكيفيته مرتبة على نفس الحد في الوجوب م واذا وجب الحد وكان الزاني س اي والحال انه قد كان الزاني م محصنا رجمه س اي الامام او القاضي والمحصن من احصن الرجل فهو محصن بفتح الصاد وهذا احد ما جاء على افعل فهو مفعل وامرأة محصنة اي متزوجة وليس في كلامهم افعل فهو مفعل الا ثلاثة احرف احدها ويقال اسهب من لدغ الحية اي ذهب عقله وهو مسهب • قال الراجز فمات عطشان وعاش مسهبا ويقال الفج الرجل فهو ملفج اذا ارقت حاله م لانه عليه السلام س اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م رجم ماعزا وقد احصن س على صيغة المجهول اي والحال انه كان محصنا وقد مضى الحديث من رواية البخاري ومسلم عن ابي هريرة انه عليه السلام قال له هل احصنت قال نعم فقال عليه السلام اذهبوا به فارجموه م وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان س هذا روي من حديث عثمان اخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه عن حماد بن زيد عن يحيى بن زيد عن اسعد بن سهل ابي امامة الانصاري عن عثمان انه اشرف عليهم يوم الدار فقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن وروي من حديث عائشة رضي الله عنها اخرجه ابو داود في سننه عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث رجل زنى بعد احصان فانه يرجم ورجل خرج محاربا بالله ورسوله فانه يقتل او يصلب او ينفى من الارض ورجل قتل نفسا فانه يقتل بها م وعلى هذا اجماع الصحابة س اي وعلى وجوب الرجم اجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وروى الترمذي باسناده عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجم ابو بكر رضي الله عنه ورجمت ولولا اني اكره ان ازيد في كتاب الله لكتبته في المصحف فاني خشيت ان تجيء اقوام فلا يجدونه في كتاب الله فيكفرون به وحديث عمر هذا رواه في الموطأ ايضا قلت وقد كان رجم ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما احد فحل محل الاجماع وفي شرح الاقطع ولا خلاف في ذلك بين الائمة الا ما روي عن الخوارج انهم قالوا الجلد لا الرجم وانما قالوا ذلك لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وقولهم لا يلتفت اليه لانه خرق الاجماع والاحاديث [illegible] ان يكون متواترة م قال س اي القدوري م ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه س قوله كذا روي عن علي عن المصنف وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا رضي الله عنه كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم رجم هو ثم رجم الناس واذا كان باقراره بدأ هو برجم ثم رجم الناس م ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء س اي يجترئ على اداء الشهادة كاذبا م ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء س اي فكان في بداءة الشهود بالرجم حيلة لدفع الحد لاحتمال رجوعه م وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط بداءته س اي بداءة الشاهد وبه قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية م اعتبارا بالجلد س حيث لا يشترط فيه بداءتهم وقالت الشافعية ولكن يستحب حضورهم وبداءتهم بالرمي وكذا في الزنا بالاقرار لا يشترط حضور الامام ولا بأس به عندهم ولكن يستحب م قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق س اي في الجلد م ولا كذلك الرجم لانه اتلاف س لانه فيه مستحق للقتل بخلاف الجلد لانه للتأديب والزجر م قال س اي القدوري رحمه الله م فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد س اي لان امتناعهم من الابتداء م دلالة الرجوع س وكذا اذا امتنع بعضهم م وكذلك س اي يسقط الرجم م اذا ماتوا س اي الشهود م او غابوا س لان الشرط بداءتهم وقد انعدم ذلك بالموت والغيبة وكذا اذا عموا او خرسوا او جنوا او فسقوا او ارتدوا او قذفوا فحدوا [illegible] ذلك قبل القضاء او بعد القضاء قبل الامضاء لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا لم يحصل الامضاء فكانه لم يحصل القضاء وقيد بقوله م في ظاهر الرواية لفوات الشرط س احترازا عما روي عن ابي يوسف في شرح الطحاوي انه قال لا يبطل الرجم بموت الشهود ولا بغيبتهم هذا اذا كان المشهود عليه محصنا اما اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد في الكافي اقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك فيما سوى الحدود من حقوق الناس وفي الذخيرة ولو كان الشهود او بعضهم مقطوع اليدين او مرضى لا يستطيعون الرمي وحضروا ورمى القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الاقامة ولو غاب واحد منهم لم يرجم حتى يحضر كلهم وفي المبسوط اذا امتنع الشهود يسقط الرجم ولكن لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة لان الانسان قد يمتنع عن القتل نحو ويستحب للامام ان يأمر طائفة اي جماعة من المسلمين ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في عدد الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال احمد وقال عطاء اثنان وقال الزهري ثلاثة وقال الحسن البصري عشرة وعن ابن الشافعي ومالك اربعة وفي الايضاح لا بأس لكل من رمى ان يتعمد قتله لانه المقصود من الرجم الا اذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب ان يتعمد قتله وقد روي عن حنظلة بن ابي عامر انه استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه وكان كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيره م وان كان س اي وان كان الزاني المحصن م مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه س وقد ذكرناه عن قريب م ورجم النبي صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وقد كانت قد اعترفت بالزنا س هذا رواه ابو داود في سننه من حديث ابن ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة قال ابو داود وحدثت عن عبد الصمد بن عبد الوارث ثنا زكريا بن سليم ابو عمران باسناده نحوه وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها انتهى وهذه المرأة هي الغامدية نسبة الى بني غامد قبيلة من العرب وقال المبرد في كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة.

وقال المبرد في الكامل بنو غامد يعني بن الازد بن الغوث وفي هذه القبيلة يقول القائل الا هلا ها
على نأيها بما فضحت قومها غامد تمنعهم مالي فارس ورد لهم فارس واحد م ويغسل س اي المرجوم ويكفن
ويصلى عليه م لقوله عليه السلام س اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به كما
تصنعون بموتاكم س هذا رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابو معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة
ابن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم
فلقد تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الحجاز لوسعتهم وقد رأيته ينغمس في انهار الجنة وعن
مالك لا يصلى على المرجوم كذا ذكره ولكن ذكر في الجواهر من كتب المالكية يغسل ويصلى عليه م ولانه
س اي ولان المرجوم م قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا س فانه يغسل ويصلى عليه م
وصلى النبي صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعدما رجمت س قد روى الجماعة الا البخاري من حديث
عمران بن حصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله
اصبت حدا فاقمه علي الحديث وفيه ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها الحديث وصح في السنن ايضا
ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على الغامدية ودفنت وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب
مكس لغفر له وصاحب المكس هو العشار والمكس ما يأخذه م وان لم يكن س اي وان لم يكن
الزاني المقر م محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
منهما مائة جلدة س قوله الزانية مبتدأ والزاني عطف عليه والخبر محذوف تقديره فيما فرض
عليكم الزانية والزاني اي حكمهما وهو الجلد ويجوز ان يكون الخبر قوله فاجلدوا وهو مذهب المبرد
والاول مذهب الخليل وسيبويه ودخول الفاء في الخبر لتضمن المبتدأ معنى الشرط لان الالف
واللام فيه بمعنى الذي اي التي زنت والذي زنى فاجلد وهما كقولك من زنى فاجلد وهذه الاية
قررت الابكار وفيه تامل م الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي معمولا في حق غيره س بيانه
ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الاية عام في المحصن وغيره الا انه انفسخ في حق المحصن
باية اخرى فنسخت تلاوتها وبقي حكمها والاية الاخرى هو قوله الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما
البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ورواها عمر رضي الله عنه في خطبته بحضرة الصحابة من غير
نكير وقال ان مما يتلى في كتاب الله تعالى الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله
والله عزيز حكيم ولا تهمة في روايته الا ان الله تعالى لما صرفها عن قلوب العباد لحكمة لم يكتبها
عمر في المصحف وقال لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها م يامر الامام بضربه س اي
بضرب القاضي الزاني غير المحصن م بسوط لا ثمرة له س ثمرة السوط عقدة اطرافه ذكره في
الصحاح وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان كذلك يصير الضربة به ضربتين وهذا
لما روي ان عليا رضي الله عنه عند جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة
فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور م ضربا متوسطا س اي بين القوي والضعيف
والان يفسره المصنف م لما روي ان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته س
هذا غريب وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي
قال سمعت انس بن مالك يقول كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين
ثم يضرب به قلنا لانس في زمان من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه
وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط فاتي بسوط
شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي
بسوط بين سوطين فقال هذا فامر به فجلد م والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم س المبرح والمؤلم بكسر
اللام الراء من برح في هذا الامر اي غلظ علي واشتد ومنه برحاء الحمى وغيرها شدة الاذى والمؤلم
بكسر اللام اي الموجع من الايلام م لافضاء الاول س اي المبرح م الى الاهلاك ولخلو الثاني س وهو المؤلم
عن المقصود وهو الانزجار س في الفتاوى الولوالجية اذا كان رجل وجب عليه الحد وهو
ضعيف الخلقة يخاف عليه الهلاك اذا ضرب جلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله م وتنزع

والمتوسط بين م

عنه ثيابه س هذا لفظ القدوري وقال المصنف م معناه دون الازار س يعني معنى كلام القدوري
ينزع ثياب الزاني غير المحصن دون الازار م وان عليا رضي الله عنه كان يامر بالتجريد في الحدود س
هذا غريب ذكره وروي عنه خلافه رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن جابر عن القاسم
ابن عبد الرحمن عن ابيه عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل في حد فضربه وعليه كساء قسطلاني
قاعدا م ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه س اي الى المضروب وخلافه روي عن ابن مسعود رواه
عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن عيينة عن مطرف عن الشعبي قال سألت المغيرة بن شعبة عن
المحدود اتنزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فروا او محشوا اخبرنا الثوري عن جويبر عن الضحاك
ابن مزاحم عن ابن مسعود قال لا يحل في هذه الامة التجريد ولا مد ولا غل م وهذا الحد س اي حد الزنا
م مبناه على الشدة في الضرب س احترز به عن حد القذف فان القاذف يضرب وعليه ثيابه
ولكن ينزع عنه الفرو والحشو وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد لا ينزع بل يترك عليه قميص او
قميصان م وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه س يعني يحترز منه ولا ينزع م ويفرق الضرب على
اعضائه م لان الجمع س اي جمع الضرب في عضو واحد قد يفضي الى التلف س وذلك غير مستحق عليه م والحد
زاجر لا متلف س يعني الحد شرع للزجر لا للاتلاف م قال س اي القدوري م الا رأسه ووجهه وفرجه
س هذا استثناء من قوله ويفرق الضرب على اعضائه وقال الحاكم الشهيد في الكافي ويعطي كل عضو حظه
من الضرب ما خلا الوجه والرأس والفرج في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا
وكان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة وفي شرح الطحاوي روي عن ابي يوسف انه قال يضرب على الرأس
ضربة واحدة وعند الشافعي رحمه الله يضرب كله على الظهر وكذا ذكر الشافعي في الكافي والمنظومة وهذا
خلاف ما ذكر في كتبه المشهورة ولهذا قال في شرح المجمع تركت ذكر الخلاف وعن مالك رحمه الله يخص الضرب
على الظهر وما يليه وروى ابن سماعة عن محمد انه يضرب الظهر في التعزير وفي الحدود يضرب الاعضاء
وقال الحسن بن صالح يضرب في التعزير ايضا الاعضاء كلها الا الوجه والمذاكير ولا خلاف في اتقاء الوجه
والفرج م لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير س هذا الحديث غريب مرفوعا
وروي موقوفا عن علي رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حفص بن عمر عن ابن ابي
ليلى عن عدي بن ثابت عن المهاجر بن عميرة عن علي رضي الله عنه انه اتي بسكران او في حد فقال اضرب واعط
كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير ورواه عبد الرزاق ايضا في مصنفه والمذاكير جمع الذكر على خلاف
القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو والنهي عن ضرب الوجه
في الصحيحين عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه واخرج
مسلم عن جابر رضي الله عنه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرب في الوجه وعن الوسم في الوجه م
ولان الفرج مقتل س اي موضع قتل يؤدي الى الهلاك م والرأس مجمع الحواس س فيخاف منها على عقله وعلى
حواسه م وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا س يتوجه حسن في خلاف القياس م فلا يؤمن فوات شيء
منها س اي من الحواس والمحاسن م بالضرب وذلك اهلاك معنى س لانه يصير مثلة وهي منهية فاذا كان
كذلك م فلا يشرع حدا س اي فلا يشرع شيء من ذلك من حيث الحد م وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا
رجع اليه س اي الى ضرب الرأس كان يقول اولا لا يضرب الرأس ثم رجع وقال م وانما يضرب سوطا س
وبه قال الشافعي في اظهر الوجهين في الايضاح ويضرب الرأس عنده لان ضربه سوطا او سوطين لا يخشى منه
الفساد وروى صاحب الاجناس عن كتاب الحدود املاء رواية ابي سليمان م قال ابو يوسف يتقي
الوجه والفرج والبطن والصدر وقد يضرب الرأس وقال في الشامل عن بعض مشايخنا لا يضرب الصدر
والبطن لانه مقتل كالرأس م لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا س هذا رواه
ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر رضي الله عنه اتي برجل
انتفى من ابيه فقال ابو بكر اضربوا الرأس فان الشيطان في الرأس والمسعودي ضعيف م قلنا تأويله
س اي تأويل قول ابي بكر انه قال ذلك س اي اضربوا الرأس م فيمن ابيح قتله س قال الاترازي واثر ابي بكر ليس بحجة
لابي يوسف لان ذلك ورد في مشرك من اهل الحرب محلوق الرأس وضرب رأسه واجب واهلاكه
مستحق لذا اجاب عنه فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير انتهى قلت فيه نظر من وجوه الاول

س اي اعضاء المحدود على الكتفين
والذراعين والعضدين والساقين
والفخذين صح صح

اذ ابو بكر ورد في رجل انتفى من ابيه ولم يذكر فيه الله في مشرك من اهل الحرب والثاني ان المشرك
من اهل الحرب اذا دخل دار الاسلام فامان لا انفسهم والظاهر ان احدا منهم لا يدخل الا بامان والثالث لو
سلمنا ان هذا المشرك استحق القتل بغير ضرب على راسه لان الشارع امر باحسان القتلة وهذا كله
على تقدير ان يكون اثر ابي بكر صحيحا وهو ضعيف كما ذكرنا فلا نحتاج الى تطويل الكلام فيه م وتقل انه س
ان اثر ابي بكر ورد في حربي وكان من دعاة الكفرة س اي يدعو الناس اليهم وقيل ان الكلام فيه م ولا هلاك
فيه س اي في هذا الحربي الذي هو من دعاة الكفرة م مستحق س والقتل بضرب الراس مثل القتل
غير مستحق كما ذكرنا م قال س اي محمد في الجامع الصغير م ويضرب في الحدود كلها قائما س اي حال كونه
قائما م غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا س هذا اخرجه
عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال
يضرب الرجل قائما والمراة قاعدة في الحد قوله قياما اي قائمين وقعودا اي قاعدات كما قيل قلت
القعود جمع قاعد وجمع النساء قواعد جمع قاعدة م ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ
فيه س اي في الرجل م ثم قوله م غير ممدود س اي حال كونه غير ممدود وقد اختلفوا
فيه م فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا س يعني يمد بعد ان يلقى رجل على راسه
والاخر على رجله م وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد الضرب س
قال تاج الشريعة يعني بعد ما اوقع السوط على البدن لا يمده لانه زيادة على ما يستحق بزيد الايلام
وروي فيه الجر وقال بعضهم لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة لانه بدعة والعقابين
عودان ينصبان مغروزين في الارض ثم يمد بينهما المضروب او المصلوب م وذلك كله لا يفعل س في ذلك
اشارة الى ما ذكر من الاقوال م لانه زيادة على المستحق س لانه حينئذ يكون طلبا للمستحق من الحد قالوا
في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ولا يسطح بل يترك قائما الا ان يعجزهم فلا باس حينئذ ان يسندوه على اسطوانة
ونحوها وعند مالك يضرب جالسا كالمراة ولكن غير ممدود م وان كان س اي الزاني م عبدا جلده س
اي جلد القاضي خمسين س سوطا م لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت
في الاماء س وقبلها فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف اي الاماء اذا احصن اي تزوجن فان اتين
بفاحشة اي زنين فعليهن نصف ما على المحصنات اي الحرائر من العذاب اي من الحد اي عليهن نصف
الحد والحد ماية جلدة على الحر والحرة اذا لم يكونا محصنين ونصف ذلك خمسون فيكون ذلك حد الاماء
كان ذلك حد الامة يكون ذلك حد العبد ايضا لان المؤثر للتنصيف شي فيهما واحد م ولان الرق منصف للنعمة
س لا فرق بين العبد والامة وفي الابل والرقيق والامة من القسم نصف ما للحرة فكان الرق منقص النعم
م فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم س اي عند تكاثر النعم بكسر النون جمع نعمة
افحش س يدل عليه قوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين
ثم لما كانت نساء النبي ليس كاحد من النساء اريد بالعذاب في الاية الجلد لا الرجم بدلالة السياق
لان الرجم لا يتضعف فانما عليهن نصف الشي الذي له نصف وهو الجلد م فيكون ادعى الى
التغليظ س اي يكون الجناية عند توافر النعم ادعى الى التغليظ فيما يستحق عليه م والرجل والمراة في ذلك
س اي في الحد م سواء لان النصوص تشملها غير ان المراة لا تنزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها
كشف العورة والفرو والحشو س هو الثوب المحشو بالقطن ونحوه م يمنعان وصول الالم الى المضروب
س لكثافتهما م والستر س اي ستر المضروب م حاصل بدونهما س اي بدون الفرو والحشو فينزعان س
ليصل الالم الى بدنها م وتضرب س اي المراة م جالسة لما روينا س من حديث علي رضي الله عنه وهو قوله
يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا م ولانه س اي ولان الضرب وهي جالسة م استر لها
ش لانها تضم وتجمع م قال س اي القدوري م وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام س اي ان
النبي صلى الله عليه وسلم م حفر للغامدية الى ثندوتها ش هذا الحديث رواه ابو داود في سننه
حدثنا عثمان بن ابي شيبة ثنا وكيع بن الجراح عن زكريا بن سليم ابي عمران قال سمعت شيخا يحدث
عن ابن ابي بكرة ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم امراة فحفر لها الى الثندوة وفيه مجهول وحديثها في مسلم
من رواية بريدة وفيه ثم امر بها فحفر لها الى صدرها ثم امر الناس فرجموها ولو وجد في بعض نسخ الهداية

حفرها

حفرها الى ثديها والثدي يذكر ويؤنث قال الجوهري الثدي للرجل والمراة وفي كتاب فارس الثدي للمراة ويقال
للرجل ثندوة وهذا مشعر بتخصيص الثندوة للرجل قيل لم ير ان احدا استعمل الثندوة للمراة قلت هذا في
رواية ابي داود اي استعماله للمراة ودعوى تخصيص الرجل بالثندوة يردها ما وقع في الصحيح ان رجلا وضع ذباب
سيفه بين ثدييه وفي حديث جابر الطويل في الحج فوضع يده بين ثديي وذكر في المغرب ان الثندوة بفتح
الاول والواو وبالضم والهمزة موضع الواو والدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل او لحم الثديين
وقال في المجمل ثندوة الرجل كثدي المراة وهو مهموز اذا ضم اوله فاذا فتح لم يهمز ويقال هو طرف الثدي
فعلى هذا يكون المراد في الحديث طرف الثدي م وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية س هذا
اخرجه احمد في مسنده عن يحيى بن سعيد عن مجالد عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غايب بالشام وانها
حملت فجاء بها مولاها الى علي رضي الله عنه فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها
يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد هذا الحديث قوله الهمدانية نسبة الى همدان بفتح الهاء وسكون
الميم حي من العرب كذا نقله الاترازي عن ديوان الادب قلت اسم همدان اوسلة بن مالك بن زيد بن ربيعة شعب
عظيم ينسب اليه شعب كثير خلق كثير من الشعراء والعلماء والعربان واما همدان بفتح الهاء وفتح الميم
وبالذال المعجمة مدينة من اشهر مدن الجبال م وان ترك لا يضره س لان النبي عليه السلام لم يامره
بذلك س هذا اقول من المصنف وتناقض لانه تقدم في كلامه انه عليه السلام حفر للغامدية
رواه مسلم م وهي مستورة بثيابها والحفر كان احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا س اي من
حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة م ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام س اي لان النبي صلى الله
عليه وسلم م ما حفر لماعز س رواه مسلم من حديث ابي سعيد الخدري قال لما امر النبي صلى الله عليه
وسلم برجم ماعز بن مالك خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام الحديث ووقع
في مسلم ايضا انه حفر له من رواية بريدة وفيه فلما كانت الرابعة حفرت له حفرة ثم امر به فرجم
وفي مسند احمد ايضا من حديث ابي ذر انه عليه السلام حفر له والتوفيق بين الروايتين ان الاخذ
برواية المثبت اولى من رواية النافي لاحتمال انه ما ذكره ولا يلزم منه عدم الوقوع م ولان مبنى
الاقامة س اي اقامة الحد م على التشهير في الرجال م وترك الحفر ابلغ من ذلك قال الاترازي وهذا هو
ظاهر الرواية وقال الطحاوي ان شاء احفر له وان شاء لم يحفر له م والربط والامساك غير مشروع س
يعني في الرجم وذلك لان ماعزا لم يربط ولم يمسك وقد ذكرنا انه اذا انتصب ربط م ولا يقيم المولى الحد
على عبده وامته الا باذن الامام وقال الشافعي رحمه الله له ان يقيمه ش اي للمولى ان يقيم الحد على مملوكه وبه
قال مالك واحمد وعن مالك لا يجوز ان يقيم المولى اقامة الحد في الامة المزوجة وفي العبد يتولى نكاحه قال
ولاصحاب الشافعي في الاولى وجهان احدهما السيد اولى لغرض استصلاح ملكه واظهرهما ان الامام اولى لولايته
العامة وليخرج عن الخلاف وهذا فيما اذا عاين سببه من العبد او اقر العبد به عنده اما لو ثبت بالبينة فله
فيه قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان م لان له س اي للمولى ولانه مطلقه عليه س اي على عبده م
كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير س حيث يجوز للمولى التعزير
عبده بدون اذن الامام م ولنا قوله عليه السلام س اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م اربع الى الولاة م
وذكر منها الحدود س هذا غريب وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا عبدة عن عاصم عن الحسن قال
اربعة الى السلطان الصلوة والزكوة والحدود والقصاص حدثنا ابن مهدي عن حماد بن سلمة عن
جبلة بن عطية عن عبد الله بن محيريز قال الجمعة والحدود والزكوة والفيء الى السلطان حدثنا عمر بن ايوب
عن معمر بن زياد عن عطا الخراساني قال الى السلطان الزكوة والجمعة والحدود وقال الاترازي ولنا
ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود
والصدقات والجمعات والفيء وكذا قال الكاكي نجم عزاه قال ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم
قال اربع الى الولاة الى اخره وكذا قال الاكمل فانظر الى هذا المقصر كيف سكتوا عن تخريج الحديث
الذي ذكره المصنف من غير اصل والخصم الذي يحتج لمذهبه بالاحاديث الصحيحة كيف يرضى بهذا الحديث
الذي ليس له اصل ومما احتج به الخصم لمذهبه ما رواه الترمذي باسناده الى ابي عبد الرحمن السلمي قال
خطب علي رضي الله عنه فقال يا ايها الناس اقيموا الحدود على ارقايكم من احصن منهم ومن لم يحصن وان امة

رسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجلدها فأتيتها فإذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها
أن أقتلها فذكرت ذلك له فقال أحسنت هذا حديث صحيح وروى الترمذي عن علي رضي الله عنه قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أحسنت هذا حديث صحيح وروى الترمذي
أيضاً عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ثلاثاً
بكتاب الله فإن عادت فليبعها ولو بحبل من شعر وفي رواية لأبي داود وقال حديث حسن
صحيح ورواه أيضاً أبو داود وفي روايته فليبعها بضفير أو بحبل من شعر وفي رواية لأبي
داود من حديث علي رضي الله عنه المذكور وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وأجاب الأترازي
عن هذا بأن ذلك محمول على التسبب بأن يكون المولى سبباً في حد عبده بالمرافعة إلى الإمام
وإنما قلنا ذلك لأن ظاهره متروك بالإجماع لأنه يقتضي الوجوب ولا يجب على المولى إقامة
الحد على عبده بالإجماع أما على مذهبنا فظاهر وكذا على مذهبه أي مذهب الشافعي لأنه
يجوز له أن يقيم الحد على عبده ولا يجب عليه ولما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما قلنا
وقال الكاكي وفائدة تخصيص المماليك أن لا يحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع على إقامة
الحد عليهم م ولأن الحد حق الله س فلا يجوز للمولى أن يستوفيه لأنه أجنبي في حقه فلا يجوز له أن
يتصرف في حق غيره م لأن المقصود منه إخلاء العالم عن الفساد س ليتمحض الحكومة إلى يوم التناد
ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيكون الولاية مستحقة بالنيابة والسلطان نائب أما المولى
فولايته بالملك فلا يصلح نائباً عنه وقد طوى الأترازي هنا الكلام بقوله حق ولم قلتم إن
الحد حق الله ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن كونه حقاً لله تعالى ينافي كونه حقاً للعبد
ولم لا يجوز أن يكون حقاً للمولى أيضاً ثم تكلم بكلام طويل يذهل ذهن الناظر فيه ونحن نقول ما قاله
شراح الشريعة ملخصاً وهو أن الحق يستعمل غير مضاف ومعناه الوجود والثبوت ويذكر في مقابلة
الباطل فيقال هذا حق وهذا باطل ويستعمل مضافاً وهو ما يستحقه الغير ويطلب منه رعاية
جانب الغير على الوجه اللائق به فإن حق الله ما طلب منه رعاية جانبه على وجه يليق به وهو تعظيم
وامتثال أمره وحق الإنسان ما يطلب منه رعاية جانبه على وجه يليق به وهو كونه نافعاً في حقه
دافعاً للضرر عنه وإنما قلنا حق الله لأن الجناية وردت على حقه لأن حرمة الزنا وشرب الخمر حق الله
ولهذا لا يحل فيه رضى العبد ولا يسقط بإسقاطه والواجب بالجناية على حق الغير يكون حقاً لذلك الغير
وكذا يستحب للإمام الإخفاء لأن فيه الدرء عن الجاني ولا يستحق له ذلك في حق العبد ولا يتمكن من استيفاء
كل حق الأضاحية أو نائبه لما فيه غيره من الحقوق وقياسه على التعزير لا يصح لأنه حق العبد والمقصود
منه التأديب ولهذا يعزر من لا يخاطب بحقوق الله تعالى كالصبي م ولهذا س أي ولأجل كون
الحد حق الله تعالى م لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائبه كالشرع وهو الإمام س أي خليفته
م أو نائبه س كالقاضي ونحوه م بخلاف التعزير س جواب عن قول الشافعي فصار كالتعزير بيانه أن التعزير
يفارق الحد م لأنه حق العبد ولهذا س أي ولكونه حق العبد م يعزر الصبي وحق الشرع س أي الحال
أن حق الشرع م موضوع عنه س لأنه غير مخاطب م وإحصان الرجم س قيد به احترازاً عن إحصان القذف
فإنه غير هذا على ما يجيء والإحصان والتحصين في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من بأسكم وقال تعالى
في قرى محصنة وقيل الأصل الدخول في الحصن وورد في الشرع بمعنى الإسلام وبمعنى العقل وبمعنى
الحرية وبمعنى التزوج وبمعنى الإصابة في النكاح ويقال أحصنت المرأة أي عفت وأحصنها زوجها
وأحصن الرجل تزوج م أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على
صفة الإحصان س هذا لفظ القدوري في مختصره وشرع المصنف لبيان هذه الشروط بقوله م
فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ لا خطاب دونهما س أي دون العقل والبلوغ لقوله عليه
السلام رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق
فعقلاً ولأن الرجم عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة م وما وراءهما س أي وما وراء العقل والبلوغ من
الشرائط م يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة س وذلك لأن الرجم نهاية في العقوبة فيكون
سببه نهاية في الجناية أيضاً لأن المسبب أبداً يثبت بحسب ثبوت السبب حساً وشرعاً وقبائح الجناية

إنما يكون إذا وجدت هذه الشرائط في الزاني إذ عند وجودها يتوفر النعم والجناية عند توفر النعم أغلظ وأفحش
أشار إليه بقوله م إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها س أي عند تكثر النعم والنعم التي أنعم الله على عباده من
مال أو رزق هذا في الجمهرة وفي الاصطلاح يعني بها النعم الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق
وذلك الغير م وهذه الأشياء س أي الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول بها في نكاح صحيح وهما على صفة
الإحصان م من جلائل النعم س أي من عظائمها م وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها س أي عند استجماع
هذه الأشياء م فيناط به س أي يتعلق الرجم باستجماع هذه الأشياء فإذا وجد الزنا عند استجماعها يجب
الرجم م إلا أن بخلاف الشرف والعلم س جواب عما يقال لما كانت الأشياء المذكورة من جلائل النعم كان
الشرف والعلم أيضاً من جلائل النعم فينبغي أن يكونا من شرائط الإحصان فأجاب عنه
بقوله بخلاف العلم والشرف م لأن الشرع ما ورد باعتبارهما س وإنما لأنهما لا ينضبطان لأنه ليس لهما حد
معلوم والشرف علو الحسب وحسب الرجل مآثر آبائه م ونصب الشرع بالرأي متعذر س أي لا دخل
للرأي في نصب الشرع لأنه وظيفة الشارع م ولأن الحرية س دليل آخر على الاقتصار على تلك الشرائط
بخلاف العلم والشرف يعني أن الحرية ممكنة من الاستغناء عن الزنا دون غيرهما في العلم والشرف س من
التمكين م من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن س من التمكين أيضاً من الوطء الحلال والإصابة
س أي الدخول بالنكاح الحلال م يشبع بالحلال س أي يشبع الزوج من الزنا بكسر الشين وفتح الباء يعني
يحصل بالنكاح الصحيح تمكنه كالوطء الحلال وبالدخول يحصل الشبع م والإسلام يمكنه س من
التمكين أيضاً م من نكاح المسلمة س يعني الإسلام يحصل به المكنة من نكاح المسلمة م ويؤكد س أي
الإسلام م اعتقاد الحرمة س فكان كل واحد منها نعمة فيشترط في إحصان الرجم ليكون وجوب الرجم
المتناهي في العقوبة بعد تكامل النعمة م فيكون الكل مزجرة عن الزنا س قال الأترازي أي سبب الزجر
قلت المزجرة مصدر ميمي بمعنى الزجر م والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ س يعني مع وجود توافر
الزواجر عن الزنا تكون الجناية أغلظ يعني أشد وهو الرجم والزواجر جمع زاجرة وأراد بها فوائد ولأن
الجزاء إلى هنا فافهم ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً
والعقوبة عاجلاً من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة مانع للزوج عن النظر إلى غيرها والشرف
رادع عن الحرق ومعرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه والجواب أن المسلم الثاني فيهما
خارج عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا يكون معتبراً م والشافعي
يخالفنا في اشتراط الإسلام س حيث يقول الإسلام ليس بشرط في الإحصان وبه قال أحمد وأبو يوسف
في رواية ومذهب مالك كقولنا إنه شرط م وكذا أبو يوسف س أي وكذا يخالفنا أبو يوسف أيضاً في اشتراط
الإسلام م في رواية س وهي غير ظاهر الرواية وثمرة الخلاف أن الذمي الثيب الحر إذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم
وعند الشافعي رحمه الله يرجم قال بقوله يرجم م لهما س أي للشافعي ولأبي يوسف م ما روي أن النبي صلى الله
عليه وسلم رجم يهوديين قد زنيا س هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر رضي الله عنهما مختصراً ومطولاً
وفيه فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما م قلنا كان ذلك س أي رجم النبي عليه السلام م ومن أشرك بالله
فليس بمحصن س هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه أخبرنا عبد العزيز بن محمد ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر
رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن وقال إسحاق رفعه مرة فقال عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ورواه الدارقطني من طريق إسحاق بن راهويه س أي يؤيد النسخ
قوله عليه السلام س أي قول النبي عليه السلام م قال الأترازي ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر ذكر الحديث وكأنه
لم يطلع على شيء غير ذلك قال ولنا ما روى أصحابنا ولم يذكر شيئاً غير ذلك م والمعتبر في الدخول س يعني في قوله
نكاحاً صحيحاً ودخل بها م الإيلاج س أي الإدخال وأصله الإولاج قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها
لأنه من ولج ولوجاً أي دخل وأولج إيلاجاً أي أدخل م في القبل س أي الفرج م على وجه يوجب الغسل س يعني
بالتقاء الختانين لأنه لا يحمل فيه نظر لأنه ينافي ما تقدم من قوله والإصابة بنعم بالحلال فإن الشبع إنما يكون
بالإنزال دون الإيلاج عرف ذلك من حدث وقاعه حيث قال عليه السلام لا حتى تذوقي عسيلته
انتهى قلت لا وجه لنظره لأنه ذهل عما قاله الأصحاب أن الشرط الدخول في التحليل والشرط الإيلاج
دون الإنزال لأنه كمال والشرط أن يكون موجباً للغسل وهو التقاء الختانين والعسيلة كناية عن اللذة

الجماع دون الانزال وعند الحسن البصري في قوله العسيلة الانزال م وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول
ش اي في الزوج والزوجة يعني شرطت في قول المصنف وهي ودخل بها وهما على صفة الاحصان وفايدته اشار اليه
بقوله م حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا ش وفي الطهاير
في الكافي قال ابو يوسف يكون محصنا بجماع الكافرة هذا مخالف الرواية عن ابي يوسف وروى الطحاوي الكرخي
في ظاهر الرواية عن ابي يوسف ان النصارى يحصن بعضهم بعضا وان المسلم يحصن النصرانية وهي لا تحصن
المسلم م وكذا اذا كان الزوج ش هو ايضا من فايدة شرط الاحصان فيهما عند الدخول اي وكذا لا يكون
الزوج محصنا اذا كان م موصوفا باحدى هذه الصفات ش وهي الكفر والرق والجنون والصبي م
وهي ش اي والحال ان المراة م حرة عاقلة بالغة مسلمة لان النعمة بذلك ش اي بما ذكر من الحرية والعقل
والبلوغ والاسلام م لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية
لقلة رغبتها ش اي رغبة الزوجين م فيه ش اي في الصبي م وفي المملوكة ش اي ينفر الطبع
م المملوكة م حذرا عن رق الولد ولا ايتلاف مع اختلاف الدين م فلا يتكامل النعمة ما لم يتصف كل
العوارض فان قلت كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمراة مسلمة قلت يتصور فيما اذا كان
كافرين فاسلمت المراة ثم دخل بها الزوج قبل ان يعرض القاضي الا با عليه
الاسلام م وابو يوسف يخالفنا في الكافرة ش حيث يقول المراة الكافرة لا تمنع احصان الرجل وقد
تقدم الكلام قبله م والحجة عليه ش اي على ابي يوسف ما ذكرناه ش وهو قوله عليه السلام من اشرك بالله
فليس بمحصن م وقوله عليه السلام عطف على قوله ما ذكرناه اي الحجة على ابي يوسف ما ذكرناه وهذا
الحديث ش اي وقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة
ولا الحرة العبد ش قال الاترازي هذا الحديث ذكره مرسلا مكحول في باب الاحصان في مبسوط
شمس الائمة السرخسي ولكن بهما في الاصل لا تحصن الرجل المسلم الا المراة الحرة العفيفة ش المسلمة اذا
دخل بها قال بلغنا ذلك عن عامر وابراهيم النخعي وقال الاكمل ذكره هكذا شمس الائمة السرخسي مرسلا
في مبسوطه قلت هذا الحديث غريب ليس له اصل وروى ابن ابي شيبة في مصنفه من طريق
الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه وابن عدي في الكامل من حديث ابن ابي مريم عن سعيد
ابن ابي طلحة عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج يهودية فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا تتزوجها
فانها لا تحصنك قال الدارقطني وابو بكر بن ابي مريم ضعيف ومنقطع قال ش اي القدوري م ولا يجمع
في المحصن بين الجلد والرجم ش هذا لفظ القدوري وقال المصنف م لانه عليه السلام ش اي لان النبي
صلى الله عليه وسلم لم يجمع ش اي بينهما لان في حديث ماعز الرجم فقط وليس فيه الجلد حتى ان الاصوليين
استدلوا على تخصيص الكتاب بالسنة فانه عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده لان اية الجلد شاملة المحصن
وغيره وهو قول مالك والشافعي والزهري والاوزاعي والنخعي والثوري وابي ثور واحمد في رواية وعن احمد
في رواية وداود يجلد مائة ثم يرجم واختاره ابن المنذر من اصحاب الشافعي لما روى مسلم عن عبادة بن
الصامت رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن
سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وروى احمد بن البيهقي من
رواية الشعبي عن علي رضي الله عنه انه جلد شراحة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدها بكتاب
الله عز وجل ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجيب عن حديث عبادة بانه منسوخ
لان اول اية نزلت في هذا الباب قوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله او يجعل الله لهن
سبيلا ثم بقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا الحديث ولم يكن بين الحديث وبين الاية
حكم اخر ثم حديث ماعز يكون متاخرا عن حديث عبادة لا محالة والحكم المتاخر ينسخ المتقدم لا محالة
اذا كان بين التكليفين تنافي فان قلت كيف تصح دعوى النسخ وحديث علي يرد هذا قلت قد ثبت اجماع
الصحابة قبل ذلك خلافا له في خلافة عمر رضي الله عنه فاجماعهم اولى من تفرده وحكم بعد الاجماع المنعقد
وذلك ان عمر رضي الله عنه في خلافته رجم ولم يجلد بمحضر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يخالفه
احد فكان الاجماع وجواب اخر يحتمل ان يكون علي رضي الله عنه جلدها لانه لم يثبت عنده احصانها ثم لما
ثبت احصانها رجمها وقال الجلد بكتاب الله تعالى وهو قوله الزانية والزاني فاجلدوا وبما الاية

وجهها بالسنة حين ثبت الاحصان وقال الحازمي في كتابه روى حديث ماعز جماعة كسهل بن سعد وابن عباس
ونفر باخر اسلامهم وحديث عبادة كان في اول الامر بين الزمانين مدة م ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم
يعني اذا حصل الرجم يحصل العقوبة المتناهية وهو الرجم فلا حاجة الى ما دونه وهو الجلد م لان زجر غيره
يحصل بالرجم اذ هو ش اي المرجوم م في العقوبة اقصاها ش لانه لا عقوبة فوقها م وزجره ش
اي عن الزاني م لا يحصل بعد الهلاك ش يعني ان كان الزجر للزاني فزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون فلا يجمع
بينهما قال ش اي القدوري م ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي ش وقال المصنف والشافعي يجمع بينهما ش اي
بين الجلد والنفي م حدا ش اي من حيث الحد يشير به الى ان النفي عندنا يجوز بطريق التعزير والسياسة م
لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ش اي الحول النبي
صلى الله عليه وسلم وهو حديث مسلم عن عبادة بن الصامت وقد مر عن قريب وروى البخاري عن زيد بن خالد
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امر فيمن زنى ولم يحصن بجلد مائة وتغريب عام والبكر بكسر الباء خلاف الثيب
ويقال على الرجل والمراة ومعنى البكر بالبكر حد زنا البكر او زنا البكر بالبكر جلد مائة ويقول الشافعي قال
احمد وهو قول الثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وعبد الله بن المبارك واسحق قالوا الجلد ونفي سنة ان كان
البكر حرا وفي العبد ثلاثة اقوال عن الشافعي في قول يغرب ستة اشهر وفي قول سنة وفي قول لا يغرب اصلا
بل يجلد خمسين وقال مالك يجمع بينهما في الرجل دون المراة والعبد وعن الشافعي في قول يغرب المراة مع محرم
واجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول وان امتنع المحرم فيجبر السلطان على الخروج معها وقيل لا
واذا كانت الطريق امنة ففي تغريبها بغير محرم وجهان ولا ينقص في مسافة الغربة عن مرحلتين وله
الخيار في جهات السفر فان رجع الغريب الى بلده لم يتعرض له واذا عاد المغرب يخرج باقيا ولا يحتسب
المدة الماضية ومن نفي يحبس في الموضع الذي ينفى اليه م ولان فيه ش اي في النفي م حسم باب
الزنا ش اي قطعه م لقلة المعارف ش لان الزنا انما يكون بالمصاحبة والمحادثة مع الاحباب
والحباب عند فراغ القلب والغربة تفوت هذه الاشياء وتمنع عنها م ولنا قوله تعالى فاجلدوا
جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفا ش بانه ان الله تعالى جعل جزاء كل واحد من الزانية
والزاني الجلد لا غير وهذا لان الفا للجزاء والجزاء عبارة عن الكافي فينبغي وجوب غيره كما اذا قال لامراته
ان دخلت الدار فانت طالق واحدة فاذا وجد الشرط يقع طلاق واحدة لا غير لانها هي الجزاء فلا تجب
النفي اذا م او الى كونه كل المذكور ش اي او رجوعا الى كون الجلد كل المذكور في الاية لان المذكور فيها
هو الجلد لا غير واذا كان كل المذكور يكون كل الموجب لانه لو كان يجب شيء اخر لبينه لان الموضع
موضع يحتاج اليه في البيان وترك البيان في مثل هذا الموضع لا يجوز للنوم الاخلال م وان كان في
التعليل التعريض شرح باب الزنا لانعدام الاستحيا من العشيرة م ش هذا جواب عن قول الخصم ولان فيه
حسم باب الزنا الى اخره بيانه ان الانسان يمتنع عن الزنا في بلده استحياء من اقاربه وعشايره
ويحصل بتعارفه ففي الغربة يرتفع الحيا فيقع في الفاحشة ويفتح له باب الزنا كمن لا يستحي منهم
وان كان النفي للمراة يحتاج الى النفقة لا محالة وهي عاجزة عن الكسب فيتحمل الزنا مكسبة فيقعد
بحيث ذلك اقبح وجوه الزنا واخبثها واشار الى قولنا وان كان النفي للمراة الى اخره بقوله م ثم فيه ش اي
في النفي م قطع مواد البقاء ش فهو الكسب لما يحتاج اليه من الماكول والمشروب م فربما تتخذ ش اي المراة م
الزنا مكسبة لانها لما تباعدت عن الاقارب والاوطان ونزلت في الرباط او الخان اخرجها انقطاع
مواد المعاش الى اتخاذ الزنا مكسبة لانقطاع الموانع والملامح من العشاير م وهو من اقبح وجوه الزنا
ش يعني هذا اقوى مما قاله الخصم م وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه ش كحديث بكسر الجيم وفتحها
قال الكاكي يعني رجحها قول علي رضي الله عنه واللام للتعليل وقال الاكمل مرجحة نقل بفتح الجيم وكسرها
فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه الصحة
ما قلنا ووجه الكسر ان الخصم ينكر صحة نقل قول علي وقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل مرجحة
صحة قول علي فكانت اللام للعلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكوة فاعلون وفي
الوجه الاول كانت للتعليل ثم قال ملخصا من كلام السغناقي فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لا
يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت علة اجيب بان هذه الجهة ليست بمستقلة في التحليل كذلك

ما فيه مع ان النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل بوجه يعمهما ليعمهما وما ارى اختيار المصنف لفظ الجمع على لفظ العلة الا لهذا م كفى بالنفي فتنة س هذا رواه عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الاثار قالا اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر قال يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي رضي الله عنه حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن الشيباني اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة م والحديث منسوخ كشطره س اراد بالحديث قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو منسوخ كشطره اي كشطر الحديث م وهو قوله الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة س في الجواب من الخصم انه عمل في الحديث الواجب بان نصفه منسوخ ونصفه م وقد عرف طريقه س اي طريق نسخ قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام م في موضعه س يعني في طريقة الخلاف قال الاترازي وقال الكاكي في موضعه من المباسط والتفاسير وكتاب الناسخ والمنسوخ ثم ان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين ان الناسخ ما هو والناسخ حديث ماعز وقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الاية عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ولو كانت هذه الاية نزلت من قبل لقال خذوا عني القران فدل على ان الاية متاخرة ناسخة لحديث التغريب م الا ان يرى الامام مصلحة س استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام مصلحة للنفي م فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة س لا على انه حد م لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه للامام س وهذا لا يختص بالزنا بل يجوز ذلك في كل جناية الا يرى انه عليه السلام نفى هيت المخنث من المدينة ونفى عمر رضي الله عنه نصر بن الحجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول ٭ هل من سبيل الى خمر فاشربها ٭ وهل من سبيل الى نصر بن حجاج ٭ الى فتى ماجد الاعراق يضي صورته في الحالك الداجي وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فقال يا امير المؤمنين ما لي من ذنب لكن وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك قلت القائلة هذا الشعر هي الفريعة بنت همام ام الحجاج يوسف كانت تحت المغيرة بن شعبة ونصر بن حجاج كان من بني سليم وكان جميلا والجمال ولما سمع عمر ذلك سيره الى البصرة وكان عمر رضي الله عنه سمع قائلا ايضا بالمدينة يقول اعوذ برب الناس من شر معقل اذا معقل راح البقيع مرجلا يعني معقل بن سنان الاشجعي وكان جميلا قدم المدينة فقال عمر رضي الله عنه الحق ببادتيك تعال رجل شعره بالجيم اذا جعده م وعليه س اي على ما ذكر من التعزير والسياسة م يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم س روى الترمذي حدثنا ابو كريب ويحيى بن اكثم قالا انا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله بن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وان ابا بكر رضي الله عنه ضرب وغرب وان عمر رضي الله عنه ضرب وغرب وقال حديث غريب وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا جرير بن مغيرة عن ابن ... مولى النعمان قال جلد عثمان رضي الله عنه امراة في زنا ثم ارسل بها مولى له يقال له المهدي الى خيبر نفاها م واذا زنى المريض وحده الرجم س اي والحال ان حده الذي استحق به رجم م رجم في الحال لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وهذا باتفاق الائمة الاربعة وعن بعض اصحاب الشافعي من وجه ان ثبت زناه بالاقرار يؤخر الى ان يبرا لانه بسبيل من الرجوع وربما رجع ولكن المشهور عنهم ان الرجم لا يؤخر م وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرا كي لا يفضي الى الهلاك س وهذا اذا كان مرضا يرجى زواله وعن ابن القطان من اصحاب الشافعي انه لا يؤخر ويضرب في المرض بحسب ما يحتمله وبه قال احمد وعن احمد انه يؤخر لقول العامة وان كان مرضا لا يرجى زواله كالسل ومخدوج الخلقة اي ضعيف الخلقة لا يحتمل السياط فعندنا والشافعي واحمد يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب دفعة واحدة او يضرب بمائة سوط تجمعه ضربة واحدة ذكره في المحيط وفيه ولهذا لا يقام الحد في الحر الشديد والبرد الشديد وبه قال الشافعي بل يؤخر الى زمان اعتدال الهواء وقال مالك رحمه الله يضرب المريض مائة سوط متفرقات بحسب ما يحتمله وان لم يمكن اخر م ولهذا س اي لاجل الافضا الى الهلاك م لا يقطع س اي يد السارق م عند شدة الحر والبرد س لخوف التلف واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها س سواء كان حدها جلدا او رجما م كيلا يؤدي الى اهلاك الولد وهو

نفس

نفس محترمة س والحد شرع زاجرا لا متلفا م وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها س اي فلا يحد حتى تخرج من نفاسها وقوله حتى تتعالى لفظ القدوري فكذلك بقوله م اي ترتفع يريد به الخروج منه س اي يريد القدوري بقوله تتعالى الخروج منه اي من النفاس م لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل س وهذا ظاهر الرواية م وعن ابي حنيفة رضي الله عنه يؤخر س اي الرجم م الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته س اي بتربية الولد وبه قالت الثلاثة ولو ادعت انها حبلى لا يقبل قولها لكن القاضي يريها النساء فان قلن حبلى حبسها الى حولين فان لم تلد رجمها للتيقن بكذبهن ولو وجدت امراة لا زوج لها حبلى فلا يجب عليها الحد وبه قال الشافعي ومالك واحمد وقال مالك يجب عليها الحد م لان في التاخير س اي في تاخير الرجم م صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام س اي ان النبي صلى الله عليه وسلم م قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك س هذا بهذا اللفظ غريب وهو في مسلم عن بشير بن المهاجر عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله اني زنيت فطهرني وانه ردها فلما كان الغد قالت يا رسول الله لعلك تردني كما رددت ماعزا فوالله اني لحبلى فقال اما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يا رسول الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها م ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس س وقال الحاكم الشهيد في الكافي فان ادعت انها حبلى اراها القاضي النساء فان قلن هي حبلى حبسها الى سنتين ثم رجمها واذا شهدوا عليها بالزنا فادعت انها عذراء او رتقاء نظر اليها النساء فقلن هي كذلك درئ عنها الحد ولا حد على الشهود ايضا وكذلك المجبوب ولا حد على قاذفه ويقبل في الرتقاء والعذراء والاشياء التي تمارسها بقول النساء قول امراة واحدة وفي العتابي والولوالجي والمثنى احفظ م

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

س اي هذا باب في بيان حكم الوطي الذي يوجب الحد وفي بيان حكم الوطي الذي لا يوجب الحد م قال س اي المصنف قال الاترازي اعلم اولا ان وضع كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع الصغير والقدوري ففي كل موضع يذكر لفظ قال يريد به محمدا او القدوري وربما ذكر لفظ قال ولم يرد به احدا منهما فكان ذلك في موضعه وكان ينبغي ان يقول قال العبد الضعيف باسناد الفعل الى نفسه او يقول اعلم ان الوطي الموجب للحد وهو الزنا حتى يرتفع الالتباس انتهى قلت هذا كلام عجيب منه صادر من غير تامل لان المصنف لما ذكر لفظ قال فقط لا يقول قال محمد او قال القدوري بل يقول قال على السكت لانه يعلم انه فاعل قال محمد والقدوري من المسئلة المتوجه به بان كانت المسئلة من مسائل القدوري يعلم ان فاعل قال هو القدوري وان كانت من مسائل الجامع الصغير يعلم ان فاعله هو محمد وان لم تكن منهما يعلم ان فاعله هو المصنف فالذي له اهلية للنظر في الهداية يميز بين قال وقال من هو فاعلهما ومن قال ان الذي فاعله المصنف فلا يحصل له الالتباس لان التمييز يحصل من المسائل والذي ليس له اهلية في ذلك لا يعرف الهر من البر ولا ينبغي له ان يشتغل بالهداية لانه لا يهتدي بالهداية م الوطي الموجب للحد هو الزنا س لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة م وانه س اي وان الزنا م في عرف الشرع س اي في اصطلاح الشرع م واللسان س اي وفي عرف اللسان وهو اللغة م وطء الرجل المراة في القبل س قيد بهذا لان العرب لا يسمون ما يجري بين الذكرين من الوطي زنا بل يسمونه لواطا لان كل فعل له اسم خاص ممن اتى في القبل يقال انه زنى ومن اتى في الدبر يقال انه لاط م في غير الملك وشبهة الملك س حتى يكون حراما في الاطلاق وينبغي ان يكون واحد منهما مشتهى لان وطي البهيمة والميتة لا يسمى زنا لعدم كونهما مشتهيين ولذلك وطي الصبي والمجنون وينبغي ان يكون عاريا عن الحل لان وطي الامة المشتركة وان كان حراما لوقوع التصرف في ملك الغير بدون الاذن ولكن لا يكون زنا لانه لا يعرى عن شبهة الحل لكون بعض التصرف في ملك الواطي قال ... شان الحد ان يطرد وينعكس لان الزنا يصدق في فعل المراة هذا الفعل والتعريف ليس بصادق عليه قلت هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمراة داخلة فيه تبعا بسبب التمكين حلو عام لانه فعل محظور س

اي لان الزنا فعل حرام فان قلت هذا تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات
التعريف وانما هو لبيان اعتبار اسم انتفاء الشبهة في تحقق الزنا وتقرير كلام المصنف انما اعتبر ذلك لان
يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون
وجه فلا يوجب عقوبة كاملة م والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهة الملك يؤيد ذلك قوله
عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ش هذا الحديث بهذا اللفظ
غريب وذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رضي الله عنه وفي مسند ابي حنيفة رضي الله عنه عن ابن عباس
رضي الله عنهما واخرج ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن منصور عن الحارث عن ابراهيم قال
قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات
حدثنا عبد السلام عن اسحق بن ابي فروة عن عمرو بن شعيب عن ابيه ان معاذ وعبد الله بن مسعود
وعقبة بن عامر قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه واخرج عن الزهري قال ادفعوا الحدود بكل شبهة
والعجب من الكاكي حيث قال هذا الحديث يعني الذي ذكره المصنف متفق عليه تلقته الامة بالقبول
م ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه ش وهو ان يشتبه عليه الحال بان يظن انها
حلال له م وشبهة في المحل ش وهي ان يكون الشبهة ناشئة في المحل بان يكون في المحل شبهة ملك الرقبة
او ملك البضع م وتسمى ش اي هذه الشبهة م شبهة حكمية ش باعتبار ان المحل اعطي له حكم الملك
في اسقاط الحد وان لم يكن الملك ثابتا حقيقة وذكر التمرتاشي والمرغيناني الشبهة الحكمية تسمى ايضا
شبهة الملك وهي عبارة عن قيام العلة بلا عمل لمانع اتصل بها وهي مانعة الحد على التقادير كلها وفي المحيط
الشبهة ثلاثة شبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد م فالاولى ش اي الشبهة الاولى م
تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ش كما ظن ان جارية امرأته تحل له
بناء على ان الوطي نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطي م ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه ش فيكون
محققا بالنسبة الى الظان م والثانية ش اي الشبهة الثانية م تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته
ش مثل قوله عليه السلام انت ومالك لابيك م ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده ش والحد يسقط بالنوعين
لاطلاق الحديث ش وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات م والنسب يثبت في الثاني ش
اي المذكور الثاني وهو شبهة المحل م اذا ادعى الولد ش لان الفعل لم يتمحض زنا بالشبهة في المحل فيثبت نسب
الولد بالدعوة لان النسب مما يحتاط في اثباته م ولا يثبت في الاولى وان ادعاه ش اي لا يثبت النسب
في الشبهة في الفعل وان ادعى الولد لانه لا حق له في المحل فوقع الفعل زنا الا انه سقط الحد
لدعوى الاشتباه وان لم يدع الظن وجب الحد وفي الولوالجي ولو ادعى احدهما الظن ولم يدع الاخر
فلا حد عليهما لان الشبهة في احد الجانبين تتعدى الى الاخر وفي الكافي فهذا ليس يجري على
العموم فان في المطلقة الثلاث يثبت النسب لان هذا وطي في شبهة العقد فيكفي ذلك لاثبات
النسب ذكره التمرتاشي وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلاثا م لان
الفعل في الاولى تمحض ش اي خلص من المحض وهو اللبن الخالص الذي لا يخالطه شيء م زنا في الاولى
وان سقط الحد لامر راجع اليه ش اي الى الواطي م وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية ش
اي الشبهة في المحل لوجود الدليل الشرعي على حل الوطي وان لم يثبت الحل فلذلك عمل حكمه في الظن وعدمه
في سقوط الحد لما ان الملك اذا ثبت بوجه لم يتم معه اسم الزنا من كل وجه وما قيل في المحيط وفي
الكافي وشبهة في العقد راجع الى شبهة الدليل وهي شبهة في المحل ولهذا قيل سمي شبهة الملك م فشبهة
الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه ش وكذا جارية جده وان علا م وامه ش اي وجارية امه وكذا جارية
جدته وان علت م وزوجته ش اي وجارية زوجته م والمطلقة ثلاثا ش اي وجارية مطلقته ثلاثا
م وهي في العدة ش اي والحال انها في العدة فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقة ثلاثا حتى لا حد
اذا قال ظننت انها حلال لي اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث في
النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين
فان قيل بين الناس اختلاف في ان من طلق امرأته ثلاثا هل يقع او لا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط
الحد اجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه قلت ثم

الزيدية من الروافض ان من قال الثلاث جملة لا يوجب الحرمة الغليظة والفرق بين الخلاف والاختلاف
ان الاختلاف يستعمل في قول بني على دليل والخلاف فيما لا دليل عليه م وبائنا ش اي والمطلقة طلاقا بائنا
بالطلاق على مال وهي في العدة ش اي والحال انها في العدة وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن
على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على ما يجيء م وام الولد اعتقها مولاها وهي
في العدة ش لان اثر الفراش وهو العدة باق لمولاها فكان الظن في موضع الاشتباه كما في المطلقة ثلاثا
م وجارية المولى في حق العبد ش وشبهة العبد في جارية مولاه انبساط يد العبد في مال مولاه والخادم
من ماله فكان له ان يظن حل الانبساط فيها بالوطي م والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود
ش يعني اذا قال المرتهن ظننت انها حلال لي لا يحد م وهو الاصح ش لان عقد الرهن يثبت ملك اليد حقا
للمرتهن وبه يثبت شبهة الاشتباه كما في العدة من خلع وبه قال الشافعي في قول وفي قول لا يسقط
الحد وبه قال احمد م والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع ش وهي ثمانية مواضع
المذكورة م لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ش لوجود الشبهة في الفعل م ولو قال علمت انها علي حرام يجب
الحد ش لانتفاء الشبهة م والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه ش لقيام مقتضى الملك وهو قوله
عليه السلام انت ومالك لابيك ش وفي الولوالجي وكذا لو وطئ جارية الجد وان علا من قبل الاب لان اسم الاب
يطلق عليه م والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات ش لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية او
بائنة م والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم ش لان اليد التي كان بها مستحقا على الوطي باقية
بعد فصارت شبهة في المحل م والممهورة في حق الزوج قبل القبض ش لقيام ملك اليد م والمشتركة
ش اي الجارية المشتركة م بينه وبين غيره ش لقيام الملك في النصف م والمرهونة في حق المرتهن في رواية
كتاب الرهن ش يعني اذا قال المرتهن ظننت انها حلال لي لا يحد في رواية كتاب الرهن سواء ادعى ظن
الحل او لا كما في الجارية المشتركة وهكذا ذكر ايضا في شرح الجامع والذخيرة وذكر في الايضاح في
المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن لا يحد وذكر في كتاب الحدود انه يحد
ولا يعتبر ظنه م ففي هذه المواضع ش وهي ستة مواضع م لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ش
كلها واصله ما قبله والحاصل ان شبهة المحل هو ان يوجد الدليل قائما في الحقيقة الا ان الحل يتخلف عنه
وشبهة الفعل هي ان لا يكون دليل الحل قائما ولكنه يظنه حلالا لاشتباه الحلال في شيء لا دلالة له
على الحل م ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد ش هذه شبهة اخرى غير الشبهتين المذكورتين
وهي شبهة العقد فانها تثبت بالعقد مطلقا وهي معنى قوله م وان كان متفقا على تحريمه ش يعني
كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه وسواء كان الواطي عالما بالحرمة او جاهلا بها وهو
معنى قوله م وهو عالم به ش اي والحال انه عالم بالتحريم م وعند الباقين ش اي وعند العلماء الباقين م
لا يثبت ش اي لا يثبت الشبهة بالعقد اذا علم تحريمه ش اي تحريم العقد م ويظهر ذلك في نكاح المحارم
على ما يأتيك ان شاء الله تعالى ش وذلك عند قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يحد عند
ابي حنيفة رضي الله عنه م اذا عرفنا هذا ش اي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة بذكر ما يتعلق
بهما من المسائل م فنقول ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال
الملك المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية ش لان زوال الملك اصلا وشبهة الاشتباه ايضا منتفية
لان الواطي يقول علمت انها علي حرام حتى اذا قال ظننت انها تحل لي لا حد عليه ولا على قاذفه حد عليه
الحد وفي الكافي انما قال لزوال الملك المحلل من كل وجه لان عليه الفراق بيد وهو معنى قوله م وقد نطق الكتاب
بانتفاء الحل ش وهو قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره م وعلى ذلك الاجماع ش اي وعلى
انتفاء الحل انعقد الاجماع م فلا يعتبر قول المخالف فيه ش هذا جواب سؤال وهو ان يقال اختلف الناس
في وقوع الثلاث جملة فعند الزيدية من الروافض تقع واحدة وعند الامامية منهم لا يقع شيء ويزعمون
انه قول علي رضي الله عنه فينبغي ان يصير ذلك شبهة في الحد فقال في جوابه ولا اعتبار قول المخالف
فيه لانه غير معتبر م لانه خلاف لا اختلاف ش وقد ذكرنا الكلام فيه عن قريب وقال الامام حميد الدين
الضرير رحمه الله في شرحه الخلاف بين الفرق بين الخلاف والاختلاف ان الاختلاف ان يكون الطريق
مختلفا والمقصود واحدا والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح

الجامع الصغير لاختلاف بين ائمة الرجم والخلاف من اثار البدعة وان اراد به الفرقة المزبورة فالـ
الاتراري وكذا اراده صاحب الهداية ولي فيه نظر لانه لم يثبت من قوانين اللغة ما قالوا ان الخليه
اليوم اختلاف وخالعوا انها لغة وخلافا اذا لم يوافق بعضهم بعضا انتهى قلت نظر نوجه من
من جهة عدم دلالة اللغة على ما قالوا ولكنه لم يوف الكلام حقه فان قول الخلاف من باب المفاعلة
واصله للمشاركة بين اثنين او اكثر والاختلاف من باب الافتعال واصله للاتحاد والكسب وتجي بمعنى
المفاعلة اختصموا بمعنى تخاصموا م ولو قال ظننت انها تحل لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك
قائم في حق النسب س اي ثابت في حق ثبوت النسب حتى لو ولدت باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا المتعقب
بهذا الوطئ فانه لا يثبت م والحبس س اي المنع من الخروج م والنفقة س اي وجوب النفقة وهذا
كله دليل لكون الظن في موضعه فاذا كان كذلك م فاعتبر ظنه في اسقاط الحد م وام الولد س بالرفع على الابتداء
اذا اعتقها مولاها س يعني بعد عتقها م والمختلعة س بالرفع ايضا عطف على ام الولد م والمطلقة على مال
س عطف ايضا على ما قبله وقوله م بمنزلة المطلقة الثلاث س خبر المبتدا وما عطف عليه لو وضح معناه
انه اذا وطئ كل واحدة منهن في العدة وقال علمت انها علي حرام م لثبوت الحرمة بالاجماع س لزوال
الحل من كل وجه وقيام بعض الاثار في العدة س اي بعض اثار الملك مثل وجوب النفقة ومنعها
من الخروج وان قال ظننت انها تحل في هذه الصور لا حد للشبهة لان قيام اثر الملك من العدة
او رث شبهة م ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم طلقها في العدة وقال
علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة فيه س اي في حكم هذا الفصل في الصحابة الذين روي عنهم
في هذا الباب على الاختلاف عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وجابر بن عبد الله
وعبد الله بن عمر وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس وعثمان رضي الله عنهم اما المروي عن عمر رضي الله
عنه واشار اليه بقوله م لمن مذهب عمر انها تطليقة رجعية س واخرجه عبد الرزاق في مصنفه
اخبرنا سفيان الثوري عن حماد عن ابراهيم قال عمر بن الخطاب وابن مسعود ان اختارت نفسها فهي
واحدة وان اختارت زوجها فلا شيء ورواه ايضا عن الشعبي قال قال عمر وابن مسعود انها اختارت
زوجها فلا باس وان اختارت نفسها فهي واحدة وله على الرجعة واما المروي عن زيد بن ثابت فاخرجه
عبد الرزاق ايضا اخبرنا سفيان بن عيينة عن ابي الزناد عن القاسم بن محمد عن زيد بن ثابت انه قال في
رجل جعل امر امراته بيدها فطلقت نفسها ثلاثا فالتي واحدة واما المروي عن جابر فرواه عبد الرزاق
اخبرنا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول في الرجل خير امراته فاختارت نفسها قال
هي واحدة واما المروي عن عبد الله بن عمر فرواه الشافعي رضي الله عنه في مسنده اخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر انه
قال في الخلية والبرية والبتة ان كل واحدة منها ثلاث تطليقات ورواه مالك في الموطا واما المروي عن
علي بن ابي طالب فرواه الدارقطني في سننه عن عطاء بن السائب عن الحسن عن علي رضي الله عنه قال في الخلية والبرية
والبائن والحرام ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره واما المروي عن ابن عباس فرواه عبد الرزاق اخبرنا الثوري
عن ابيه عن الحسن بن مسلم عن ... ابن عباس تقول في الرجل يقول لامراته انت برية انها واحدة واما المروي
عن عثمان بن عفان رضي الله عنه فرواه ابن ابي شيبة عنه وعن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم اذا ملك الرجل
امراته امرها بيدها فالقضاء ما قضت الا ان يناكر الرجل فيقول لم ارد الا واحدة ويحلف على ذلك فيكون
املك بها ما كانت في عدتها واخرجه عبد الرزاق ايضا نحوه م وكذا الجواب في سائر الكنايات س قال
الحاكم الشهيد في الكافي وان ابانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت انها علي حرام فلا حد عليه
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا طلقها تطليقة بائنة ثم وطئها في العدة لا حد
عليه سواء ادعى الشبهة او لم يدع لان الشبهة شبهتان شبهة حكم وشبهة اشتباه فهذا شبهة
حكم لان الصحابة اختلفوا فيه قال بعضهم الكنايات كلها بوائن وقال بعضهم رجعية وجعلها
بعضهم ثلاثا فاورث اختلاف الصحابة شبهة في المحل لا في الواحدة الرجعية حتى الكل فينبغي
هذا ان يثبت النسب بالدعوة على ما اشار اليه الصدر الشهيد بقوله ولا يثبت النسب اذا لم
يدع وذلك لان الفعل لم يقع زنا لبقاء الحل باعتبار الشبهة في المحل ولكن قال فخر الاسلام البزدوي
في شرحه للجامع الصغير ولا يثبت نسب الولد في ذلك كله لانه زنا وانما يسقط الحد للشبهة

لاعقوبة ولا يثبت النسب بالزنا بحال وقال الاترازي كانه جعل هذه الشبهة شبهة الاشتباه
وليس ذلك بصحيح عندي لان الرواية منصوصة في الجامع الصغير وفي الكافي للحاكم انه لا يجب عليه الحد وان
وان قال علمت انها علي حرام فلو كان الامر كما قال فخر الاسلام لوجب عليه الحد لزوال الاشتباه بقوله علمت انها
علي حرام فلما لم يجب علم انه من قبيل شبهة المحل وفي شبهة المحل لا يقع الفعل زنا فيثبت النسب بالدعوة
وكذا اذا نوى ثلاثا س اي وكذا الحكم اذا نوى ثلاثا من الفاظ الكنايات ثم وطئها في العدة يعني لا يحد وان
قال علمت انها علي حرام م لقيام الاختلاف س اي اختلاف الصحابة م مع ذلك س اي مع نية الثلاث لان اختلاف الصحابة
لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد م ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده
وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشات عن دليل س وسواء ادعى الشبهة او لم يدع واما
الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يجب الحد ولا يثبت النسب ايضا اذا كان الاب حيا لانه محجوب بالاب
وسقوط الحد لقرابة الولاد وذكر البزدوي اذا وطئ جارية حافده والاب في الاحياء لا يجب الحد م وهو قوله
عليه السلام س اي الدليل هو قوله النبي صلى الله عليه وسلم م انت ومالك لابيك س هذا الحديث روي عن جماعة
من الصحابة عن عمر بن الخطاب اخرج حديثه البزار في مسنده عن سعيد بن المسيب عنه وعن جابر اخرج
حديثه الطبراني في الصغير والبيهقي في دلائل النبوة مطولا عن محمد بن المنكدر عنه وفيه انت ومالك لابيك
وعن سمرة بن جندب اخرج حديثه البزار في مسنده والطبراني عن الحسن عنه نحوه وعن ابن مسعود اخرج
حديثه الطبراني في معجمه عن علقمة بن قيس عنه نحوه وعن ابن عمر رضي الله عنهما اخرج حديثه ابو يعلى في
مسنده عن ابي اسحق عنه نحوه وعن عائشة رضي الله عنها اخرج حديثها ابن حبان في صحيحه عن عطاء عنها نحوه م
والابوة قائمة في حق الجد س بين لك ان حكم الجد مثل حكم الاب في عدم وجوب الحد وان كان الاب حيا ولكن
لا يثبت النسب وقد ذكرناه الان م ويثبت النسب منه س اي من الاب م وعليه قيمة الجارية لانه يملكها عند
ثبوت النسب ولا عقر عليه لانه لما ملكها بجميع القيمة سقط العقر لانه ضمان الجزء م وقد ذكرناه س اي في
باب نكاح الرقيق م واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي لا حد عليه ولا على قاذفه
وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد س اي وكذا حكم العبد بالتفصيل المذكور م لان بين هؤلاء انبساطا في
الانتفاع س لان الابن يتناول مال ابويه وينتفع به في الاكل والتصرف وكذا الزوج في مال الزوجة وكذا
العبد في مال مولاه فلما جرى الانبساط بينهم اشتبه الوطئ فاذا ادعى الاشتباه سقط الحد للشبهة لكن
لا يثبت النسب لان الفعل زنا في الواقع واذا قال علمت انها علي حرام حد لزوال الاشتباه ولا يحد قاذف الابن
والزوج والعبد بعد الحرية لان الفعل وقع زنا الا ان الحد سقط للشبهة وقاذف الزاني لا يحد وقال في
الاجناس قال في امالي الحسن قال ابو حنيفة اذا زنى بجارية امراته وقال ظننت انها لي حلال عليه
العقر ولا حد عليه ولا يثبت نسب الولد ان جاءت به صدقته المراة او لم تصدقه ولو قال علمت انها علي حرام
لا عقر عليه وعليه الحد ولا يثبت النسب م وظنه في الاستمتاع س اي وظن الواطئ الانبساط في الانتفاع
الكلا واستعمالا في حل الاستمتاع بالجارية فيه فكان س اي ظنه م هذا م شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة
فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي س معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لي فلا حد
عليه م لم يدع م في الظاهر س متصل بقوله وكذا اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية م لان الفعل واحد س اي لان
فعلهما واحد فاذا سقط عنها سقط عنه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجارية اذا ادعت الحل ولم يدع
الفحل حد لان المراة تابعة في فعل الزنا فالشبهة المتمكنة في جانب التابع لا تعتبر في جانب الاصل بخلاف
ما اذا ادعى الرجل الظن لانه اصل في الفعل فيورث شبهة في التابع قلنا ولما كان الفعل واحدا وردت
الشبهة في احد الجانبين يكفي لاسقاط الحد عن الاخر فان قيل يشكل بما لو زنى البالغ بصبية حيث
يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل واحد قلنا سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الاهلية
للعقوبة لا باعتبار الشبهة في الفعل وفيما نحن فيه باعتبار الفعل فيؤثر في الجانب الاخر لا محالة م وان وطئ
جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال بينهما س فلا يعتبر دعوى الظن
وكذا سائر المحارم س اي وكذا الحكم وهو وجوب الحد م سوى الولاد س اي سوى قرابة الولاد كالخال والخالة
ونحوهما لهذا المعنى م لما بينا س اي قوله لانه لا انبساط في المال بينهما بخلاف ما لو سرق من بيت هؤلاء حيث
لا يقطع لان الحرز لم يتحقق في حقه لدخوله في بيت هؤلاء بلا استيذان عادة حسبة والقطع دائر مع هتك

الحرز م ومن زفت اليه غير امراته وقال النسا انها زوجتك فوطئها لاحد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي بن ابي
طالب رضي الله عنه س هذا غريب جدا قوله زفت على صيغة المجهول اي بعثت من باب نصر ينصر قوله وقال
النسا انها زوجتك فوطئها بتذكير الفعل لان تانيث الجمع ليس بحقيقي قال تعالى حتى اذا جاءك المومنات
وفي بعض النسخ وقلن النسا قال الاترازي لا يجوز الا على ضعف قلت حكى سيبويه ذلك من غير قيد بضعف
كقولهم اكلوني البراغيث م وبالعدة س اي وقضى بوجوب العدة م ولانه س اي ولان المزفوف اليه م اعتمد
دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امراته وبين غيرها في اول الوهلة س بفتح
الواو وسكون الهاء فقال لقيته اول وهلة اي اول كل شي يعني لا يميز في اول الوهلة الا بالاخبار م
وخبر الواحد مقبول في امر الدين والمعاملات وطء الا اذا جاءت الجارية وقالت بعثني مولاي اليك هدية حل
وطئها اعتمادا على قولها ذكره الاترازي واما وجوب المهر فلان البضع لا يخلو من احد الموجبين اما الحظر
المحل اما الحد واما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر وقال الاترازي هو موقوف بعضا على رضي الله عنه وروى
اصحابنا في كتبهم كذلك ويثبت نسب الولد ان جاءت به ولست كالتي تجربها وقال حسبتها امراتي حيث
لا يثبت نسب ولدها ويجب عليه الحد وبه صرح الحاكم في الكافي م فصار كالمغرور س اي صار الذي
زفت اليه غير امراته فوطئها كالمغرور وهو الذي وطئ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح ثم استحقت فلا
يجب عليه الحد للاشتباه فكذا الذي زفت اليه غير امراته لهذا المعنى م ولا حد قاذفه س اي لا يحد قاذف
الذي زفت اليه غير امراته فوطئها في ظاهر الرواية م الا في رواية عن ابي يوسف س حيث قال انه يحد م
لان الملك منعدم حقيقة س هذا دليل ظاهر الرواية اراد انه لا ملك له في الاجنبية فسقط احصانه
لوقوع الفعل زنا فلا يحد قاذفه م ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد
طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل س وقال زفر والشافعي ومالك واحمد لا حد عليه ان ظن
انها امراته قياسا على ليلة الزفاف وعلى من شرب شرابا على ظن انه ليس بخمر فانه لا يحد م وهذا س
اشارة الى قوله لانه لا اشتباه م لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها س فلا يكون مجرد
النوم دليلا على ان النائمة هي زوجته م وكذا اذا كان اعمى س اي اذا وجد الاعمى في بيته او فراش زوجته
امراة فوطئها على ظن انها امراته يجب عليه الحد م لانه يمكنه التمييز بالسوال س اي يمكنه تمييز امراته
بالسوال عنها م وغيره س اي وغير السوال من العلامات م الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا
زوجتك فواقعها س اي جامعها لا يجب الحد م لان الاخبار دليل س فاستند اليه م ومن تزوج امراة لا يحل
له نكاحها س مثل نكاح المحارم والمطلقة ثلاثا ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت المراة
في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد والامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود م فوطئها لا
يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله عنه س في جميع ذلك وان قال علمت انها علي حرام م لكنه يوجع عقوبة
اذا كان عالما بذلك س يعني يضرب بطريق التعزير ضربا مولما عقوبة عليه لا بطريق الحد م وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي س ومالك واحمد م عليه الحد اذا كان عالما بذلك س والا فلا ولكن ابا يوسف ومحمد قالا فيما ليس
بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود م لانه عقد لم يصادف محله فيلغوا س لانه اضيف الى
محل مجمع على تحريمه م كما اذا اضيف س اي العقد م الى الذكور س فلا يكون العقد شبهة بخلاف ما اذا لم يعلم
بالتحريم لان الشرعيات لا تثبت حكمها قبل السمع م وهذا س اشارة الى بيان قوله لانه عقد لم يصادف
محله م لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه س وهنا المحل لا يكون محلا لحكمه م وحكمه الحل وهي من المحرمات س على
التابيد فلا يكون محلا للحل فلا ينعقد العقد اصلا كما لو بيع المواد على الميتة والدم وفي المغني لابن قدامة
الحنبلي فاما الانكحة المجمع على بطلانها كنكاح الخامسة والمعتدة والمزوجة للغير ومطلقته ثلاثا وذوات
محارمه من نسب او رضاع لا يمنع وجوب الحد لما روي عن عمر رضي الله عنه قال اتي برفع اليه امراة
تزوجت في عدتها فقال لهما هل علمتما فقالا لا فقال عمر رضي الله عنه لو علمتما لرجمتكما وان وطئ ذات محرم
بالعقد ونحوه روايتان احداهما يجب الحد لعموم الادلة والثانية يقتل في كل حال لما روي عن البراء رضي الله
عنه قال لقيت عمي ومعه الراية فقال ارسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل
نكح امراة ابيه من بعده ان اضرب عنقه واخذ ماله قال الترمذي هذا حديث حسن ورواه ابن ماجه
باسناده انه عليه السلام قال من وقع على ذات محرم فاقتلوه انتهى كلامه قالت العامة هذا

شاذ يخالف لظاهر الكتاب والاحاديث المشهورة فهو وان ذلك في حق من يستحله او امره ذلك سياسة وتعزيرا
لاحدا م ولابي حنيفة ان العقد صادف محله س لان الوطء حصل عقيب النكاح المضاف الى محل قابل لمقاصد
النكاح والنكاح ينعقد بزوجت وتزوجت وما يجري مجراه من الفاظ فصادف محله م لان محل
التصرف ما يقبل مقصوده س اي مقصود التصرف وهو المطلوب من النكاح فهو قضاء الشهوة والولد
والسكن م والانثى من بني ادم قابلة للتوالد وهو المقصود س اي التوالد هو المقصود من النكاح ولا شك ان الكل
بهذه الصفة م وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام س وان ثبت العقد حقيقة الحل فيورث الشبهة س
اي شبهة الحل لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت فان قلت اي يورث شبهة الحل وقد نفت
الحرمة بالنص من كل وجه فانتفى الحل من كل وجه قلت سلمنا ان الحل انتفى من كل وجه فنحن لا ندعي
الحل من وجه حتى يرد السوال بل ندعي شبهة الحل لصورة العقد وهي حاصلة وقد علل المصنف لذلك بقوله
لان الشبهة الى اخره فان قلت لو كانت الشبهة ثابتة لوجبت العدة وثبت النسب قلت منع بعض اصحابنا
عدم وجوب العدة وثبوت النسب على وجود الحل من وجه او من كل وجه وهو لم يوجد الحل اصلا ويجب ان
يكون الفاعل في حاله لا يلام عليها وههنا يلام والحق يعزر عقوبة عليه م الا انه ارتكب جريمة س استثناء
من قوله فيورث الشبهة اي يورث العقد الشبهة فلا يجب الحد م الا انه ارتكب جريمة س اي ذنبا م وليس فيها
حد مقدر فيعزر س فان المركب حد مقدر م فيعزر س عقوبة عليه م ومن وطئ اجنبية س
اي امراة اجنبية م فيما دون الفرج س كالتبطين والتفخيذ ونحوهما وليس المراد منه الاتيان في الدبر لان
بيانه يجي عقيب هذا م يعزر س قالوا اشد التعزير م لانه س اي لان الوطء فيما دون الفرج م منكر س لانه
شي قبيح م ليس فيه شي مقدر س في الشرع وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية وفي رواية يقتل م ومن اتى
امراة في الموضع المكروه س اي في الدبر م او عمل عمل قوم لوط س اي اللواطة في دبر الذكر م فلا حد عليه عند ابي ح
ويعزر س عند القدوري م وزاد س اي محمد م ويودع في الحبس س وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الذي يعمل عمل قوم لوط قال لا يبلغ به حد الزنا لكنه يحبس ويضرب وذكر علاء الدين في
طريقة الخلاف يعزر ويحبس الى ان يتوب او يموت وفي روضة الزندوسي الخلاف في الغلام اما لو اتى
امراة في الموضع المكروه يحد بلا خلاف ولو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته لا يحد بلا خلاف كذا في الفتاوى
الظهيرية وفي الكافي الاصح ان في العبد يحد وفي الامة والمنكوحة عدم الحد الكل على الخلاف نص عليه في الزيا
دات العقد الاجماع اجمعوا على حرمة اتيان المراة في الدبر وكان فيه خلاف قديم فقد انقطع وكل من روي عنه
اباحته فقد روي عنه انكاره فاما القائلون بتحريمه من الصحابة رضي الله عنهم فعلي بن ابي طالب وابن عباس وابو
هريرة وابو الدرداء وابن مسعود ولم يختلف فيه احد من الصحابة الا ابن عمر ومن التابعين الا نافع فاما ابن
عمر فروى النسائي في سننه الكبرى من طريق مالك قال اشهد على ربيعة حدثني عن سعيد بن يسار انه سال
ابن عمر عن ذلك فقال لا باس به وقد صح عنه انه انكر ذلك فيما رواه النسائي من رواية الحارث بن يعقوب عن
سعيد بن يسار قال قلت لابن عمر انا نشتري الجواري فنحمض لهن قال وما التحميض قال ناتيهن في ادبارهن قال
اف او يفعل هذا مسلم وروى النسائي ايضا من رواية كعب بن علقمة عن ابي النضر انه اخبره انه قال لنافع
مولى ابن عمر قد اكثروا عليك القول انك تقول عن ابن عمر انه افتى ان يوتى النساء في ادبارهن فقال نافع
لقد كذبوا علي وقال ابن حزم في المحلى ما روينا اباحة ذلك عن احد الا عن ابن عمر باختلاف عنه وعن نافع باختلاف
عنه وعن مالك باختلاف عنه وروى الثعلبي في تفسيره من رواية عطاف بن موسى عن عبد الله بن الحسن عن ابيه
انه حكى عن مالك اباحة ذلك وانكره اصحابه م وقالا س اي قال ابو يوسف ومحمد م هو س اي اللواط م كالزنا
فيحد س فان كان محصنا يرجم والا فيجلد م وهو احد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال س يعني سوا
محصنا او غير محصن وله فيه وجوه يقتلان بالسيف وفي وجه يرجمان بكرا كان او ثيبا وبه قال مالك واحمد
لغلظه وفي وجه يهدم عليهما جدار وفي وجه يرمى من شاهق حتى يموت وفي شرح الوجيز واصح القولين
جلد ان كان بكرا وتغريب وان كان محصنا يرجم س اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م اقتلوا
الفاعل والمفعول س هذا رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول م
ويروى فارجموا الاعلى والاسفل س روى هذا ابن ماجه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله

الذي يعمل عمل قوم لوط فارجموا الاعلى والاسفل م ولهما س اي ولابي يوسف ومحمد م انه س اي ان فعل اللواطة
في بعض النسخ ولهما انهما اي ان الاتيان في الموضع المكروه من المراة وعمل قوم لوط في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة
في محل مشتهى على سبيل الكمال س وقال الكاكي قوله في معنى الزنا اي في المعنى الذي يتعلق به الحد من كل وجه
حتى ان من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما قوله لانه اي لان اتيان الدبر قضاء الشهوة في محل مشتهى اذ المحل انما
يصير مشتهى باللين والحرارة وذلك لا يختلف بين القبل والدبر بل الاشتهاء والرغبة في الدبر ابلغ لانه لا يتوهم
حدوث الولد بخلاف القبل وقال الاترازي وفيه الكمال احتراز عن البهيمة لان فرجها ينفر عنه الطباع
السليمة فلم يكن مشتهاه على سبيل الكمال م على وجه يتعلق بقوله لانه قضاء الشهوة الى اخره م بمحض
حراما س صفة لقوله على وجه م لقصد سفح الماء س قال الاحاديث مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة
لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يندرئ بالشبهات وقال تاج الشريعة رحمه الله معنى سفح الماء انما
لان المحل لا يصلح للنسل والحرث فيكون اشد تضييعا للماء لانه [illegible] في محل الحرث فيكون اشد
تضييعا م وله س اي ولابي حنيفة رضي الله عنه م انه س اي الاتيان في الدبر م من الاحراق بالنار س
روى الواقدي في كتاب الردة واخرجه [illegible] فقال حدثني [illegible] عن عبد الله بن ابي [illegible] عن عبد الله
ابن ابي بكر بن حزم قال كتب خالد بن الوليد رضي الله عنه الى ابي بكر الصديق رضي الله عنه اخبره انه وجد
رجلا [illegible] عندي البينة انه يوطا في دبره كما توطا المراة فدعا ابو بكر اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وجمع
واستشارهم فيه فقال له عمر وعلي رضي الله عنهما احرقه بالنار فان العرب تانف انفا لا يانفه احد غيرهم
وقال غيرهما جلدوه فكتب ابو بكر الى خالد بن الوليد ان احرقه بالنار فحرقه خالد رضي الله عنه م وهدم
الجدار س عليهما وقال الاترازي اختلف الصحابة في حده فقال بعضهم يهدم عليهما الجدار وقال ولو
احد اخرجه هذا عن احد من الصحابة م والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار س يعني ينكس
من اعلى المواضع ثم يتبع بالحجارة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن
يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواط قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا
ثم يتبع بالحجارة م وغير ذلك س اي وغير ما ذكر من الاشياء المذكورة وهو قول بعضهم يحبسان في انتن المواضع
حتى يموتا م ولا هو س اي الاتيان في الدبر م في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد س بيانه ان الوطي في
القبل سبب لحصول الولد ظاهرا غالبا ثم اذا حصل الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني لا الزوج
لعدم الوثوق بكون الولد منه والام عاجزة عن الانفاق عليه فيضيع الولد وليس هذا من الاتيان
بالدبر م واشتباه الانساب س اي وليس فيه ايضا اشتباه الانساب لان اشتباه الانساب بناء على
الدعوى وهذا المعنى مفقود في اللواطة م وكذا هو اندر وقوعا س اي فعل اللواطة اندر وقوعا م لانعدام
الداعي من احد الجانبين س وهو جانب المفعول م والداعي الى الزنا من الجانبين س جانب الفاعل وجانب
المفعول فلم يكن اللواطة في معنى الزنا فلا يثبت حكمه فيها قياسا م وما رواه س اي الشافعي وهو قوله عليه
السلام اقتلوا الفاعل والمفعول م يحمل على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده س اي عند ابي حنيفة
لعدم الوطي وان كان لا يحد وهو استحسان قوله ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا م لما بيناه س اشارة الى قوله
لانه منكر ليس فيه شيء مقدر م ومن وطي بهيمة فلا حد عليه س وبه قال زفر ومالك وعثمان البتي وروي
ابن عمر رضي الله عنهما مثله وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية وفي قول الشافعي يحد كالزنا وبه
قال احمد في رواية وفي قول يقتل [illegible] بما روى عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة م لانه س اي لان وطي
البهيمة م ليس في معنى الزنا في كونه جناية س لانه ناقص م وفي وجود الداعي س اي ولا في وجود الداعي
لان الطبع السليم ينفر عنه س اي عن وطي البهيمة م والحامل عليه س اي على وطي البهيمة م نهاية السفه
لا الداعي [illegible] م او فرط الشبق س [illegible] الشبق المعهود [illegible] وهو شدة
الغلمة م ولهذا س اي ولاجل نفرة الطبع السليم لا يجب ستره س اي ستر فرج البهيمة واما امر عليه
وان لو [illegible] لان فرج البهيمة [illegible] قلت دعوى الاستلزام [illegible]
[illegible] البهيمة ولو كان الطبع [illegible] الموضع كما في القبل والدبر والايلاج
فيه كالايلاج [illegible] الغسل ولا ينقض الطهارة بنفس الايلاج بدون الانزال فلا يكون

معنى الزنا م الا انه يعزر لما بينا س يعني قوله ارتكب جريمة وليس فيها حد م والذي يروى س اي والحديث الذي
يروى م انه يذبح البهيمة ويحرق س هذا اللفظ غريب نعم روى الاربعة من حديث عكرمة عن ابن عباس
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه م فذلك لقطع التحدث به
س اراد به ان الامر بقتله وقتل البهيمة وقتل البهيمة لاجل قطع يتحدث الناس بهذا الا ان الناس اذا راوا البهيمة
ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها فلان فيعيرونه [illegible] ويقعون في الغيبة فلاجل
ذلك قتل البهيمة قطعا لتحدث الناس على انا نقول ان الحديث شاذ ضعيف ضعفه البخاري ويحيى بن
معين وابو داود ومع ان ابا رزين روى عن ابن عباس انه قال لا حد على اتي بهيمة وذكر له روى الثقات عن ابن
عباس [illegible] في حق المستحل كما قيل قوله عليه السلام من اتى امراة حائضا او امراة في غير ماتاها
فقد كفر بما انزل على محمد وقيل انما قال ذلك في فاعل اعتاد ذلك [illegible] سياسة عندنا الا
انه امر بالقتل المطلق ولم يفرق بين المحصن وغيره ولو كان بمنزلة الزنا لفرق بينه وبين المحصن وغيره م
وليس بواجب س اي الاحراق ليس بواجب وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جائز وليس بواجب فان
كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف تحرق بالنار ويضمن الفاعل
القيمة ان كانت لغيره لانها فسدت لاجله [illegible] قال الطحاوي وان اتى بهيمة وجب التعزير ولا يجب
الحد وان كانت البهيمة له ذبحت ولا يؤكل قاله الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وليس هذا عن اصحابنا في
[illegible] فاما محمد روى عن عمر رضي الله عنه انه لم يحد واتى البهيمة وامر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وقال بعض
اصحاب الشافعي تقتل ولا تحرق ويضمن الفاعل ان كانت لغيره وقال بعض اصحابه لا تقتل وفرق بعض اصحابه فقال
ان كانت مما لا يؤكل لا تذبح وان كانت مما يؤكل تذبح وفي اكلها وجهان احدهما الاكل ويضمن لغيره م ومن زنى في
دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد س يعني اذا خرج واقر عند القاضي م وعند الشافعي يحد س
وبه قال مالك واحمد م لانه التزم باسلامه احكامه س اي احكام الاسلام م اين ما كان مقامه س يعني المسلم اي
بكل موضع اقام والضمير يرجع الى من زنى م ولنا قوله عليه السلام س اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م
لا تقام الحدود في دار الحرب س هذا الحديث غريب واخرج البيهقي عن الشافعي قال قال ابو يوسف حدثنا
بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو والمرسل عندنا
حجة كالمسند وقال الكاكي في شرح الصاعدي روى محمد في السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال من زنى او سرق في دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب وخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد ثم قال وجه
التمسك بحديث الكتاب انه عليه السلام حقيقة عدم الاقامة لا انقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم
الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل الحديث تعارض بقوله تعالى فاجلدوا ولما خص منه مواضع الشبهة بالا
يجوز تخصيصه بخبر الواحد م ولان المقصود س اي من اقامة الحد م هو الانزجار س وفي المبسوط ان وجوب
الحد لم يرد لعينه بل للاستيفاء والمقصود هو الانزجار ولا يحصل بنفس الوجوب بل بالاستيفاء ولا
يمكن استيفاؤه بعدم ولاية الامام فامتنع الوجوب لعدم فائدته وهو الاستيفاء اشار اليه المصنف
بقوله م وولاية الامام منقطعة فيها س اي في دار الحرب ودار البغي لانه يلزم تعرى الوجوب عن الفائدة
س وهو الاستيفاء م ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة س اي لان هذه الفعلة او الزنية لم تنعقد
حال كونها م موجبة س للحد م فلا تنقلب موجبة بعد الخروج الينا فلا يحد م ولو غزا من له ولاية الاقامة س
اي اقامة الحدود م بنفسه س اي باختصاصه بذلك م كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره
لانه تحت يده س اي لان من زنى في معسكر من له الولاية تحت امره م بخلاف امير العسكر س لانه لم يفوض له
ولاية اقامة الحد م والسرية س اي وبخلاف امير السرية وهم الذين يسرون بالليل ويكمنون بالنهار ويقال
خير السرايا اربع مائة م لانه لم يفوض اليهما الاقامة س اي لم يفوض الى امير العسكر وامير السرية اقامة
الحدود م واذا دخل الحربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عندهما ح اي
ولا يحد الحربي والحربية س وهو قول ابي حنيفة وقال الشافعي واحمد يحد الذمي والذمية وقال مالك لا يحدان
ولا يحد الحربي والحربية وقال الشافعي رحمه الله يحدان م وهو قول محمد في الذمي اذا زنى بحربية فاما اذا زنى
الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا يحدون كلهم س وبه قال
الشافعي وزفر م لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة اقامته في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزم

جامع

احكامنا منه عرم وهذا س اي ولاجل التزامه احكامنا منه اقامته م يحد حد القذف س اذا قذف
مسلما م ويقتل قصاصا س اذا قتل ويمنع من الربوا وشرا العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بعد الشرا
لاجل الذمي م بخلاف حد الشرب س جواب عما يقال لو كان كذلك لاقيم عليه الحد الشرب لانه من احكام
اجاب بقوله بخلاف حد الشرب س يعني حد الشرب ليس كذلك م لانه يعتقد اباحته س فان قلت
فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة
ان يكون دينا وقتل المسلم والقذف حرام عندهم في دينهم فاباحتهم ذلك ليس بدين فانما هو هوى وتعصب
م ولهما س اي ولابي حنيفة ومحمد م انه س اي ان المستامن ما دخل س دارنا م للقرار س بل لحاجة
كالتجارة ونحوها س مثل زيارة اقربايه او لاجل التطبب لاجل مرضه فاذا كان كذلك م فلم يصر من
اهل دارنا ولهذا س اي ولاجل عدم كونه من اهل دارنا م يمكن س اي الحربي المستامن من الرجوع الى دار
الحرب اذا عزم على الخروج من دار الاسلام وعزم على الدخول في دار الحرب م ولا يقتل المسلم والذمي به
س اي بسببه اذا قتل مسلم او ذمي والذمي اذا قتله مسلم يقتص به عندنا فعلم ان الحربي لم يكن كالذمي
وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه س اي لان الحربي المستامن
م لما طمع في الانصاف س اي في انصاف المسلمين اي طمع في العدل لاجله على غيره م يلتزم الانتصاف
س اي قبل العدل لغيره عليه قال انصفت الرجل انصافا اذا اعطيته الحق وتناصف القوم اذا
تعاطوا الحق بينهم م والقصاص وحد القذف من حقوقهم س اي من حقوق العباد م اما حد الزنا
محض حق الشرع س فلم يلتزمه فلا يلزمه ولما فرغ عن الجواب عن قول ابي يوسف من جهة
ابي حنيفة ومحمد شرع في بيان اثبات ما لكل منهما مما ذهب اليه فقال م ولمحمد س يعني في الفرق
بين المسلم او الذمي اذا زنى بحربية مستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة
او الذمية اذا زنت بحربي لا يجب الحد عنده عليهما بيانه ما قال بقوله م وهو الفرق ان الاصل
في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له لكونها محلا م على ما نذكره ان شاء الله تعالى س اي في مسئلة
زنا صحيح بمجنونة او صغيرة م فامتناع الحد في حق الاصل موجب امتناعه في حق التبع س لان
الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد فما تمكنت من فعل موجب للحد فلا تحد م اما الامتناع
في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل س لان الانفكاك مستقبحا فكان الاصل والفرع
الى تبع وذلك خلف باطل م نظيره س اي نظير هذا م اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة س ان
يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الاصل م وتمكين البالغة
س اي ونظيره ايضا تمكين البالغة م نفسها س من الصبي والمجنون س فانه لا يجب الحد عليها لان
الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع م ولابي حنيفة ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب
بالحرمات س بحرمة الكفر والزنا وان لم يكن مخاطبا بالاداء ما يحتمل السقوط من العبادات م على
ما هو الصحيح س احترز به عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بوجوب الاداء م والكافر
يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا س اشارة الى قول مشايخ ديارنا الى ديار المصنف م والتمكين
س اي تمكين الزانية نفسها منه م من فعل هو زنا موجب للحد عليها س لقوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجوب المقتضي وانتفاء المانع م بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان
س هذا جواب عن مستشهد محمد على ان سقوط الحد في الاصل يوجب السقوط عن التبع ووجه
ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين
من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب فيفعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب
الحد م نظير هذا س اي نظير هذا الاختلاف الواقع بين ابي حنيفة ومحمد م اذا زنى المكره بالمطاوعة
يحد المطاوعة عنده س اي عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي ومالك واحمد وعند محمد لا تحد
قال س اي محمد في الجامع الصغير م واذا زنى الصبي او المجنون بامراة طاوعته اي طاوعت
الصبي او المجنون م فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها س اي على المراة
المطاوعة وهو س اي قول زفر والشافعي م رواية عن ابي يوسف س وبه قال مالك واحمد لانها
زانية حقيقة م وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع

س انما قيد بقوله يجامع مثلها لانها اذا لم يكن محل مثلها فوطيها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان البهيمة لان
الطباع السليمة لا ترغب في مثلها الا نرى الى ما قال صاحب الاجناس في كتاب الصوم ولو وطي الرجل
جارية لها خمس سنين وافضاها ولا يحتمل الوطي لصغرها لا كفارة عليه ولا يفطره اذا لم ينزل وهو كاتيان يلاج
البهيمة ونقل ايضا صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم قال ابو حنيفة اذا جامع ابنة امراته وهي صغيرة
لا يجامع مثلها فافضاها وافسدها لا يحرم عليه امها الا ان هذه ممن يجامع وقال ابو يوسف اكره له العقد
على الام وقال محمد التنزه احب الي ولكن لا افرق بينه وبين امها م لهما س اي لزفر والشافعي م ان العذر من
جانبها س كما في صورة الاجماع بان كانت مجنونة او صبية او نايمة او مكرهة م لا يوجب سقوط الحد من جانبه
س اي من جانب الرجل بالاتفاق م فكذا العذر من جانبه س بان كان صبيا او مجنونا والجامع كون كل واحد منهما
مواخذ بفعله وهو معنى قوله م وهذا لان كل واحد منهما س اي من الرجل والمراة او من الذكر والانثى م
مواخذ بفعله س لا بفعل صاحبه م ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه س اي من الرجل لوجوده منه حقيقة
م وانما هي س اي المراة م محل الفعل س اي فعل الزنا وهذا س يوضح لكون الفعل حقيقة في الرجل اي ولاجل
ذلك م تسمى واطيا وزانيا س على صورة اسم الفاعل م والمراة س اي وتسمى المراة م موطوءة ومزنيا بها س
على صورة اسم المفعول م الا انها سميت زانية س جواب عما يقال من جهة زفر والشافعي ان الله تعالى
سمى المراة زانية بصورة اسم الفاعل واوجب على الزانية الحد وتقرير الجواب ان الله تعالى سماها زانية
م مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية س في قوله تعالى في عيشة راضية سماها راضية م
باسم المرضية س وهذا احد التاويلين من الماء وعلى الاخر بمعنى ذات رضى وكما في قوله تعالى ماء دافق
بمعنى مدفوق م او لكونها س عطف على قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل اي او لكون المراة مسببة س
لصاحبه بسبب م بالتمكين س اي بسبب التمكين م فتعلق الحد س مبتدا م في حقها س في حق المراة
بالتمكين س اي بسبب التمكين م من قبيح الزنا س خبر المبتدا والاضافة فيه مثل الاضافة في جرد قطيفة
م وهو س اي الزنا م فعل من هو مخاطب بالكف عنه س اي عن الزنا م مؤثم س بكسر الثاء المثلثة من الاثم
اي الزنا مؤثم م على مباشرته س اي بفعله م وفعل الصبي ليس بهذه الصفة س لان الصبي ليس بمخاطب
بالكف عن الزنا وليس بمخاطب مؤثم ايضا اذا باشر وطي الاجنبية لان القلم مرفوع عنه وكذا فعل المجنون
م واذا كان كذلك م فلا يناط به الحد س اي فلا يتعلق به الحد فان قيل لما لم يجب الحد على الصبي والمجنون
بالزنا بالمطاوعة ينبغي ان يجب عليهما العقر لان الوطي في غير الملك لا يخلو عن احد الامرين اما العقر
واما الحد والعقر هو مهر المثل وفيه ان لو زنى الصبي بصبية او مكرهة يجب عليه المهر وههنا لم يجب ذكره
في الذخيرة فما الفرق قلنا الفائدة في ايجاب المهر عليه لانا لو اوجبنا عليه كان لولي الصبي الرجوع عليها
في الحال بمثل ذلك لانها المطاوعة صارت امره لها بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من
المراة لانها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكره لم يثبت
بامره والصبية لا يصح امرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة م قال س اي محمد في الجامع
الصغير م ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول يحد وهو قول زفر
س وبه قال الشافعي في قول واحمد م لان انتشار الالة دليل الطواعية س اي علامتها وعلامة الاختيار
ايضا فكان بالاكراه ما ينافيه فانتفى الاكراه يقال طاع يطوع طوعا وطواعية مثل اطاع يطيع الطاعة
الا انهم يقولون طاع له ولا يقولون طاعة كما يقولون الطاعة ولان طوع يدك اي منقاد لك م ثم رجع وقال
لا حد عليه لان الانتشار س اي انتشار الالة م قد يكون طبعا س اي من حيث الرجل م لا طوعا س اي لا
من حيث الطوع م كما في النايم س فان النايم قد تنتشر الته لفرط فحوليته وان لم يكن قصد واختيار م
فاورث شبهة س فاندرا الحد وبه قال الشافعي في قول ولكنه لعذر وهو قولهما م وان اكرهه غير السلطان حد
عند ابي حنيفة س وبه قال زفر والشافعي في قول واحمد م وقالا س اي قال ابو يوسف ومحمد م لا يحد
س غير السلطان مثل السلطان عندهما يعني لا يحد يعني سوا اكرهه السلطان او غيره م لان الاكراه عندهما
يتحقق من غير السلطان لان المؤثر س اي في الحكم م خوف الهلاك فيتحقق من غيره س اي من غير السلطان
وبه قال الشافعي واحمد م وله انه من غيره س اي ولابي حنيفة ان الاكراه من غير السلطان م لا يدوم الا
نادرا لتمكنه س اي لتمكن المكره م من الاستغاثة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بالسلاح س

وبمكنه بالجر عطف على قوله لتمكنه وقوله دفعه بالنصب مفعول المصدر راى دفع غير السلطان حاصله
ان المكره متمكن من دفع الاكراه اذا وقع من غير السلطان بالسلطان او بجماعة المسلمين او بنفسه باستعمال
السلاح **قلت** فيه نظر فانه لا يتمكن في شيء من ذلك في هذا الزمان كما ينبغي واما دفع المكره الاكراه
بنفسه بسلاح او بغيره فبعيد جدا ولا سيما اذا كان الاكراه من ولاة الشرطة او من العمال الظلمة للخونة ولاجل
هذا ذكر في الكافي ان هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فللسلطان كان في زمنه قوة وعلية
حيث لا يتجاسر احد على الاكراه غيره وفي زمانهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما فيتحقق الاكراه من غير
السلطان فافتى كل منهم بما عاين وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما م والسادر لا حكم له فلا
يسقط الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستغاثة بغيره س اي بغير السلطان م ولا الخروج س اي ولا
يمكنه الخروج بالسلاح عليه م قال س اي قال محمد في الجامع الصغير م ومن اقر اربع مرات في اربعة مجالس
انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت س اي المراة م بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه س ولا عليها
كذا في الكافي وفي بعض النسخ عليهما كما ضبطه الاترازي وفي نسخة شيخنا علاء الدين السيرامي رحمه الله عليه
وكتبت في الحاشية ولا عليها وانما قيد بقوله اربع مرات في مجالس مختلفة لانه اذا اقر اربع مرات في مجلس
واحد لا يعتبر ذلك مرة واحدة م وعليه المهر في ذلك س لانه لما سقط الحد وجب المهر ابانة لخطر المحل الا ترى
فيما اذا كان دعوى النكاح قبل الحد المقر فاذا كانت الدعوى بعد الحد فلا مهر لها لان الحد لا ينقض بعد الاقامة
فان **قلت** كيف يجب لها المهر اذا اقرت بالزنا وادعى الرجل النكاح وهي باقرارها نافية للمهر قلت نعم
ان الامر كذلك لكن الحد سقط عنهما لشبهة ناشئة في دعوى النكاح فبعد سقوط الحد لم يلتفت الى اقرارها
بالزنا فوجب العقر وهو مهر المثل ابانة لخطر المحل م لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين
س اي النكاح يقوم بطرفين في الرجل والمراة م فاورث شبهة س اي قولها تزوجني او قوله تزوجتها اورث
شبهة في سقوط الحد عن المدعى م فاذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع س
وهو المحل ولان المهر يجب حقا لله تعالى في النكاح وهذا يجب في المفوضة وههنا لما سقط الحد عنهما ثبت
في حقهما شبهة النكاح فلا ينتفي المهر بانتفائها كما في حقيقة النكاح م ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد
وعليه القيمة س انما وضع المسئلة في الجارية وان كان الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين
الحرة والامة فانه لو فعل هذا مع الحرة يجب الحد والدية لما ان الشبهة في عدم وجوب الحد انما ترد في
حق الامة لا في حق الحرة لان الحرة لا تصير ملكا للزاني عند اداء الدية والامة تصير ملكا كيلا يجتمع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد م معناه س اي معنى قول محمد فقتلها م بفعل الزنا س انما فسر قول محمد
المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال الاترازي ولم يذكر فيه الخلاف لكن ذكر ابو الليث في شرحه للجامع ذكر
ابو يوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه ولو كانت حرة فعليه
الحد بالاتفاق وكذا ذكر الخلاف في المنظومة بين ابي حنيفة وابي يوسف ولا قول فيه لمحمد م لانه جنى جنايتين
س وهما الزنا والقتل م فيوفر على كل واحد منهما س اي من الجنايتين م حكمها س اي حكم الجناية يعني يوفر
موجب كل واحد منهما فيحد بالزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس ولا منافاة بينهما فيجتمعان فلا يكون
ضمان القيمة ما لم يكن سببا لملك الامة مانعا عن وجوب الحد لانه ضمان الدم م وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر
ضمان القيمة سبب لملك الامة س فيما ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد م وصار س اي حكم هذا م كما اذا
اشتراها س اي الامة بعدما زنى بها قبل اقامة الحد م وهو على هذا الخلاف س اي شرى الجارية بعد الزنا
قبل الاقامة الحد على هذا الخلاف عند ابي حنيفة ومحمد يحد خلافا لابي يوسف وكان رد المختلف
الى المختلف لكن الخلاف في الشراء بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه م واعتراض
الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه س اي سقوط الحد م كما اذا ملك المسروق قبل القطع س اي
اذا ملك المسروق منه المسروق قبل قطع يد السارق سقط القطع م ولهما س اي لابي حنيفة ومحمد
م انه ضمان قتل س اي ان هذا الضمان ضمان قتل ولهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين فلا يوجب
الملك لانه ضمان دم والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت
والميت ليس بمحل للملك م ولو كان يوجبه س اي ولو كان ضمان القتل يوجب الملك فانما يوجبه في العين
كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت س تقريره لو كان هذا الضمان يوجب الملك

لا رجب في العين التي هي موجودة لا في منافع البضع التي هي اعراض استوفيت فانعدمت وتلاشت م والملك
يثبت مستندا س لان الملك الثابت في باب الضمان يثبت بطريق الاستناد والاستناد يظهر في القائم لا في
الفائت وهو معنى قوله م فلا يظهر في المستوفى س يعني الفائت م لكونها س اي الاترازي الضمير راجع الى المستوفى
باعتبار المنفعة ويجوز ان يكون باعتبار تانيث المنافع اي لكون المنافع
معدومة س فاذن لم يثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة فلم يسقط الحد م وهذا س اي هذا
الذي قلنا م بخلاف ما اذا زنى بها س اي بالجارية م فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها س اي قيمة العين
وهو نصف قيمة الجارية م وسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين س لا عرض لجاران
يثبت الملك فيها بطريق الاستناد م فاورث شبهة س في سقوط الحد وفي صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في
الجارية اصلا لان ذلك الضمان ضمان دم ولو يثبت في المنافع ايضا لانها معدومة فلم يسقط الحد لفقدان الشبهة
م قال س اي محمد في الجامع الصغير م وكل شيء صنعه الامام س بان قذف انسانا او زنى او شرب الخمر والمراد من الامام
الخليفة قاله ابو الليث وفسره بقوله م الذي ليس فوقه امام س ولا شك ان الخليفة ليس فوقه احد م فلا حد عليه
الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال س اي يؤخذ ايضا بالاموال م لان الحدود حق الله واقامتها س اي اقامة
الحدود م اليه س اي الى الامام م لا الى غيره س اي ليس لغير الامام اقامة الحدود م ولا يمكنه س اي ولا يمكن
الامام م ان يقيمه س اي ان يقيم حق الله على نفسه لانه لا يفيد س الوجوب فائدته لانه لا يقع مولما فلا يقع
زاجرا والمقصود من الحد الزجر ولا بد ان يكون الزاجر غير المزجور لا يقدر القاضي ان يقضي عليه لانه هو
الذي ولاه القضاء فيسقط حق الله في الدنيا م بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه س اي يستوفي الحق
ولي الحق س اي صاحب الحق واختار لفظ الولي ليشمل ولي الوصي والوكيل م اما بتمكينه س اي بتمكين الامام اياه
في اخذ حقه م او بالاستعانة بمنعة المسلمين س اي بقوتهم يقال فلان في عز ومنعة اي يمنع على من قصده من الاعداء
م والقصاص والاموال منها س اي من حقوق العباد والامام وغيره فيها سواء لانه يمكن استيفاء القصاص والمال
بمنعة المسلمين كما قالوا وفيه تامل م واما حد القذف قالوا س اي قال علماؤنا المغلب فيه حق الشرع
س في ما جيء في بابه ان شاء الله تعالى م فحكمه س اي حكم حد القذف م حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى س
يعني لا يؤاخذ بها الامام ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحد المستامن اذا قذف
كالزنى وقد تقدم انه يحد لانه حق العبد والجواب ان قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة
فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام
ان يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله اعلم م **باب**
الشهادة على الزنا والرجوع عنها س اي هذا باب في بيان احكام الشهادة على الزنا وبيان حكم
الرجوع عن الشهادة وقد مر ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غير وهما الاقرار والشهادة واخر
الشهادة ههنا عن الاقرار لعله ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم يظهر عن السلف ثبوت الزنا عند الامام
بالشهادة اذ رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة
م قال س اي القدوري م واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم يقبل
شهادتهم الا في حد القذف خاصة س هذا لفظ القدوري في مختصره ثم ذكر المصنف لفظ الجامع الصغير
بقوله م وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن
السرقة س لاشتماله على زيادة ايضاح وهي بعد بدما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة
لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدرته اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة م
والاصل س في هذا الباب م ان الحدود الخالصة حقا س اي خلوصها حقا كائنا م لله تعالى كحد السرقة وحد الزنا
وحد شرب الخمر م تبطل بالتقادم خلافا للشافعي س حيث يقول لا يبطل الشهادة والاقرار بالتقادم
وبه قال مالك واحمد وعن احمد مثل قولنا وقال ابن ابي ليلى الشهادة والاقرار لا يقبلان بعد التقادم وعند
ابي حنيفة وابي يوسف الاقرار لا يبطل بالتقادم الا الاقرار بشرب الخمر فانه يبطل بالتقادم وقال زفر
التقادم يمنع الاقرار بالحدود اعتبارا لحجة الاقرار بحجة البينة م هو س اي الشافعي يعتبرها س اي يعتبر
الشهادة م بحقوق العباد س حيث لا يمنع التقادم في حقوق العباد م وبالاقرار س اي ويعتبرها بالاقرار
الذي هو احدى الحجتين س وهما البينة والاقرار م ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين س تثنية حسبة

بكسر الحا وسكون الميم المهملتين قال في المجمل الحسبة احتسابك الاجر عند الله تعالى م وقال الكاكي بين حسبتين اي
اجرين مطلوبين يقال احتسب لكذا اجرا والاسم الحسبة والجمع الحسب م اداء الشهادة والستر س قال الاترازي
كلاهما بالجر على انهما بدلان من حسبتين قلت الرفع فيهما احسن اي كل واحد منهما خبر لمبتدا محذوف تقديره
تقديره احدهما اداء الشهادة والاخر الستر اما الشهادة فلقوله تعالى واقيموا الشهادة لله واما الستر فلما رواه ابو
هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة ثم ان الشاهد اذا لم يشهد
اول الامر حمل امره على الصلاح بان يقول انه اختار الستر المندوب لا الحد ثم بعد ذلك م فالتاخير س اي
تاخير الشهادة ان كان لاختيار الستر فالاقدام س اي اقدامه على الشهادة بعد ذلك لضغينة م س اي لضغن
والمحمية س وهو الحقد م اي فيجد س اي تحث من هيجت الناقة فانبعثت م اي العداوة حركته فيتهم فيها
س اي في الشهادة فلم تقبل م وان كان التاخير فيها س اي في الشهادة م لا للستر س اي لا لاجل الستر عليه م
فيصير فاسقا اثما س لان تاخير الحد حرام فاذا كان كذلك م فتيقنا بالمانع س من القبول فلا تقبل الا ترى
لو طلب المدعي الشهادة في حقوق العباد فاخر الشاهد بلا عذر لا تقبل لترك الاداء مع امكانه م بخلاف
الاقرار س حيث لا يبطل بالتقادم م لان الانسان لم يعادي نفسه س فينعدم التهمة م فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة
خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق
العبد لما فيه من دفع العار الا انه وهذا س اي ولاجل كون حد القذف فيه حق العبد م لا يصح الرجوع بعد الاقرار والتقادم
غير مانع في حقوق العباد لان الدعوى فيه س اي في حق العبد م شرط فيحمل تاخيرهم س الشهادة
م على انعدام الدعوى فلا يوجب س اي تاخير شهادتهم م تفسيقهم س لعدم الموجب بخلاف حد السرقة س جواب
يقال الدعوى شرط في السرقة لما في حقوق العباد لم يكن لاشتراط الدعوى فاجاب بالمنع بقوله م لان
الدعوى فيه س اي في حد السرقة م ليست بشرط للحد س اي لاقامة الحد لكونه خالص حق الله تعالى على ما مر
من قوله فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى م وانما شرط س اي الدعوى
م للمال س اي لاجل المال فلما لم يكن الدعوى شرط للحد كان تاخير الشهادة مانعا لقبولها الا وقع بلا عذر م
ولان الحكم س جواب اخر م يدار على كون الحد حقا لله تعالى س تقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم
الحد وهو الخالصة حقا لله تعالى م هو الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون
الحد حقا لله سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة
في كل فرد من افراده م ولا يعتبر وجود التهمة في كل فرد س من افراد الحد حاصله صورة التقادم قائمة
مقام التهمة سواء وجدت التهمة او لا كما في السفر وقد ذكرناه م ولان التقادم س جواب اخر وتقريره ان
السرقة م تقام على الاستسرار س لانها توجد في ظلم الليالي غالبا م فعلى غرة س اي غفلة م من المالك س فلا يكون
المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد م فيجب على الشاهد اعلامه س بشهادته م فبالكتمان يصير
فاسقا اثما س فيرد شهادته بخلاف حد القذف فان القذف يكون في النهار غالبا بمعرفة المقذوف الشاهد
ويراه فاذا لم يعلمه لا يصير فاسقا م ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء س اي في ابتداء الامر بلا
خلاف م يمنع الاقامة س اي اقامة الحد م بعد القضاء خلافا لزفر س فعنده لا يمنع واوضح ذلك بقوله م حتى
لو هرب س اي الزاني م بعدما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء س
اي الاستيفاء م من القضاء في باب الحدود س لان الامضاء تتمة الحدود وهذا كان يفوضونها الى الامام
وهذا لان القضاء انما يكون لاعلام من له الحق حقه او لتمكينه من الاستيفاء وذلك لا يتصور في حقوق
الله تعالى السابقة حقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء كالتقادم قبل القضاء
م واختلفوا س اي العلماء م في حد التقادم واشار س اي محمد م في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين
اي الى ستة اشهر وقال شيخ الاسلام لو رد به الامر اللازم م وهكذا اشار الطحاوي س اي الى ستة اشهر لان
اسم الحين عند الاطلاق ينصرف الى ستة اشهر كما في مسألة لا اكلمه حينا م وابو حنيفة رضي الله عنه لم يقدر
في ذلك س اي في حد التقادم لم يقدر شيئا لان نصب المقادير بالراي متعذر لان العقل لا اهتداء له
في ذلك م وفوضه اي فوض ابو حنيفة حد التقادم الى راي القاضي في كل عصر س لما ان التقادم
بالاحوال والاعصار مفوض الى راي القاضي م وعن محمد انه قدره س اي التقادم م بشهر لان ما دونه
س اي ما دون الشهر عاجل س فالاجل ادناه الا انه ادنى الاجال شرعا بدليل ان من حلف ليقضين حق فلان

فلا يقع ذلك على ما دون الشهر وقال الكاكي وما وجدت هذه الرواية في كتب اصحابنا المشهورة م وهو س
اي تقدير التقادم بشهر م رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح س اي تقدير التقادم بشهر هو الاصح
ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيئا
فابى ذلك وفي المجرد قال ابو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان
قالوا شهرا او اكثر درئ عنه الحد قال ابو العباس الناطفي وقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول
ابي يوسف ومحمد م وهذا س اي هذا الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر م اذا لم يكن بينهم س اي بين الشهود
م وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان س اي بينهم وبين القاضي مسافة شهر م يقبل شهادتهم لان المانع س لعدم
عن الامام فلا تتحقق التهمة لانهم معذورون م والتقادم في حد الشرب كذلك س اي حد التقادم في حد الشرب
مقدر بشهر م عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما ياتي في بابه ان شاء الله تعالى س اي في باب حد
الشرب م وان شهدوا على انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد س وبه قالت الائمة الثلاثة وعلى قول ابي
حنيفة اولا لا يحد وهو القياس كذا ذكر ابو الليث في شرحه للجامع الصغير لانها اذا حضرت ربما جاءت بشبهة
دارئة للحد والحدود تندرئ بالشبهات وعلى قوله الاخير وهو قول ابي يوسف ومحمد يحد الرجل والان
ياتي الكلام في بابه م وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق س اي بين المسألتين م ان بالغيبة
س اي بغيبة المرأة التي قالوا ان فلانا زنى بفلانة م تنعدم الدعوى وهي س اي الدعوى م شرط في السرقة
دون الزنا س يعني لا يشترط الدعوى في الزنا الا ترى انه عليه السلام رجم ماعزا بالاقرار بالزنا بغائبة م
وبالحضور س اي وبحضور المرأة الغائبة م يتوهم دعوى الشبهة س بان قالت تزوجني او كنت امته م ولا
معتبر بالموهوم س جواب سؤال وهو ان يقال ينبغي ان لا يحد الرجل لانها لو حضرت ربما تدعي النكاح
فتصير شبهة فاجاب بقوله ولا معتبر بالموهوم لانه يحتمل ان تدعي ويحتمل ان لا تدعي فعلى تقدير
الدعوى تصير شبهة واذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها وجود شبهة الشبهة وهو المعنى
بالموهوم والمعتبر الشبهة دون شبهة الشبهة لئلا ينسد باب اقامة الحد فان قيل القود اذا كان بين
الشريكين واحدهما غائب لا يستوفي القصاص لاحتمال العفو من الغائب الجواب انه اذا حضر
يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا كان غائبا يكون احتمال العفو شبهة فاعتبر
الشبهة وفيما نحن فيه اذا حضرت المرأة وادعت النكاح كان شبهة فاذا غابت احتمل الشبهة وذلك شبهة
الشبهة فلا يعتبر لانه وهم م وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو
الظاهر س اي بل كون المرأة امرأته او امته هو الظاهر لان ظاهر حال المسلم ان لا يزني والشهود لا
يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرها الا بالمعرفة فلم يعرفوها فلم يمكن اقامة الحد بشهادتهم
ولو قال المشهود عليه اي راوها معي ليست بامرأتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت
باطلة ثم هذه اللفظة ليست باقرار منه بالزنا فلا يحد ولو كان اقرارا لحد الزنا لا يتم بالاقرار
مرة م وان اقر بذلك حد س اي وان اقر بالزنا بامرأة لا يعرفها حد لانه لا يخفى عليه امرأته او امته
س اي لا يشتبه امرأته وامته عن غيرهما وليس بمتهم في اقراره على نفسه فيحد م وان شهد اثنان
انه زنى بفلانة واستكرهها س اي زنى بها وهي مكرهة م واخران س اي شهد اخران م انها
س اي ان المرأة م طاوعته س اي طاوعت الرجل على الزنا م درئ الحد عنهما س اي عن الرجل
والمرأة م جميعا س ومعنى درئ دفع وهو على صيغة المجهول من الدرء وهو الدفع قال تعالى
فادرءوا عن انفسكم الموت اي ادفعوا م عند ابي حنيفة وهو قول زفر س وبه قالت الثلاثة م
وقالا س اي ابو يوسف ومحمد م الحد على الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب س بكسر الجيم اي
لاتفاق الفريقين اعني شاهدي الطواعية وشاهدي الاكراه على موجب الحد م في حقه س
اي في حق الرجل وموجب الحد هو الزنا عن طوع م وتفرد احدهما بالرفع عطفا على قوله لاتفاقهما
اي لتفرد احد الفريقين اراد به احد الفريقين شاهدي الاكراه م بزيادة جناية وهو الاكراه س
الضمير راجع الى الزيادة والتذكير بالنظر الى الخبر م جانبها س اي جانب المرأة م لان طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت س اي شرط تحقق الموجب م في حقها س في موطوعيتها م لاختلافهما
س اي لاختلاف الفريقين وفي بعض النسخ لاختلافهم م وله س اي ولابي حنيفة م انه اختلف المشهود

عليه س قال الكاكي اي المشهود به وقد صرح به في الكافي وفي الفوائد الحميدية اراد بالمشهود عليه
المشهود به وعلى بمعنى البا كما في قوله تعالى حقيق على ان لا اقول على الله الا الحق اي جدير بان لا اقول
على الله ذكره في التفسير وقال الكاكي يمكن ان يجري على حقيقته لان المشهود عليه في التقدير
اثنان وان كان واحدا اذ الطايعة غير المكرهة ولكن تعليل قوله لان الزنا فعل واحد يابى عنه ظاهرا
م لان الزنا فعل واحد يقوم بهما س اي بالرجل والمراة وهو فعل واحد حقيقة وان كان اثنان حكما وقد
اختلف من جانبها فيكون مختلفا من جانبه ضرورة م ولان شاهدي الطواعية س دليل اخر وتقريره
لان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها س لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم
فكان ينبغي ان اقامة الحد على شاهدي الطواعية م وانما سقط عنهما بشهادة شاهدي الاكراه س لان
زناها مكرهة يسقط احصانها م لوجود حقيقة الزنا لكن لا اثم بسبب الاكراه م فصار خصما
في ذلك س اي صار شاهدا الطواعية بسبب قذفهما خصمين في شهادتهما م وان شهد اثنان
انه زنى بامراة بالكوفة م واخران س اي وشهد اثنان اخران م انه زنا بها في البصرة درئ الحد عنهما جميعا لان
المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد
الشهود خلافا لزفر س فان عنده يحد الشهود حد القذف وبه قال الشافعي رحمه الله في قول م
لشبهة الاتحاد س هذا دليل لنا لا لزفر يريد شبهة اتحاد المشهود به تقريره ان الشبهة دارئة
في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا وطهر اهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة
في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المراة وانما جا الاختلاف بذكر المكان
فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرا الحد م نظرا الى اتحاد الصورة والمراة س اي اتحاد صورة
نسبة الزنا واتحاد المراة قال في المختلف وعلى هذا الخلاف اذا شهد الفساق بذلك م وان اختلفوا
س اي الشهود م في بيت واحد حد الرجل والمراة س هذا اذا كان البيت صغيرا فاختلفوا وقال اثنان
انه زنى في هذه الزاوية من البيت وقال اخران انه زنى في الزاوية الاخرى منه وهو معنى قوله م
معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية م وهذا استحسان س اي حد الرجل والمراة فيما اذا اختلف
الشهود في البيت الصغير م والقياس ان لا يجب س اي حدهما وهو قول زفر والشافعي ومالك م لاختلاف
المكان حقيقة س فاختلف المشهود به وهو الزنا كما في الدارين م وجه الاستحسان ان التوفيق
ممكن بان يكون ابتدا الفعل في زاوية والانتها في اخرى س اي انتها الفعل في زاوية اخرى م
بالاضطراب س يعني لانتقاله الى الزاوية الاخرى بخلاف ما اذا كان البيت كبيرا لعدم احتمال التوفيق
حيث لا يقبل شهادتهم ثم اذا لم يقبل شهادة الشهود لا يحدون حد القذف للشبهة خلافا لزفر م
او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه س اي يظن الواقع من في المقدم س اي من كان
في مقدم البيت يظنه م في المقدم ومن في المؤخر س اي ومن كان في موخر البيت س يظنه
م في المؤخر فيشهد كل بحسب ما عنده س اي بحسب ما ثبت عنده فان قيل في التوفيق
احتيال للاقامة وقد امرنا بالاحتيال للدري قلنا هذا احتيال لقبول الشهادة والتوفيق في
الحدود مشروع والشهادة حجة يجب تصحيحها مهما امكن ثم اذا قلت كان في ضرورة قبولها
وجوب الحد قال الاختلاف في هذه المسئلة مسكوت عنه والاختلاف في المكان في الرواية
منصوص عليه فكيف يقاس ذلك عليه قلنا التوفيق مشروع فيما اذا كان الاختلاف منصوصا عليه
بان شهد اثنان بانه زنى بامراة بيضا واخران بامراة سودا او شهد اثنان بان عليها ثوبا احمر واخران
بان عليها ثوبا اصفر وكذلك لو اختلفوا في الطول والقصر او في السمن والهزال ولكن هذا اشكال
على قول ابي حنيفة في مسالة الاكراه والطواعية لما ان التوفيق ممكن بان يكون ابتدا الفعل بالاكراه
وانتهاوه بطوع لهذا في قاضي خان وغيره اجيب بان الاكراه مسقط سوا كان في اول الفعل
او اخره لانه بالنظر الى الابتدا لا يجب وبالنظر الى الانتها لا يجب فلا يجب بالشك م وان شهد
اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة س بضم النون وفتح الخا المعجمة وسكون اليا اخر الحروف وباللام
والها اسم موضع قريب من الكوفة ومن قال هذا بفتح اليا الموحدة وكسر الجيم فقد صحف
لان بجيلة على وزن قبيلة اسم حي في اليمن سموا بجيلة امراة من ولد عمرو بن الغوث اخي

الادر

الادر بن الغوث م عند طلوع الشمس واربعة س اي وشهد اربعة اخرى م انه زنى بها عند طلوع الشمس
بدير هند س وهو موضع قريب من الكوفة م درئ الحد عنهم س اي عن الشهود وعن الرجل والمراة جميعا
م اما عنهما س اي عن الرجل والمراة م فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين س يعني من غير تعيين
احد الفريقين لانه يحتمل ان يكون الكذب من هذا الفريق او من هذا الفريق من غير تعيين احدهما واحدهما
كاذب لا محالة لانه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين لكنه لم يتميز
الكاذب من الصادق ولما ذكرنا فلهذا درئ الحد عنهما م واما عن الشهود س اي واما درئ الحد عن الشهود م
فلاحتمال صدق كل فريق س اي لاحتمال كل واحد من الفريقين ان يكونوا هم الصادقين وقال زفر
لا يسقط القذف عن الشهود م وان شهد اربعة على امراة بالزنا وهي بكر س اي والحال انها بكر م
درئ الحد عنهما س اي دفع الحد عن الرجل والمراة وبه قال الشافعي واحمد وعند مالك يجب الحد عليهما
لانه لا يعتبر قول النسا في الحدود م وعنهم س اي ودرئ الحد عن الشهود ايضا وبه قال الشافعي
واحمد م لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسئلة ان النسا نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن
حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه س اي في ايجاب الحد م فلهذا س اي فلاجل هذا المعنى
وهو ان شهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه م سقط الحد عنهما س اي عن الرجل والمراة
م ولا يجب س اي حد القذف م عليهم س اي على الشهود وفي الكافي للحاكم وكذا اذا خرجت المراة
رتقا ويقبل في الرتقا والعذرا والاشيا التي لا يطلع عليها بقول النسا قول امراة واحدة وفي الفوائد
الظهيرية وعلى هذا لو شهدوا بزنا رجل وهو مجبوب لا يحد هولا الشهود ايضا لان الحد انما يجب على القاذف
لنفي العار والشين عن المقذوف وانه منفي عنه لمكان الجب م وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان
س اي والحال انهم عميان م او محدودون س اي او الحال انهم محدودون م في قذف او احدهم س اي او احد
الشهود م عبد او محدود في قذف فانهم س اي فان الشهود س يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت
بشهادتهم س اي بشهادة هولا م المال فكيف الحد س اي فكيف يثبت الحد الذي يندرئ بالشبهة م وهم
ليسوا س اي والحال انهم م ليسوا من اهل ادا الشهادة والعبد ليس من اهل التحمل س اي تحمل الشهادة م
والادا س اي ولا من اهل ادا الشهادة م فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالادا س اي يثبت
عند القاضي باداء الشهادة عند عدم الاقرار م وان شهدوا وهم فساق س بضم الفا وتشديد السين
جمع فاسق م او ظهر انهم فساق س يعني شهدوا ثم بعد الشهادة ظهر انهم فساق م لم يحدوا لان الفاسق
من اهل التحمل والادا وان كان في ادايه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا س اي ولكون الفاسق من اهل
التحمل والادا م وان كان في ادايه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا
س وقد دل على انه من اهل الادا قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا اي فتثبتوا فلو لم يكن للفاسق
شهادة لقال فلا تقبلوا ولم يقل ذلك بل قال فتبينوا وفايدة التثبت القبول عند ظهور الصدق
رجحانه عند القاضي بالتامل في احواله ان مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة ام لا وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولو قضى القاضي بشهادة الفساق جاز يعني عندنا م فيثبت
بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الادا لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا س اي فلاجل
ذلك م يمتنع الحدان س اي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على الشهود م وياتي فيه س اي
في حكم هذه المسئلة م خلاف الشافعي رحمه الله م بنا على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو
كالعبد عنده س اي الفاسق في شهادته كالعبد عند الشافعي رحمه الله ويحد الشهود حد القذف
عنده وبه قال احمد في رواية ومالك م وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا س هذا لفظ القدوري
في مختصره وهو احد قولي الشافعي وفي قول اخر لا حد عليهم وقال الكاكي حدوا اي عند طلب المشهود عليه
الحد ذكره البزدوي لاختلاف الائمة فيه لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم م لانهم
قذفة س اي لان الذين نقصوا عن الاربعة قذفة جمع قاذف كسرقة جمع سارق م اذ لا حسبة س
لاقامة الحد م عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها س اي باعتبار
الحسبة لان الشاهد مخير بين حسبتين عليه كما مر في اول الباب وما لم يوجد حسبة الستر فذلك
ظاهر وان لم يوجد حسبة ادا الشهادة ايضا فتعين القذف فلزم الحد ولان الله تعالى جعل نصاب الشهادة

في الزنا او دعوة واذا انتقص العدد عنها صاروا قذفة فيحدون حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واعلم ان في قول المصنف لانهم
قذفة اثرا اخرجه الحاكم في المستدرك في فضائل المغيرة بن شعبة عن ابي عتاب سهل بن حماد
عن عبد العزيز بن ابي بكرة قال كنا جلوسا عند باب الصغير الذي في المسجد ابو بكرة واخوه نافع
وشبل بن معبد فجاء المغيرة بن شعبة يمشي في ظلال المسجد والمسجد يومئذ من قصب والمغيرة
يومئذ امير البصرة امره عليها عمر بن الخطاب رضي الله عنه فانتهى الى ابي بكرة فسلم عليه فقال له
ابو بكرة ايها الامير ليس لك ذلك اجلس في بيتك وابعث الى من شئت يحدث معه قال يا ابا بكرة
لا باس ثم دخل المغيرة من باب الاصغر حتى نفذ الى باب ام جميل امراة من قيس فدخل عليها فقال
ابو بكرة والله لا اصبر على هذا ثم بعث غلاما له فقال له ارق الغرفة وانظر من الكوة فذهب فنظر فلم
يلبث ان رجع فقال وجدتهما في لحاف فقال ابو بكرة للقوم قوموا معي فقاموا فبدا ابو بكرة فنظر
ثم استرجع ثم قال لاخيه انظر فنظر فقال له ما رايت قال الزنا محضا ثم قال لشبل انظر فنظر فقال
مثل ذلك فقال اشهد والله عليكم قالوا نعم ثم كتب ابو بكرة الى امير المومنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه
بما راى فبعث عمر ابا موسى الاشعري رضي الله عنه اميرا على البصرة وامره ان يرسل اليه المغيرة ومعه
ابو بكرة وشهوده فلما قدم ابو موسى ارسل بالمغيرة والى ابي بكرة وشهوده فقال للمغيرة ويل لك ان كان مصدوقا
عليك وطوبى لك ان كان مكذوبا عليك فلما قدموا على عمر رضي الله عنه قال لابي بكرة هات ما عندك
قال اشهد اني رايت الزنا محضا ثم تقدم اخوه نافع فقال نحو ذلك ثم تقدم شبل بن معبد البجلي فقال
نحو ذلك ثم تقدم زياد فقال له ما رايت قال رايتهما في لحاف وسمعت نفسا عاليا ولا ادري ما وراء ذلك
فكبر عمر رضي الله عنه وفرح اذ نجى المغيرة وضرب القوم الحد الا زيادا انتهى وسكت عنه وروى عبد
الرزاق عن الثوري عن سليمان التيمي عن ابي عثمان النهدي قال شهد ابو بكرة ونافع يعني بن علقمة
وشبل بن معبد على المغيرة انهم نظروا اليه كما ينظرون الى المرود في المكحلة فجاء زياد فقال عمر رضي الله
عنه جاء رجل لا يشهد الا بالحق فقال رايت مجلسا قبيحا وانبهارا فجلدهم عمر الحد قال ابو نعيم
هولاء الذين شهدوا اخوة لام امهم سمية وزياد بن سمية كان يسمى زياد بن ابيه انتهى الانبهار
البهر وهو النفس العالي م وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ش يعني جلد وكان غير
محصن ثم جرحه السياط م ثم وجد احدهم ش اي احد الشهود م عبدا او محدودا اي في قذف فانهم يجلدون
لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة ش اي الشهود ثلاثة لان الشهود في الزنا اذا كانوا اقل من اربعة يجب
عليهم حد القذف لقصور عدد الشهادة ويجب الحد على العبد والمحدود وكذلك اذا وجد احد الشهود
اعمى م وليس عليهم ش اي على الشهود م ولا على بيت المال ارش الضرب ش في معرفة الارش ان يقوم
المحدود عبدا سليما عن هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر فينظر ما ينقص من القيمة فيقضي من الدية
م وان رجم ش بان كان محصنا ثم ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف م فديته على بيت المال ش هذا
بالاتفاق لان القاضي اخطا في قضائه للعامة فوجب الضمان في مالهم م وهذا ش اي المذكور من
التفصيل عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال ش والحربي اذا قذف مسلما يجب عليه
بالاتفاق وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق وحد الزنا والسرقة يجب عند ابي يوسف ولا يجب عند ابي
حنيفة ومحمد والذمي يجب عليه جميع الحدود الا حد الخمر وقد مر في باب الوطء الذي يوجب الحد م
قال ش اي المصنف رحمه الله م معناه ش اي معنى كلام محمد في الجامع الصغير ارش الضرب ايضا على
بيت المال م اذا كان جرحه ش اي الضرب لانه اذا لم يجرح لا يجب شيء اخذا كذا ذكره العتابي م
ش اي معنى كلام محمد في الجامع الصغير ارش الضرب ايضا على بيت المال وعلى هذا الخلاف ش
اي الخلاف المذكور م اذا مات ش اي المجلود م من الضرب ش يجب دية النفس في بيت المال
عندهما اذا ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى وعند ابي حنيفة لا يجب شيء م وعلى
هذا ش اي وعلى هذا الخلاف المذكور م اذا رجع الشهود ش بعد الجرح بالجلد او الموت بالجلد م لا يضمنون
عنده ش اي عند ابي حنيفة اصلا لا ضمان النفس ولا ضمان الارش م وعندهما يضمنون ش ارش
الجراحة ان لم يمت المجلود والدية ان مات م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان الواجب بشهادتهم

مطلق الضرب

مطلق الضرب ش يعني بحيث يعد السلامة اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع ش عن وسع الضارب
م فيضاف الجارح وغيره ش اي يشمل الضرب الجارح وغير الجارح فيضاف ش اي الجرح او الهلاك الى
شهادتهم لانهم ش اي الشهود الجلاد م فيضمنونه بالرجوع ش لانه ظهر كذبهم في شهادتهم م وعندهم
الرجوع يجب ش اي الضمان م على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي ش لانه اخطا في قضائه
ولا يرجع الى الشهود لانهم ما رجعوا والقاضي اذا اخطا في قضائه يجب الضمان في من وقعت منفعة
القضاء لاجله وهنا وقعت المنفعة للعامة لان منفعة الحد هي اخلاء العالم عن الفساد فيقع للعامة
وهو ش اي القاضي م عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم ش وما لهم بيت مال المسلمين م فصار كالرجم
والقصاص ش اي وصار الجرح او الهلاك بالجلد على تقدير عدم رجوع الشهود بان ظهر بعضهم عبدا او
محدودا كالرجم والقصاص ش يعني اذ في الرجم والقصاص تجب الغرامة في بيت المال فكذا في الجرح
او الموت بالجلد م ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مولم غير جارح ولا مهلك
ش الا ترى ان الحد لا يقام في الحر الشديد او البرد الشديد ولا على المريض حتى يبرا كيلا يقع متلفا
ولا يسوط له ثمرة كيلا يقع جارحا م ولا يقع ش اي الضرب حال كونه م جارحا ظاهرا الا لمعنى في
الضارب وهو قلة هدايته ش اي المعنى في الضارب قلة هدايته في عمله وقلة احتياطه م فاقتصر
عليه ش اي فاقتصر الجرح او الاهلاك على الضارب من غير ان يضاف الى الشهود او القاضي م الا انه ش
استثناء من قوله فاقتصر عليه وهذا جواب عما يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي ان يجب الضمان عليه
وهو القياس فاجاب عنه بقوله م الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح ش وهو الاستحسان م كيلا يمتنع
الناس عن الاقامة ش اي عن اقامة الحدود م مخافة الغرامة ش لاجل الخوف عن الغرامة وقال الصحيح
احتراز عما ذكره في مبسوط فخر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس [illegible]
الوجه لانه امر بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع
فعله متعديا فيجب عليه الضمان والله اعلم م وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد ش
اي الرجل م لما فيها ش اي في شهادة الفروع م من زيادة الشبهة ش يعني لما فيها من شبهة زادت
على الاصل لم يكن فيه قال الكلام اذا امتد او تكرر الالسنة يتمكن فيها زيادة ونقصان م ولا ضرورة
الى تحملها ش اي الى تحمل زيادة الشبهة لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها وبه قال الشافعي في قول
ومالك واحمد وقال الشافعي في الاصح يقبل اذا كان بشرائطه كشهادة الاصول م فان جاء
الاولون ش اي الاصول بعد ما شهد الفروع م فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان ش يريد به
ذلك الزنا بعينه م لم يحد ايضا معناه ش اي معنى قول محمد في ذلك المكان م شهدوا على ذلك الزنا
بعينه لان شهادتهم ش اي شهادة الاصول م قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه
الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ش اي الفروع قائمون مقام الاصول وهذا التعليل
لرد شهادة الاصول بسبب رد شهادة الفروع فان قيل يشكل هذا في الحقوق المالية فان ثمه
يقبل شهادة الاصول بعد رد شهادة الفروع والجواب ان المال يثبت بالشبهة بخلاف الحدود
م ولا يحد الشهود ش اي الاصول والفروع لا يحدون م لان عددهم متكامل ش والاهلية
ايضا موجودة م وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة ش في شبهة البدلية واحتمال الزيادة
والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الاصول م وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه ش اي
الشبهة كافية لاسقاط الحد لا لايجاب الحد يعني ان الشبهة ليست بموجبة ولكنها مسقطة له
م واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم ش اي الرجل م فكلما رجع واحد ش منهم م حد الراجع وحده
وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من بقي بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادته ربعه
ش اي عند الشافعي م بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل ش اي قتل
الراجع م دون المال بناء على اصله ش اي اصل الشافعي م في شهود القصاص ش يعني اذا رجعوا
بعد القصاص يقتلون عنده فكذا هنا اذا رجعوا بعد الرجم يقتلون وبقوله قال ابن ابي
ليلى وهو قول الحسن البصري ايضا م وسنبينه ان شاء الله تعالى ش قال الاترازي هذه حوالة
ليس لها رواج لانه ذكر ذلك في الحجاج م واما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه

ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث
ذلك شبهة س اشارة الى كون الميت مرجوما بحكم القاضي م ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا
بالرجوع لان به س اي بالرجوع م تنفسخ شهادته فجعل للحال س اي في الحال م قذفا للميت وقد
انفسخت الحجة س وهي الشهادة م فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه س في الضمير في عليه يرجع
الى الحجة على تاويل الكلام قاله الاترازي ح وقال الكاكي قوله وهو راجع الى ما وهو عبارة عن القضاء
والضمير في حقه راجع الى الراجع يعني ان القضاء انفسخ في حق الراجع لان القضاء مبتني على الشهادة
وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع م ولا يورث س اي كونه مرجوما بقضاء القاضي لا يورث م
الشبهة س في سقوط حد القذف عن الراجع لان القضاء انفسخ في حقه م بخلاف ما اذا قذفه غيره
س اي بخلاف ما اذا قذف الميت غير الراجع م لانه س اي ان المرجوم م غير محصن في حق غيره س اي
غير الراجع م لقيام القضاء في حقه س اي في حق غير الراجع فصار قيام القضاء شبهة في حقه فلم يحد
قاذفه م فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا س يعني حد الشهود كلهم
واعلم ان رجوع الشهود لا يخلو اما ان يكون بعد القضاء والامضاء او بعد القضاء قبل الامضاء
او قبل القضاء والامضاء فهذه فصول ثلاثة وقد ذكر الفصل الاول وشرع ههنا في الفصل الثاني
وهو ما اذا رجع بعد القضاء قبل القضاء وهو قوله فان لم يحد المشهود عليه وهو ما اذا رجع بعد
القضاء قبل الامضاء يحدون كلهم م وسقط الحد عن المشهود عليه س في قول ابي حنيفة
وابي يوسف في قوله الاخر م وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ
الا في حق الراجع س لا في حق غيره م كما اذا رجع بعد الامضاء س وبه قال ابو يوسف اولا وهو قول
زفر ايضا وقول الشافعي في احد قوليه لا يحد الا الراجع م ولهما س اي لابي حنيفة وابي يوسف
ان الامضاء من القضاء س اي ان امضاء الحد بمنزلة القضاء بدليل ان الامضاء لا يجوز الا بحضرة
القاضي ولهذا يجعل الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت
والغيبة بعد القضاء قبل الامضاء كالحادثة قبل القضاء فاذا كان الامضاء من القضاء كان الرجوع
قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء يحدون جميعا وهو معنى قوله م فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل
القضاء ولهذا س اي ولاجل ان الامضاء في القضاء في باب الحدود م يسقط الحد عن المشهود عليه
اذا رجع واحد بعد القضاء قبل الامضاء كما يسقط اذا رجع قبل القضاء م ولو رجع واحد منهم
س هذا هو الفصل الثالث وهو ما اذا رجع قبل القضاء والامضاء اي لو رجع شاهد واحد من الشهود
الاربعة س قبل القضاء م والامضاء حدوا جميعا س اي يحدون كلهم م وقال زفر حد الراجع خاصة
لانه س اي لان الراجع م لا يصدق في حق غيره س يعني ان رجوعه حجة في نفسه لا على غيره م ولنا ان كلامهم
قذف في الاصل س يعني لكونه صريحا فيه م وانما يصير شهادة باتصال القضاء به س اي بكلامهم
م فاذا لم يتصل س اي فاذا لم يتصل القضاء بكلامهم م بقي قذفا فيحدون س لقصور عددهم
م وان كانوا خمسة س هذا عطف على اصل المسألة وهو قوله واذا شهد اربعة بالزنا فرجم فرجع
احدهم س يعني بعد الرجم لان وضع المسألة فيه م فلا شيء عليه س اي لا الحد ولا الدية لا على
الشهود ولا على الراجع وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد وعن مالك لا تجب الدية بالرجوع
اصلا وقال الشافعي في وجه يجب خمس الدية م لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة
فان رجع اخر س اي من الاربعة م حدا س اي الراجع الاول وهو الخامس والراجع الثاني من الاربعة
م وغرما ربع الدية س وبه قال الشافعي واحمد [illegible] الكذب وجب عليهما القود ان
كان عمدا وان كان خطأ وجب عليهما ربعها من الدية م وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا س اشارة الى قوله
ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع وقال الاترازي فان قلت حين رجع الواحد من الخمسة لا
شيء عليه اصلا فبعد ذلك كيف يجب عليه الحد والغرامة برجوع الاخر قلت انما لم يجب
عليه شيء وقت رجوعه لمانع مع وجود المقتضي والمانع بقاء الحجة الكاملة فلما رجع اخر زال المانع
فعمل المقتضي عمله م واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي
لا رجوع من رجع على ما عرف س اي في كتاب الشهادات م وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا س

على صفة المجهول من التزكية م فزكي نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء م فرجم س
اي الزاني م فاذا الشهود عبيد او مجوس فالدية على المزكين عند ابي حنيفة س وقال المصنف رحمه الله عليه
م معناه اذا رجعوا س اي المزكون م عن التزكية س وقال الاترازي قال صاحب الهداية معناه اذا رجعوا
عن التزكية اي معنى قوله فالدية على المزكين قال ويدل على صحة تاويله ما نص عليه الحاكم في الكافي اذا
شهد الشهود على رجل بالزنا والاحصان وزكاهم نفر زعموا انهم احرار ورجم ثم وجد احدهم عبدا قال
لا حد على الشهود ولا ضمان قلت فهل على المزكين شيء ان اقر المزكون في شهادتهم انهم احرار [illegible]
المزكين شيء ولا على الشهود فان رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا ضمان على المزكين قلت فان لم يقولوا انهم احرار وقالوا هم عدول ثم وجد واحد عبدا قال لا ضمان
على المزكين الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله وقال الكاكي قوله معناه اذا رجعوا عن التزكية بان قالوا
علمنا انهم احرار مسلمون مع علمنا بحالهم انهم عبيد وكذا في فتح الشروح فعلى هذا ينبغي ان لا يذكر
في الكتاب قول وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا بهذه التزكية وقيل تقتضي ان يكون معنى الرجوع عن التزكية
التي توجب الضمان عنده فيه قول اخر سوى التعمد وليس كذلك فان المزكي اذا قال اخطات في التزكية لا يضمن
بالاجماع وانما الخلاف فيما اذا تعمدت ذلك مع علمي بحالهم ذكره في جامع قاضي خان وغيره والمذكور
في المبسوط وقال تاج الشريعة معناه اذا رجعوا عن التزكية بان قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا انهم
مجوس حتى لو قالوا اخطانا لا يضمنون م وقالا س اي قال ابو يوسف ومحمد م هو على بيت المال س
الضمان في بيت المال م وقيل هذا س اي الضمان عند ابي حنيفة م اذا قالوا س اي المزكون م تعمدنا
التزكية مع علمنا بحالهم س اما اذا قالوا اخطانا فلا يجب عليهم الضمان قال الامام العتابي في شرحه
للجامع الصغير وقال محمد اذا قالوا علمنا انهم مجوس ومع هذا زكيناهم اما اذا قالوا اخطانا فلا يجب
عليهم الضمان لانهم نائبون عن القاضي والقاضي لو اخطا لا ضمان عليه فكذا هنا وانما وجب الضمان عليهم اذا
تعمدوا لانهم اظهروا علة التلف م لهما س اي لابي يوسف ومحمد م انهم س اي المزكين م اثنوا على الشهود
خيرا س حيث اثبتوا بذلك شرط الحد وهي العدالة م فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا
على احصانه س فلا يضمنون شيئا وبه قالت الثلاثة فاذا لم يضمنوا شيئا وجب الضمان في بيت المال
م وله س اي ولابي حنيفة رضي الله عنه م ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية س اذ الشهادة
في الحدود لا توجب شيئا بلا تزكية م فكانت التزكية في معنى علة العلة س لان التزكية علة للعلة
والعمل للعلة علة العلة والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة الا يرى ان حفر البئر لما كان
هو الذي جعل ثقل الماشي علة للوقوع في البئر يضاف الحكم اليه عند تعمد راضيا فتضاف الى الفعل
فيضاف الحكم اليها س اي الى علة العلة فصار المزكون كالشهود اذا رجعوا م بخلاف شهود الاحصان
لانه محض الشرط س حاصله ان الشهادة على الاحصان شرط محض او علامة معرفة لحكم الزنا
الصادر بعد وجود الاحصان ولا حاجة لثبوت الزنا الى شهود الاحصان لان الزنا يثبت بشهود
الزنا قبل الاحصان [illegible] لكن لا يثبت الزنا بشهود الاحصان [illegible] فظهر الفرق بين التزكية وشهادة
الاحصان م ولا فرق فيما اذا شهدوا س اي المزكون م بلفظة الشهادة او اخبروا س بان قالوا الشهود
بانهم احرار وقالوا هم احرار م وهذا س اي وجوب الضمان على المزكين في قول ابي حنيفة م اذا اخبروا
بالحرية والاسلام س فيما اذا اخبروا بحرية الشهود واسلامهم ثم ظهر الشهود مجوسا او عبيدا م
اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون س لان العبد قد يكون عدلا [illegible]
واعلم ان ذكورة المزكي شرط عند ابي حنيفة خلافا لهما ذكره في المختلف ولا يشترط العدد في المزكي
عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد ويشترط الاثنان في سائر الحقوق والاربعة في الزنا وتجوز تزكية
رجل وامراتين في الاحصان كذا قال الكاكي م ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة س فيه
نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله
لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء لما ظهر خطاه بتغير صار كان لم يكن فلا يتصل القضاء
بكلامهم فلم يصر شهادة م ولا يحدون س اي الشهود م حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا
يورث عنه س اي لا يورث حد القذف عن الميت لان الغالب فيه حق الله [illegible] بطريق الانقلاب

كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول على الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لا
يكون ظهورهم عبيدا او محدودين في قذف انقلابا كالرجوع فالجواب ان الانقلاب بصيرورة الشهادة قذفا
وكلامهم لم يقع شهادة م واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم
وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية في ماله وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة
بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة ش كالنكاح الفاسد يورث
شبهة في اسقاط الحد م بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء ش حيث يجب القصاص لعدم الشبهة لان القضاء
هو المورث للشبهة ولم يوجد اشار اليه بقوله لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه عطف على قوله
ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل ش اي ظن الذي قتله م مباح الدم معتمدا على دليل مبيح كما اذا ظنه
حربيا وعليه علامتهم ش اي كما اذا ظن المسلم او العادي او الشخص حربيا وعليه علامتهم اي علامة اهل
الحرب فقتله عمدا ثم ظهر ان المقتول ليس بحربي لا يجب القصاص لشبهة ظنه مباح الدم م وتجب
الدية في ماله لانه عمد والعواقل ش جمع عاقلة م لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس
القتل ش لا بالاقرار وكل شيء يجب بنفس القتل تكون الدية مؤجلة في ثلاث سنين م وان رجم ش على
بناء الفاعل معطوف على قوله فضرب عنقه اي وان رجم ذلك الرجل المذكور المشهود بالزنا بعد القضاء
بالرجم وفي لفظ مبسوط البكري رجمه بالحجارة ولفظ مبسوط السرخسي وان كان رجم هذا الرجل ثم
وجد م ثم وجدوا ش اي الشهود م عبيدا فالدية في بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله
اليه ش اي نقل فعل هذا الذي رجم الى الامام م ولو باشره بنفسه ش اي لو باشر الامام الرجم بنفسه
تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا ش عند قوله فيما مضى قبل ورقة بقوله لانه انتقل فعل الجلاد
الى القاضي م وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم م كذا هذا ش اي كذا الحكم ههنا والاشارة الى فعل الراجم
م بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره ش اي امر الامام لانه امر بالرجم دون حز الرقبة فلم
ينتقل فعله اليه م واذا شهد اربعة على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر ش اي الى فرج الزاني والزانية م
قبلت شهادتهم ش وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك واحمد ولو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل
اجماعا وفي جامع السرخسي قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم وبه قال الاصطخري من اصحاب الشافعي
لاقرارهم بالفسق على انفسهم اذ النظر الى عورة الغير فسق م لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة
ش لانهم مكلفوا على اقامة الشهادة على انهم وان كان مندوبا في الحلة والرشد في الستر والفلو والحيرة
م فاشبه الطبيب والقابلة ش اي اشبه نظر شهود الزنا الى فرج الزاني والزانية لضرورة في ذلك
نظر الطبيب والقابلة الى الفرج وهذا لان الطبيب يجوز ان ينظر الى موضع العورة لضرورة
المداواة وفي ... في خلاصة الفتاوى ولا يجوز النظر الى العورة الا عند الضرورة وهي الاحتقان
والختان والمداواة والولادة والبكارة في العنة والرد بالعيب والمراة في حق المراة والى ما لم
يوجد سترها ودار موضع الضرورة م واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد
ولدت منه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط اي شرائط الاحصان لان الحكم
بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ش اي على الرجل م ولهذا ش اي ولاجل الحكم بالدخول
عليه م لو طلقها يعقب الرجعة ش اي الطلاق يعقب الرجعة يعني له ان يراجعها بعد الطلاق والطلاق
قبل الدخول لا يعقب الرجعة م والاحصان يثبت بمثله ش اي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهرا
وفيه شبهة م فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي ش
ومالك واحمد م فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه ش اي
الاحصان م شرط في معنى العلة ش فلا تقبل شهادة النساء فيه لان شهادة النساء لا مدخل لها في باب
الحدود م لان الجناية تتغلظ عنده ش بيانه ان علة حد الزنا هو الزنا لكنه تتغلظ عند وجود
الاحصان ولهذا اوجب الرجم الذي هو اقصى العقوبات فكان الاحصان شرطا في معنى العلة فلا
تقبل شهادتهن على الحد فلا تقبل ايضا على شرطه وهو الاحصان لانه في معناها لتغلظ الجناية
عنده وهو معنى قوله لان الجناية تتغلظ عنده ش اي عند زفر م فيضاف الحكم اليه ش اي الى الاحصان
م فاشبه حقيقة العلة ش فلا ... الا كما يترتب على ذلك امران احدهما ما ذكره في الكتاب وهو قوله

فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء ش اي لدفع الحد والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد
الرجم يضمنون عنده لان شهود العلة يضمنون بالرجوع بالاتفاق م فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي
زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا يقبل ش يعني ان الزاني ممن لو كان مملوكا للذمي وهو مسلم فشهد شاهدان
انه اي ان مولاه الذي اعتقه قبل الزنا لم يرجم لما ذكرنا ش اي لان الاحصان شرط في معنى العلة م ولنا
ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة ش بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام
وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة م وانها ش اي وان الخصال الحميدة م مانعة من
الزنا فلا يكون في معنى العلة ش لان المانع عن الشيء لا يكون علة ولا سببا له ولا شرطا ايضا فضلا عن ان يكون
في معنى العلة م وصار ش حكما اذا شهدوا به ش اي بالاحصان م في غير هذه الحالة ش اراد بهذه الحالة ما بعد
الزنا وقال الاكمل يعني لو شهد رجل وامراتان ان فلانا تزوج هذه المراة ودخل بها قبلت شهادتهم فكذلك
ههنا م بخلاف ما ذكر ش اي بخلاف ما ذكر من شهادة الذميين في ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا م لان شهادة
اي شهادة الذميين م وانما لا يثبت سبق التاريخ ش يعني يثبت العتق لكن لا يثبت سابقا على الزنا م لانه ينكره
المسلم ش اي لان سبق التاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة اهل الذمة ولان المسلم يتضرر
بسبق التاريخ من حيث تغليظ العقوبة عليه ولا يجوز ان يتضرر المسلم بشهادة الكفار وكذا في المبسوط
وهو معنى قوله م ويتضرر به المسلم ش اما شهادة النساء في غير الحدود مقبولة وان تضرر به المسلم م
فان رجم فشهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر ش وللشافعي في ضمان شهود الاحصان ثلاثة
اوجه احدها لا ضمان عليهم وهو قولنا والثاني يجب وهو قول زفر والثالث اذا رجعوا مع الشهود على
الزنا ان شهدوا بالاحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنا وان شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنا وفي ما يضمنان
الدية وجهان في وجه يضمنان نصف الدية والثاني ثلث الدية كما في الحلية م وهو فرع ما تقدم
ش اي عدم الضمان على شهود الاحصان عندنا اذا رجعوا ووجوب الضمان عند زفر بناء على ما قلنا انه في
معنى العلة عنده وشرط محض عندنا لا يتعلق به الوجوب والوجود بل هو علامة معرفة لحكم الزنا الصادر
بعده **فروع** وفي الاحصان يكفي للشهود ان يقولوا دخل بها وجامعها وقال محمد لا بد ان يقولوا جامعها
او ماضعها لان الدخول مجمل ولو انكر الاحصان بعد ثبوت الزنا فشهدوا انه تزوج بامراة ودخل بها ثبت
احصانه حتى يرجم كما لو قال وطيها او جامعها عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قالت الثلاثة وقال محمد
لا يثبت احصانه فلا يرجم كما لو شهدوا انه قربها او اتاها ولو شهد اربعة انه زنى بامراة واربعة اخرى بامراة
اخرى فرجم ورجع الفريقان ضمنوا ديته بالاجماع وحدوا للقذف عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال
احمد وقال محمد لا يحدون وبه قال الشافعي ولو شهدوا على الزنا واقر مرة به حد عند محمد وبه قالت الائمة الثلاثة
لان البينة وقعت معتبرة فلا تبطل بالاقرار وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يحد وهو الاصح واذا اقر اربع
مرات لا يحد عندنا خلافا للشافعي ومالك واحمد فان عندهم يحد القاضي اذا امر بالرجم او بالجلد يحل لمن سمع
لمن لم يعاين الشهادة او سبب الرجم وجوب او الجلد عند ابي حنيفة وابي يوسف يسع وعند محمد لا يسع
لمن لم يشاهد وافتى فقهاء ما وراء النهر بقول محمد لغلبة الفساد على القضاة فلا يؤمنون في الخصوص في
الحدود التي تدرأ بالشبهات وقد فصل بعض المشايخ في ذلك فقال القضاة اربعة عالم عادل وهذا
واجب الطاعة فيجب الائتمار وعادل جاهل وهذا يسال عن كيفية ثبوت ما ثبت عنده فان اخبر بما
يوافق الشرع قبل قوله وعمل به وظالم عالم وظالم جاهل وهذا لا يقبل قولهما ولا يلتفت اليهما
وقيل يسال الثالث عن ثبوت الحكم عنده فان وافق يقتضي علمه عمل به وان ظهر فيه انه ظلم ترك هـ

باب حد الشرب

ش اي هذا باب في بيان حكم حد الشرب
قدم حد الزنا على حد الشرب لما ان دعا الطبع الى الزنا اكثر عند فرط الشهوة ولهذا ضربه اشد من
ضرب الشرب وفي الزنا قتل النفس وفي شرب الخمر فوات العقل وكان العقل كالتابع للنفس واخر حد
القذف عن حد الشرب لتيقن الجريمة في الشارب دون القاذف لانه يحتمل انه صدق في القذف بان
كان المقذوف زانيا ولهذا كان حد القذف اخف من الجميع وتاخير حد السرقة لما انه شرع لصيانة الاموال
والمال تبع م ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة ش اي والحال ان ريح الخمر موجودة في فيه م او جاءوا
به سكران ش اي جاءوا به الى مجلس القاضي حال كونه سكران م فشهد الشهود عليه بذلك ش اي بشرب الخمر م فعليه

الحد وكذلك اذا اقر ش اي بشرب الخمر وريحها موجودة م اي والحال ان ريحها موجودة في فيه ذكر ضمير
الريح بالتأنيث لان الريح من الاسماء المؤنثة السماعية م لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد
اي والحال ان العهد لم يتقادم ش التقادم في الحدود الا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق
على ما يأتي الان م والاصل فيه ش اي في هذا الباب م قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم
من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه ش هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن ابي
هريرة اخرج حديثه اصحاب السنن الا الترمذي عن ابي سلمة عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه ورواه ابن حبان
في صحيحه وقال معناه اذا استحله ولم يقبل التحريم ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم
ولم يخرجاه وعن معاوية اخرج حديثه اخرجوه الا النسائي عن ابي صالح عنه قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وعن ابن عمر رضي الله عنهما اخرج حديثه ابو داود قال قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نحوه وقال في الخامسة ان شربها فاقتلوه وعن قبيصة بن ذويب
اخرج حديثه ابو داود عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده
ثم اتي به فجلده ثم اتي به فجلده ثم اتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة وفي صحبة
قبيصة خلاف وعن جابر اخرج حديثه النسائي عنه مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الحديث وعن
ابي سعيد الخدري اخرج حديثه ابن ماجة مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الى اخره وعن عبد الله بن عمرو
حديثه الحاكم في المستدرك مرفوعا نحوه وعن جرير اخرج حديثه الحاكم ايضا عنه مرفوعا نحوه وعن
ابن مسعود اخرج حديثه الطبراني في معجمه م واذا اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحد ش وبه قالت الثلاثة م وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهبت ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحد ش فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق م غير انه مقدر بمضي الزمان عنده ش اي عند
محمد م اعتبارا بحد الزنا ش مقدر بشهر لان ما دونه قريب م وهذا ش يعني تقدير الزمان م لان التأخير
يتحقق بمضي الزمان ش ولابد من تقدير زمان اما ان ذلك ستة اشهر او شهر واحد فيعلم في موضع اخر
م والرائحة قد تكون من غيره ش اي من غير شرب الخمر م كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت
لهم لا بل اكلت السفرجلا ش يروى البيت بكلمة قد شربت وهي رواية المطرزي في المغرب وبه وفي
رواية الفقهاء فعلى الاول يسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثاني تحرك بالكسر لضرورة
الشعر ولا يسقط ويجوز تحريك همزة الوصل في الحشو والانصاف قوله انكه بكسر الهمزة وسكون النون وفتح
الكاف وسكون الهاء وهو امر من نكه ينكه يأمره بان ينكه ليعلم انه شارب هو او غير شارب واصله من
النكهة وهي ريح الفم ونكهته اذا شممت ريحه قال الجوهري واستنكهت الرجل فنكه في وجهي
ينكه وينكه نكها اذا امرته ان ينكه ليعلم انه شارب او غير شارب وكلامه يدل على انه يأتي في باب منع
يمنع ومن باب ضرب يضرب وهو متعدي ولا يتعدى والمدامة اسم من اسماء الخمر وقال الازهري والمدام
بمعنى المدام وهي الخمر قلت لا يحتاج ان يقال بمعنى الخمر لان كليهما من اسماء الخمر م وعندهما ش اي وعند
ابي حنيفة وابي يوسف م يقدر ش اي التقادم م بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فان
وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ش هذا عن عبد الله بن مسعود غريب بهذا اللفظ وروى عبد الرزاق في
مصنفه عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه اتي بسكران فقال ترتروه ومزمزوه واستنكهوه
ففعلوا ثم عاد به من الغد ودعى بسوط ثم امر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة قال للجلاد
اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه قوله ترتروه امر من الترترة بتاءين مثناتين من فوق وهي
التحريك وكذلك مزمزوه اي من المزمزة بزائين معجمتين قال صاحب المغرب الترترة والتلتلة والمزمزة
هو الكلام فيه انفا وقال ابو عبيد انكر بعض اهل العلم هذا الحديث لان الاصل في الحدود اذا
جاء صاحبها مقرا فانما الرد والاعراض وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم حين اقر ماعز فكيف ما امر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر
سكره فلو ظهر فتاويله انه جاءه رجل مولع بالشراب مدمن فاستجاز ذلك انتهى قلت ليس في خبره

ابن مسعود انه اتي به وهو مفيق حتى يضعف بعد ذلك وانما اتي به وهو سكران فقال ترتروه الى اخره ليعلم
انه سكران ام لا م ولان قيام الاثر ش اي اثر الخمر م من اقوى دلالة على القرب ش اي على قرب العهد م وانما يصار
الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ش اي باعتبار الاثر م والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل هذا
جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره م وانما تشتبه ش اي الامر م على الجهال ش بضم الجيم وتشديد الهاء
جمع جاهل واراد بالجهال الذين لا يميزون الروائح م واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا
على ما مر تقريره م ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه م وعندهما ش لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة
لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا براي ابن مسعود وقد شرط ش اي ابن مسعود م
قيام الرائحة على ما رويناه ش يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وقال الاكمل رحمه الله وفيه
نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على ان الشرط
الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود شرطية
والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم
ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا ولا ذكره وايضا ذكر في اول الباب
انه ثابت بقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقال هاهنا انه ثابت باجماع الصحابة ومما منا
وايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه انتهى كلامه
قلت قوله ولكن لا دليل مجرد النفي وهو لا ينافي احتمال الدليل قوله يفيد الوجود عند الوجود
لا غير يعني لا يوجب العدم عند عدمه فعلى هذا يجب الحد عند وجود الرائحة ولا ينعدم عند عدمها
قلت عدم الحكم عند عدم الراي لا باعتبار ان عدم الشرط اوجب عدم الحكم بل لعدم الاجماع على الحد
على ذلك التقدير لان اجماعهم لا يصح بدون راي ابن مسعود وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة فان
قلت ان لم يوجبه الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وليس فيه
قيد اشتراط الرائحة قلت قد حصل منه الشرب اضطرارا او اكراها فتمكنت الشبهة فلا يصح
ايجاب الحد به قوله ومما منا فان قلت الحديث من قبيل الاحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع حجة
قطعية فثبت به م فان اخذه الشهود وريحها توجد منه وهو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر
فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به ش اي انقطع ريح الخمر قبل ان ينتهوا بهذا السكران الى الامام
حد في قولهم ش اي في قول ائمتنا الثلاثة م جميعا ش يعني بلا خلاف بينهم لان زوال الرائحة
للعذر فلا يعتبر وفي المحيط كما لو زالت الرائحة بالمعالجة والاصل فيه ان قوما شهدوا عند
عثمان رضي الله عنه على عقبة بشرب الخمر وهو كان بالكوفة فحمله عثمان الى المدينة واقام الحد عليه م
لانه عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ش يعني في صورة زوال الرائحة
بالعذر م ومن سكر من النبيذ حد ش النبيذ على وزن فعيل يعني مفعول وهو الذي يعمل في الاشربة
من التمر والزبيب والعسل والحنطة والشعير والذرة والارز ونحو ذلك من نبذت التمر اذا القيت
عليه الماء ليخرج حلاوته اليه وسواء كان مسكرا او غير مسكر فانه يقال له نبيذ ويقال للمعتصر من
العنب نبيذا كما يقال للنبيذ خمر وما يتخذ من الزبيب شانه ينقع ويعبر بالنقيع ان ينقع الزبيب
بالماء ويترك اياما ليخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف
بالزبد يحرم واما النبيذ فهي التي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام واذا غلا واشتد وقذف
بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف الا انه يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل وما يتخذ
من التمر يقال له السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوا
واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة وابي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدح المسكر
وقال محمد والشافعي لا يحل وانما قال من سكر من النبيذ حد بالسكر فيه لانه شرط بخلاف الخمر فانه يحد
بشرب قطرة منها بدون السكر بالاجماع والحد في غير الخمر لا يجب الا بالسكر وبه قال النخعي وابو وائل وقال
مالك والشافعي واحمد والاوزاعي والحسن وقتادة وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم يحد في قليله وكثيره
كالخمر والسكر ليس بشرط اذا كان هو مسكرا م لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ ش
هذا اخرجه الدارقطني في سننه عن سعيد بن ذي لعوة ان اعرابيا شرب من اداوة عمر رضي الله عنه نبيذا

فبيان

سكر فضربه الحد قال الدارقطني وهذا لا يثبت ورواه العقيلي في كتابه وزاد فيه فقال الاعرابي انما
شربته من اداوتك فقال عمر انما جلدناك على السكر واعله بسعيد هذا واسند تضعيفه عن البخاري
وقال في التنقيح قال ابن المديني سعيد هذا مجهول فان قلت قوله حد غير معلوم ما هو من حيث الكمية
قلت وعد بيانه بقوله م وسياتي الكلام في حد السكر ومقداره في حد المسكر عليه ان شاء الله تعالى ش وياتي بيانه
في هذا الباب عن قريب م ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها ش اي او تقيا الخمر م لان الرائحة يحتمله
قال الاتراري يرد على تعليله هذا اشكال لانه قال قبل هذا ان التمييز بين الروائح ممكن للمستدل وقطع
الاحتمال وهنا عكس ثم قال وتكلف بعضهم في توجيه ذلك فقال الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال
والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء وقال ايضا والتمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال
لمن لم يعاينه وفيه نظر لان من عاين الشرب بني الامر على عيان ويقين لا على استدلال وتخمين وصاحب
الهداية اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان فقد وقع اذا كلام هذا الشارح عن
كلامه فرسخا انتهى قلت اراد بقوله وذكر بعضهم الكاكي فانه كذا ذكره في شرحه والاكمل ايضا
اخذ كلامه هذا وذكره في شرحه وذكر الجوابين ثم استحسن الجواب الثاني وقال في وجه حسنه لاشتماله
على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس
معه ذلك ثم قال ويجوز ان يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد رحمه الله م وكذا الشرب يقع عن
اكراه واضطرار ش على قولهما فلا يلزم شيء وحد ابن عمر رضي الله عنه حجة ايضا فانه لم يحد بوجود الرائحة
ولا يثبت بمثله الحد كالبنج ولبن الرماك وبه قالت الثلاثة وفي النهاية وهو مخالف لما ذكره الامام
المحبوبي في جامعه وعن ابي حنيفة ان من زال عقله بالبنج ان علم انه بنج حين اكل يقع طلاقه وعتاقه
وان لم يعلم لا يقع ثم قال والسكر في هذه الاشربة واشار الى الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير
والذرة والشهد والعسل والفرصاد وغيرها حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول غير
مشروب فمن الشرب اولى وبعض المشايخ قال في زماننا الفتوى على ما سكر من البنج يقع طلاقه ويحد
لفشو هذا الفعل فيما بين الناس م ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر
المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك ش هذا مخالف لما ذكره المحبوبي من قوله لان السكر من البنج
حرام مع انه ماكول غير مشروب وقد ذكرناه الان مما فيه الكفاية وقال الاكمل هذا ليس بصحيح لان
رواية المحبوبي تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام وكلام المصنف يدل على ان
البنج مباح ولا تنافي بينهما انتهى قلت فيما قاله نظر لانه تقوية لمن يولع بالبنج وفيه من الفساد ما لا يخفى وقال في
اشربة الخلاصة وشرب البنج للتداوي لا باس به فان ذهب به عقله لم يحل وان سكر منه لم يحد عندهما
خلافا لمحمد قلت ينبغي اليوم ان يفتى بقول محمد قطعا لمادة الفساد م وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ش
لعدم اختياره م ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار ش لانه اذا حد في حال السكر
لا يحصل الانزجار بالحد لو حد وروي عن عمر رضي الله عنه انه حبس سكران الى ان يصحو فلما صحا جلده وبه قالت
الائمة الثلاثة م وحد الخمر والسكر ثمانون سوطا ش اي حد الخمر كيف ما شربها قليلا او كثيرا اذا كان عن طوع
سكر او لم يسكر ولو شرب قطرة وحد السكر بضم السين في غير الخمر ثمانون سوطا والحد في الخمر
غير موقوف على السكر بالاجماع وفي غيرها من المسكرات موقوف على السكر عندنا خلافا للائمة
الثلاثة على ما يجيء في الاشربة ان شاء الله تعالى م لاجماع الصحابة ش اي على الثمانين وروى البخاري في
صحيحه من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وامرة ابي بكر رضي الله عنه وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنه فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا
حتى كان اخر امرة عمر رضي الله عنه جلد اربعين حتى اذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين ولا شك ان عمر
رضي الله عنه جلد ثمانين بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه احد منهم فحل
محل الاجماع وبقولنا قال مالك واحمد في رواية واختاره ابن المنذر وقال الشافعي واحمد في رواية
اربعون فلو ضرب فيما بين ذلك باطراف الثياب والنعال لكفى على اصح الوجهين عنده ولو راى الامام
ان يجلده ثمانين جاز على الاظهر م يفرق على بدنه ش اي يفرق الثمانون على بدنه كما في حد الزنا على ما مر
ش في فصل كيفية الحد م ثم يجرد في المشهور من الرواية ش اي ثم يجرد المحدود عن ثيابه في جميع

الحدود

الحدود والتعزير الا الازار احترازا عن كشف العورة الا حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه الا انه
ينزع عنه الحشو والفرو فان ذلك يمنع وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى م وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم
يرد به نص ش اي لعدم ورود النص بذلك وقال الاتراري وقال بعضهم في شرحه اي نص قاطع فيه نظر لانه
لا حاجة الى التقييد بالقطع لانه لم يرد بالتجريد نص اصلا في كتب الحديث قلت اراد بقوله بعضهم الكاكي
وانه قال لم يثبت بالنص لانه لم يرد به النص القاطع كذا قيل وهو ايضا نسبه الى غيره واما الاكمل فانه قال
لم يرد به نص اي بالحد نص قاطع او بالتجريد نص وبقول محمد قالت الثلاثة م ووجه الظاهر ش اي من الرواية م انا
اظهرنا التخفيف مرة وبقول محمد قالت الثلاثة ش يعني من حيث العدد حيث لم يجعله مائة كما في الزنا م
فلا يعتبر ثانيا ش من حيث الصفة بترك التجريد وقال الاكمل فيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد
من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني ان التمايز بين تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم ضربوا
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي وغير ذلك ثم جلدا اربعين بالتقدير فيعد ذلك تغليظا لا
تخفيف والجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام على لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله
تعالى جاز له ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان
تخفيفا منه ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم محل المعتبر من ظهر التخفيف فلم يتعدوا شيئا وانما ظهر
التخفيف الذي كان باتنا بترك التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف لله در لطايفه م وان كان
ش اي المحدود م عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ش في فصل كيفية الحد واقامته
وقال الاتراري على ما عرف اي في اصول الفقه م ومن اقر بشرب الخمر والسكر ش بفتحتين هو
نقيع التمر اذا اغلي لم يطبخ كذا فسره الناطفي في الاجناس وقال في الجمهرة السكر كل شراب اسكر
وقال في ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير
الرطب والمراد هنا ما ذكره الناطفي وانما خصه بالذكر مع ان الحكم في ساير الاشربة كذلك حيث يصح رجوعه
لان السكر كان الغالب في بلادهم قال الاتراري ولا تروى السكر بضموم السين لان شرب السكر
محال اللهم اذا قيل انه معطوف على الشرب لا على الخمر على ان معنى او بشرب الخمر واقر بالسكر فذلك صحيح
من حيث العربية لكن السماع لم يقع الا على الاول ولكن الاقرار بالسكر لا يخلو اما ان يكون بعد
زوال السكر او حال السكر فالاول لا يجوز للتقادم والثاني ايضا لا يجوز لان السكران لا يحد باقراره وفي
مسالة اخر الكتاب ورايت في نسخة شيخي العلاء السيرامي رحمه الله بفتحتين وكتب تحته بخط شيخي
وكتب على الحاشية والرواية الصحيحة في الكتب السكر بفتح السين وروي بضم السين ثم قال هكذا
املاني شيخي رحمه الله تعالى عليه م ثم رجع لا يحد لانه خالص حق الله تعالى ش لانه لا مكذب له في الرجوع
وهو خالص حق الله فصار كالرجوع في الاقرار بالزنا م ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار
مرة واحدة ش وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعامة اهل العلم م وعن ابي يوسف ش وهو قول زفر م انه
يشترط الاقرار مرتين ش في مجلسين م اعتبارا للعدد الاقرار بعدد الشهود ش وهو نظير الاختلاف
في السرقة وسنبينها ان شاء الله تعالى ش اي سنبين هذه المسالة في السرقة ان شاء الله تعالى م ولا
تقبل فيه ش اي في حد الشرب م شهادة الرجال مع النساء ش ولا نعلم فيه خلافا م لان فيها ش
اي في شهادة النساء مع الرجال م شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان ش ذكر هذه الاشياء
الثلاثة اشارة الى ما في قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الى قوله فتذكر احداهما
الاخرى من رجالكم اي من اهل ملتكم اما شبهة البدلية فلان الله تعالى اثبت شهادتهن مع الرجال
عند عدم محض الرجال وما يكون عند عدم شيء اخر يكون كالبدل عنه كما في التيمم والوضوء وانما
قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في المواضع التي جازت شهادتهن
يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف ساير الابدال واما تهمة الضلال
فلان الله تعالى قال ان تضل احداهما اي ان لا تهتدي احداهما للشهادة من ضل الطريق اذا لم يهتد اليه
فتذكرها الاخرى واما النسيان فهو خوف من تذكير احداهما الاخرى وفي التفسير
الضلال النسيان والمعنى في هذا من اجل ان تضل احداهما الشهادة اي تنسى فتذكر الاخرى

ها

فعلى هذا يكون قوله والنسيان بالعطف على الضلال عطف تفسير كذا قاله شيخ العلاء فاذا كان كذلك صارت البدلية والنسيان شبهة فلم تسمع شهادتهم في باب الحدود لانها تندري بالشبهات كالشهادة على الشهادة لا تسمع في باب الحدود يوبده ما روي عن الزهري انه قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في باب الحدود والقصاص م والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا س قال الجوهري المنطق الكلام وقد نطق نطقا وانطقه غيره م قليلا ولا كثيرا اي لا منطقا قليلا ولا منطقا كثيرا م ولا يعقل الرجل من المراة س وفي الفوايد الظهيرية ولا يعرف الارض من السما قال س اي المصنف رحمه الله م وهذا ش اي المذكور في حد السكران م عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه س انما بين الخلاف بقوله لان المذكور اولا من مسايل الجامع الصغير ولم يذكر فيه الخلاف م وقالا بفتح البا وسكون الها اي قال ابو يوسف ومحمد م هو س اي السكران م الذي يهذي س بفتح اليا وسكون الها وكسر الدال المعجمة قال الجوهري هذا في منطقه يهذي ويهذو وهذا واهذي بان قلت الهذيان كلام مختلط من غير ان يفيد شيا م ويخلط كلامه س وصلح ان يكون تفسيرا لقوله يهذي م لانه س اي لان الذي يهذي ويخلط كلامه هو السكران في العرف س اي في عرف الناس وعاداتهم وبه قال الشافعي ومالك واحمد وابو ثور وان كان نصف كلامه هذيانا ونصفه مستقيما فليس بسكران م واليه س اي الى قولهما م مال اكثر المشايخ س كذا في المبسوط واختاروه للفتوى وعن بشر بن الوليد سالت ابا يوسف عن السكران الذي عليه الحد قال ان يستقرا قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وربما اخطا فيه الصاحي قال لان الله تعالى بين ان الذي يعجز عن قراءة هذه السورة سكران لان واحدا من الصحابة صلى بالناس قبل تحريم الخمر وكان سكران وقرا هذه السورة بخلاف ما انزلت فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى فثبت ان الله تعالى بين ان من عجز عن قراءة هذه السورة عرفت انه سكران كذا ذكره الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى عليه يدل عليه فاخرجه الترمذي في جامعه باسناده الى ابي عبد الرحمن السلمي عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه قال صنع لنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرات قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فانزل الله عز وجل يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وقال الكاكي وحكي ان الايمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ثم ان بعض الشرط اتى بسكران الى امير بلخ فامره الامير ان يقرا هذه السورة فقال السكران له اقرا انت سورة الفاتحة فلما قال الامير الحمد لله قال له السكران قف اخطات من وجهين احدهما انك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة والثاني انك تركت التسمية وهي اية من اول الفاتحة عند بعض الايمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطي ويقول امرتك ان تاتيني بسكران فاتيتني بمقرئ بلخ م وله س اي ولابي حنيفة م انه يوخذ في اسباب الحدود باقصاها درا للحد س اي دفعا له الا ترى ان في الزنا يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة وفي السرقة يعتبر الاخذ من الحرز التام فكذا ههنا اعتبرنا اقصى غايات السكر وهو ان يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من السماء والرجل من المراة واذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من ساير الاشربة المحرمة لا يحد لان السكر ناقص وفي النقصان شبهة العدم بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر اصلا لان حرمتها غليظة قطعية لا اجتهادية م ونهاية السكر يغلب السرور على العقل فتسلبه التمييز بين شي وشي ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو س يعني اذا كان

الا

الاشياء عرفنا انه يستعمل لعقله مع ما به من السكر فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندري بالشبهات م والمعتبر في القدح المسكر ش يعني في الاشربة المحرمة غير الخمر والمعتبر في القدح الذي يحصل به السكر م في حق الحرمة ما قالاه ش اي ما قال ابو يوسف ومحمد هو الذي يهذي ويخلط كلامه حاصل الكلام المعتبر في السكر هو الذي قالاه واشار بقوله م بالاجماع ش الى ان ابا حنيفة وافقهما بما قالاه م اخذا بالاحتياط م وقال تاج الشريعة ش الحاصل ان ابا حنيفة ادار الاحتياط في دارء فاعتبر في باب الحد النهاية اذ الاحتياط في دارء واعتبر في حق الشرب ما قالاه لان الاحتياط فيه م والشافعي يعتبر م يعني في السكر م ظهور اثره ش اي اثر السكر في مشيته م ش بكسر الميم وحركاته واطرافه ش اي في يديه ورجليه وقال الاتراري وصاحب الهداية فله في هذا الكلام في هذا القدر فخر الاسلام البزدوي لانه قال في شرح الجامع الصغير اذا ظهر اثره في مشيته واتلافه وحركاته فهو السكر م ولنا فيه نظر لان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر حين رواه قيل وهو المذكور من نسخهم ولا يعتبر السكر اصلا م وهذا ش اي الذي قاله الشافعي م متفاوت لان من صاح متمايل ويرنح في مشيته ولم من سكران ثابت في مشيته لا يتمايل فلا معنى لاعتباره ش اي لاعتبار ما قاله لانه لا يكون دليلا م ولا يحد السكران باقراره على نفسه ش يعني بالحدود الخالصة حق الله تعالى نحو حد الزنا والشرب والسرقة م لزيادة احتمال الكذب في اقراره ش لان الاقرار يحتمل الكذب على اقراره ش لان الاقرار يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران تزداد احتمال الكذب فاذا كان كذلك يحتال لدريه لان الحدود يحتال لدرها لانها بها م لانه خالص حق الله تعالى ش الا انه يضمن المسروق لانه حق العبد م بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد ش الا انه يحد حد القذف اذا صحى والسكران فيه ش اي في حق العبد ش كالصاحي عقوبة عليه كما في ساير تصرفاته م كالقصاص اقر على نفسه او بطلاق او عتاق صح اقراره ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته في الاستحسان وفي القياس تبين كما في المبسوط م لان الكفر من باب الاعتقاد ولا يتحقق ش الاعتقاد م مع السكر ش لان كلامه هذيانات لا قرار له والله اعلم وهو حسبي ونعم الوكيل

باب في حد القذف

ش اي هذا باب في بيان حكم القذف وهو في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة فكان القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه ورمى به الى المقذوف من الكباير باجماع الامة لقوله صلى الله عليه وسلم اجتنبوا م الموبقات قيل ما هن يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرمها الله تعالى واكل الربى واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات متفق عليه ش اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة ش او قذف امراة محصنة بصريح الزنا م بان قال المحصن يا زاني او المحصنة يا زانية ش او قال يا ولد الزنا او يا ابن الزنا او لست لابيك وامه حرة مسلمة ش وطالب المقذوف الحد ش اي طالب المقذوف القاذف عند الحاكم بان يحد م احده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا ش هذا يشتمل على قيود الاول وجوب الحد بالقذف سواء كان القاذف رجلا او امراة الثاني ان يكون من اهل تلك العقوبة والا فلا حد عليه كالصبي والمجنون الثالث التقييد بصريح الزنا لان حد القذف لا يجب بالكناية حتى لو قال رجل لرجل يا زاني فقال رجل اخر صدقت لم يحد المصدق لانه ما صرح بنسبته الى الزنا وتصديقه اياه الرابع ان يطالب المقذوف والا فقد ترك حقه فلا يستوفي الحد الخامس قيد الحر لان القاذف اذا كان عبدا يحد اربعين على ما ياتي السادس تقدير الحد ثمانين في الحر لان ذلك منصوص في الاية السابع الشرط كون المقذوف محصنا على ما ياتي م لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع ش اي باجماع العلماء قال الى ان ثم قال فاجلدوهم ثمانين قال الاكمل محصنا من كلام صاحب النهاية واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لصحة بدونه بان قال لست لابيك وبان القياس ان لا يجب المطالبة لان حق الله تعالى غالب والمغلوب لا يعتبر ملحقا بالمستهلك ولين وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالب حد وكذلك ابنه والجواب انه اذا قذفه بصريح وجد الشرط ووجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به ولا احراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالا للدرء وان المقذوف انا يقدر على المطالبة للعامة مقام المقذوف

وَلهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا لتحقق قيامه مقامه من كل وجه م وفي المقذوف اشارة
اليه ش اي الوحي بالزناء وهو اشتراط اربعة من الشهداء ش حيث قال فان لم يأتوا بالشهداء ان الزناء هو المحصن
باربعة شهداء م ويشترط مطالبة المقذوف لان حقه من حيث دفع العار ش صورة المطالبة ان يقول
ان هذا قذفني وان لي عليه حد القذف فاما المطالبة بذلك وسائر الشريعة ان الغلبة فيه لحق العبد
ولا يشترط الطلب فبثت الجواب وتقدم الفاضي كلام صاحب النهاية م واحصان المقذوف ش اي
يشترط احصان المقذوف م لما تلونا ش اشارة الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات م قال ش اي القدوري
في مختصره م ويفرق على اعضائه ش اي ويفرق الضرب على اعضاء القاذف م لما مر في حد الزناء م ان الجمع في
عضو واحد قد يفضي الى التلف وانما يفرق على الاعضاء ما خلا الوجه والرأس والفرج م ولا يجرد م
ش هذا ايضا لفظ القدوري م لان سببه ش اي سبب الحد وهو القذف م غير مقطوع به ش لاحتمال ان
القاذف صادقا في القذف في الواقع وان كان عاجزا عن اقامة البينة على ما قذف لاشتراط اربعة
الشهادة على ان المقذوف لم يتهيأ للشهود تحقيق ذلك عند القاضي فلما كان في القذف احتمال
الصدق لم يجرد ثيابه طلبا للخفة في اقامة الحد وهو معنى قوله م فلا يقام على الشدة خلاف الزناء لان سببه
مقطوع به لثبوته بالبينة او الاقرار فيجرد الذي يقام عليه الحد الا الازار موقيا عن كشف العورة
على الشدة الاشارات الاشار آخر فانه لا يجرد ويقدم م غير انه ممنوع عنه الفرو والحشو لان ذلك
ش اي الفرو والحشو يمنع ايصال الالم به ش اي بالجلد م وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان
ش وقد مر اي الرق منصف م والاحصان ش شرع في بيان شروط الاحصان وهي خمسة بينها بقوله م ان
يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزناء ش هذا باتفاق العلماء الا ما روي عن داود
الظاهري انه اوجب الحد على قاذف العبد وعن المسيب وابن ابي ليلى يجب بقذف الذمية التي لها ولد
مسلم وعن احمد في رواية لا يشترط البلوغ بل يشترط بحيث ان يكون يجامع وفي الاصح يشترط الاتيان
قوله والاحصان الى قوله الى عن فعل الزنا لفظ القدوري في مختصره وشرع المصنف يبين كل
بدلائله فقال اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من
اي الحرائر يعني ان الله تعالى اراد بقوله نصف ما على المحصنات من العذاب الحرائر لا الاماء فدل على ان الرقيق
ليس بمحصن وقوله ناخ الشريعة فان قلت قال الله عز وجل فاذا احصن والمراد منه الاماء فقد
قلت الاحصان يذكر ويراد منه الحرائر فشرطنا الحرية احتياطا لا للدرء وقال الكاكي فان قيل
المحصنات في القرآن جاءت باربع معان احدها بمعنى العفايف والثاني بمعنى الحرائر والثالث بمعنى الزوجات
والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم والرابع بمعنى الاسلام قال تعالى فاذا احصن قال ابن مسعود
اسلامها فيمكن ان يكون العبد محصنا بجهة وغير محصن بجهة فكيف يلزم ان يكون الحرية شرط الاحصان في
قلنا لم يكن العبد محصنا من وجه لا يدخل تحت الاية لقصور فيه وعليه جمع الفقهاء م واما العقل والبلوغ
لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما ش اي من الصبي والمجنون وبقولنا قال الشافعي
واحمد ومالك الا ان مالكا قال في الصبية التي تجامع مثلها يحد قاذفها وان لم تكن محصنة فان قيل
يتحقق فعل الزناء منهما ينبغي ان يجب الحد على قاذف المجنون حتى حالة جنونه ولا يحد ان يقذفه بعد
واجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزناء فيهما الزناء الذي يوثم صاحبه ولم يتحقق الزنا الموجب
للاثم لعدم الخطاب واما اللفظي الذي هو غير مملوك قد تحقق منهما وبالنظر الى هذا المكان القاذف
صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف لمن قذف رجلا وطئ في شبهة او وطئ جارية
المشتركة بينه وبين غيره م والاسلام ش اي واما شرط الاسلام م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي
صلى الله عليه وسلم م من اشرك بالله فليس بمحصن ش هذا الحديث قد تقدم في حد الزناء رواه اسحاق
راهويه باسناده عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وتقدم هناك م والعفة ش اي واما اشتراط
العفة عن فعل الزناء م لان غير العفيف لا يلحقه العار الى الزناء وكذا القاذف صادق فيه ش فلا حد
م ومن نفى نسب غيره وقال لست بابيك فانه يحد ش لان معناه انك لزانية وزنت فولدك بالزناء
كان هذا في الحقيقة قذفا للام ويشترط ان الام محصنة حتى يحد القاذف والا فلا وهذا معنى قوله م وهذا
ش اي وجوب الحد م اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة ش اي في نفس الامر هذا م قذف لامه

لان النسب انما ينفي عن غيره تقريره ان فرض المسألة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الاب ثابت
فنفيه ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه لانه متى لم يكن من ابيه كان من غير ابيه ضرورة
لا نكاح لغير ابيه فكان في نفي نسبه من ابيه نسبة امه الى الزنى ضرورة فان قيل جاز ان لا يكون ثابت
النسب من ابيه ولا يكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة قلنا اذا وطئت بشبهة كانت الولد ثابت
النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هي زانية معروف انه لهذا اللفظ قاذف
لامه وبه قال الشافعي ومالك واحمد الا ان مالكا لا يشترط كون امه وابيه مسلمين حرين بل يشترط احصان
المنفي وبه قال احمد في رواية وفي المبسوط وجوب الحد ههنا بطريق الاستحسان لان القياس باثر ابن مسعود
رضي الله عنه انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه فان قلت هذا كله اذا قال لست لا
يحد وبه صرح في التحفة لانه صدق لان النسب الى الاباء لا الى الامهات وقال الاترازي يشترط في قوله لست
لابيك ان يكون على سبيل الغضب والسباب وان كان في غير غضب فلا وجه بدليل المسألة التي تلي هذه م ومن قال
لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له م وفي بعض النسخ يدعى اليه م يحد ولو قال في غير غضب لا
يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا له ش اي لاشتماله م ويحد لانه نصرفاه فالامة م وفي غير
اي وفي غير غضب م يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه م وفي بعض النسخ اباه بالباء الموحدة م في اسباب المروءة
منها الاخلاق الجميلة وحسن المعاشرة مع الاصحاب واظهار الكرم والسخاء فان قيل ما الفرق بين هذه
وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة وهي امه التي تدعى لها حيث لا يكون قذفا
مع ان القذف مراد بهذا اللفظ اجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينتفي عنها بانتفاء
الولادة وكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي للوطء لا نفي الزناء بخلاف ما اذا لم يقل ذلك يعني ولا ابن فلانة
لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابتة من امه فصار كانه قال انت ولد الزنا م ولا الى الجد م ولو قال
لست بابن فلان يعني جده م ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ش قال الله تعالى يا بني آدم
بما لك في الجد روايتان الا ان يلهم حمه نامه او اراد المشاتمة يجب الحد رواية واحدة م ولو قال
له يا ابن الزانية وامه ش اي والحال ان امه م ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف
محصنة بعد موتها ش والموت لا يزيل الاحصان بل يقويه وانما قيد بكون الام محصنة لان الحد لا يجب
على قاذف غير المحصن لان الله تعالى شرط الاحصان في الاية ش ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف او بالبينة
والبينة رجلان او رجل وامرأتان عندنا خلافا لزفر فانه يشترط رجلين فان انكر القاذف وعجز المقذوف
هر من البينة لا يستحلف القاذف بالعود قوله لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق ولا يثبت احصانها بالظاهر
وانما كانت المطالبة بالحد الى الابن لان القذف بعد الموت الحق المتعين بالابن فكان حق المطالبة له لدفع العار
عن نفسه م ولا يطالب بحد قذف الميت الا من يقع القدح ش اي بالطعن في نسبه بقذفه وهو الولد ش
وقال الفقيه ابو الليث يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل لان الجد يسمى ابا وولد الولد
يسمى ابنا وليس للاخ والاخت والعم ان يأخذ بالحد م لان العار يلحقه ش اي بكل واحد من الوالد والولد
م لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى ش اي من حيث المعنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح
لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد ان يأخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل
في الباب هو القذف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع
الياس عن الاصل وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره قبل موته م وعند الشافعي يثبت حق المطالبة
لكل وارث لان حد القذف يورث عنده ش اي عند الشافعي م على ما نبين ش اي عند قوله ومن قذف
غيره او مات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل وبه قال مالك واحمد والشافعي فيمن يرثه
ثلاثة اوجه احدها انه يرثه جمع الورثة والثاني عدا من يرث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات
دون غيرهم م وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه م وهو لحوق العار ش ولهذا
ش اي ولاجل ولاية المطالبة لحوق العار م يثبت ش اي المطالبة م عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل
ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ش فانه روي عنه ان حق المطالبة فلا
يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه او الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين الا ترى انه لا يدخل
ابن البنت في الوقف على اولاده واولاد اولاده وفي الواقعات والفتوى على محمد وفي ظاهر الرواية

النسب يثبت من الجانبين ويصير الولد به لزم الطرفين فكان القذف ميتاً ولا له اما الوقف فهو ممنوع على رواية الخصاف ولئن سلم فالوقف في معنى الوصية التي هي اخت الميراث والولد فيه انما ينسب الى الاب دون الام الا ترى انه لا يحجب عن النصف والزوجة عن الربع ويحجبها ولد الابن فكذا الحكم في الوقف م ويثبت ش اي المطالبة م لولد الولد حال قيام الولد ش حال قيام الولد خلافاً لزفر رحمه الله ش فانه يقول ليس لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد واعتبر هذا بطلب الكفالة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ونحن نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته وذلك موجود في حق ولد الولد لوجوده في ذلك فانهما خاصم بقيام الحق لخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة باعتبار التناول القاذف من عرضه معنى وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفالة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد م واذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد ش هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا اذا كان المقذوف ميتاً لانه اذا كان حياً ليس للابن ان يطالب بالحد وان كان المقذوف غائباً ولم يقيده القدوري بالميت لانه ساق كلامه في قذف الميت قبل هذا حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه م خلافاً لزفر ش فانه يقول ليس له ان يطالب الحد م هو ش اي زفر يقول القذف يتناوله ش اي الابن م معنى ش اي من حيث المعنى لا من حيث الصورة م لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا ش لان حد القذف لا يورث م فصار كما اذا كان متناولاً له ش اي للابن او للعبد م صورة ومعنى ش في رجوع العار اليه بان قذفه انسان بالزناء ابتداء لا يجب الحد لعدم الاحصان لكفره او رقه فكذا هذا حاصله لو كان ميتاً ولا له صورة ومعنى بان قذفه انسان كما ذكرنا لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا هذا انما وله معنى قبل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضاً لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر او الرق قيل تحرير كلامه ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف والقذف نفس هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن م ولنا انه ش اي ان القاذف م عيره م بالعين المهملة اي رماه بالعار يعني القاذف عيره الابن الكافر او العبد م بقذف محصن ش وهو ظاهر لان فرض المسألة فيه م فيأخذه بالحد لان كل من عيره بقذف محصن جاز ان يؤخذ بحده م وهذا ش اي ايضاح لما قبله م لان الاحصان في الذي ينسب الى الزناء شرط ليقع تعييراً على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده م فجاز له ان يأخذ بالحد م والكفر ينافي اهلية الاستحقاق ش قال تاج الشريعة ولهذا يستحق الحقوق الراجعة الى المعاملات كالديون ونحوها وقال الاكمل فان قيل جاز ان يكون المانع موجوداً فلا يثبت الحكم على المقتضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اي استحقاق اهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق العيب وذلك موجود في الولد في الكافر والمملوك لان النسب لا ينقطع بالرق والكفر م بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزناء ش لان شرط وجوب الحد الاحصان ولم يوجد م وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ش هذا لفظ القدوري صورته قذف عبده وللعبد ام ميتة محصنة م ولا للابن ش اي وليس للابن ايضاً م ان يطالب اباه بقذف امه الحرة واحمد ومالك في رواية وقال مالك في المشهور للابن ان يطالب اباه بقذف امه وبه قال ابو ثور وابن المنذر ش لان المولى لا يعاقب بسبب عبده ش في سائر الحقوق ولهذا اذا قتله لا يقتل به فكذا الاخذ بعبده م وكذا الاب ش اي وكذا لا يعاقب الاب بسبب ابنه م لان الولد مأمور بتعظيم الابوين وممنوع عن اضرارهما ولهذا نهي عن التأفيف والضرر في الحد اكثر من ضرر التأفيف فيمنع عنه كما منع من التأفيف م ولهذا ش اي ولعدم جواز المعاقبة للوالد لاجل ولده م لا يقاد الوالد بولده ش اي اذا قتله لا يقتص لاجله فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده رواه الترمذي وابن ماجة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولفظه لا يقاد الوالد بالولد انتهى واخرج الحاكم المستدرك في حديث طويل ولفظه لو لم اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يقاد مملوك من مالكه

ولا ولد من والد لا قدتها منك الحديث في قصة جارية مع سيدها ولا سيد اي ولا يقاد سيد بعبده اذا قتله م وليس في الحديث ولا سيد بعبده اذا قتله وقد بيناه م ولو كان لها ابن من غيره ش اي من غير القاذف صورته ما قال الحاكم في الكافي رجل قال لابنه يا ابن الزانية وامه ميتة ولها ابن من غيره فطالب الحد م له ان يطالبه ش بالحد م لتحقق السبب ش اي سبب وجوب الحد وهو القذف وانعدام المانع ش اي لاجل انعدام المانع لان المانع عن اقامة الحد في حق الابن ولم يوجد في حق اخيه وهو الابوة فيجب الحد اذا طالبه م ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ش اي الحد بموت المقذوف م ولو مات ش اي المقذوف م بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافاً له ش اي للشافعي م بناء على انه يورث عنده ش اي بني على الخلاف بناء على ان حد القذف يورث عند الشافعي م وعندنا لا يورث ولا خلاف فيه ش اي في حد القذف م حق الشرع وحق العبد ش وهذا الاختلاف فيه اما كونه حق الشرع فمن حيث ان نفعه يقع عاماً باخلاء العالم عن الفساد لانه ليس ثمة ادنى يختص هو واما كونه حق العبد فلان فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف من حق الله تعالى لا يجري فيه الارث ويجري فيه التداخل ولا يسقط بالاسقاط وقد اشار المص الى هذا بقوله م فانه ش اي فان حد القذف م شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه وقال تاج الشريعة فتسميته حداً يدل على انه حق الله تعالى لان ما يجب لله تعالى يسمى حداً كما في حد السرقة وحد الزناء وحد الشرب وما يجب للعبد لا يسمى حداً بل يسمى قصاصاً وتعزيراً حق العبد لان هذا مرجع اليه لا الى الشرع م ثم انه ش اي ان حد القذف م شرع ش حال كونه م زاجراً ش لانه يوجر المقذوف ومنه اي ومن كونه شرع زاجراً م سمي حداً ش وقد مضى الكلام في معنى الحد في اول كتاب الحدود ش و قال تاج الشريعة اي من هذين الوجهين وهو قوله فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وقوله الذي ينتفع به على الخصوص فقد سمى الوجهين وجهاً وذكر الجامع الصغير الوجهين م والمقصد ش اي المقصد م شرع اخلاء العالم عن الفساد ش اذ لولا الزواجر لفسدت احوال الناس م وهذا اية حق الشرع ش اي وهذا المذكور علامة حق الشرع م وبكل ذلك ش اي وبكل واحد من حق الشرع وحق العبد م تشهد الاحكام ش اما الاحكام التي تشهد على ان حد القذف حق العبد فاشتراط الدعوى وعدم بطلانه بالتقادم وانما يجب على المستأمن ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار ويقيمها القاضي بعلم نفسه والا فالاقرار واما الاحكام التي تشهد على ان حق الله تعالى ان الاقامة للامام والتنصيف بالرق وانه لا ينقلب مالاً عند سقوطه م واذا تعارضت الجهتان ش اي حق الشرع وجهة حق العبد م فالشافعي م قال الى تغليب حق العبد ش قال ابن دريد يقال اغلب الرجل على فلان اذا حكم له بالغلبة م تقديماً لحق العبد ش اي لاجل تقديمه حق العبد م باعتبار حاجته وغنى الشرع في غاية حق العبد اولى لدفع حاجته انه قال مالك واحمد م ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه ش يعني لو صرنا الى تغليب حق الشرع يكون تغليباً لتعظيم حق الله تبارك وتعالى مع كون حق العبد مرعياً لان مولى العبد له ان يستوفي ما للعبد على الناس دون العكس وانما يرجح حق العبد في مواضع يلزم في اعتبار حق الله تعالى اهدار حق العبد لا لغنى وبالحق الله تعالى بل لان الله غني والعبد محتاج وههنا اي ان ترك الرعاية في حق الوارث من وجه لكن فيه رعاية حق القاذف من حيث السقوط بموت المقذوف فاذا ثبت هذا الاصل فنقول انه لا يورث لان الارث لا يجري فيما هو من حقوق الله تعالى لان خلافة الوارث الموروث بعد موته والله تعالى يتعالى عن ذلك فان قلت حق الله تعالى ايضاً لا يسقط بموت المقذوف قلت نحن لا نقول بالسقوط ولكن تعذر استيفاؤه لانعدام شرطه فالشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد الموت م فيصير حق العبد مرعياً به ش اي بحق الشرع كما قرره الاكمل كما قررناه الان م ولا كذلك عكسه ش وهو ان يكون ما للمولى من الحق يتولاه عبده م لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة ش ولا نيابة هنا م وهذا ش اي كون حق العبد غالباً عند الشافعي وحق الله تعالى عندنا م هو الاصل الذي يخرج عليه الفروع المختلف فيها م الارث ش اي في حد القذف فعند الشافعي يجري فيه الارث وعندنا لا يورث م اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع م ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده م ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ش اي اخذ المال عن حد القذف م ويجري فيه التداخل ش عندنا م وعنده ش اي وعند الشافعي م لا يجري ش التداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة او بقذف واحد مراراً وعن

يوسف في العفو مثل قول الشافعي ش اي روي عن ابي يوسف في عفو المقذوف مثل قول الشافعي في انه يصح وبه
قال مالك واحمد م ومن اصحابنا من قال الغالب حق العبد ش اراد من اصحابنا صدر الاسلام البزدوي فانه
ذكر في مبسوطه ان الغالب فيه حق العبد كما قال الشافعي م وخرج الاحكام عطف على قوله من قال اي اجاب عن
الاحكام التي تدل على انه حق الله تعالى بجواب يوافق المذهب فقال في تفويض الامام ان كل واحد لا يتعدى الى
الحد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط لان الارث لا
يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في ملك العين لانه ملك اتلاف العين وملك الاتلاف
ملك العين عند الناس فان الانسان يملك شرا الطعام الا الاتلاف وهو الاكل فصار عن ملك القصاص
فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص والاول
اظهر اي كون حق الله تعالى متعلقا اظهر من كون حق العبد متعلقا وعلى الاول عامة المشايخ وقال ابو بكر الرازي في
شرح مختصر الطحاوي اطلق محمد في بعض المواضع ان حد القذف من حقوق الناس واطلق في بعضها انه من حقوق الله
تعالى فكاد والعبارتان صحيحتان اما قوله من حقوق الناس فانما اراد ان المطالبة في حقه لما لحقه من التعيير فيه
دتناوله في عرضه ولم نطالبه لم يحد وقوله انه من حقوق الله تعالى اراد به الحد لا المطالبة اذ ليس يمتنع ان يكون
الحد والمطالبة ان يكون الحد لواحد والمطالبة لواحد كالوكيل بالبيع يطالب وملك الثمن للامر وكذلك القذف
اذا كان وكيلا بان يقبض العبد اليه والملك للامر م ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه
حق فيكذبه في الرجوع ش لانه من الاحكام التي تشهد بكون حق العبد ولا يصح في الرجوع فيه بعد الاقرار لوجود
المكذب وهو العبد م بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى مثل حد الزنا والشرب والسرقة لانه لا مكذب له فيه
ش فيقبل رجوعه الا ان في السرقة يسقط القطع ويجب المال م ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد ش النبطي نسبة
الى نبط بفتحتين وهم قوم ينزلون سواد العراق قال الفرزدق م في هجو طيء هم نبط من اهل حوران نصفهم ومن
اهل عين التمر كانت شطورها وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من اهل الطرث وذكر احمد بن عبد الله
في تفسير المقالة الثانية من كتاب ديسقوريدوس و بلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي الرها والموصل
والجزيرة وفيما وصفه بعض المؤرخين م لانه يراد به التشبيه في الاخلاق م ومن حيث الخساسة والبخل
م او عدم الفصاحة ش اي ويراد به عدم الفصاحة لكانه قال انت في عدم الفصاحة مثل النبطي ولذا
قال للعربي لست بعربي م لما قلنا ش اشارة الى قوله يراد به النسبة الى احرم ولذا اذا قال لعربي لست من قبيلة فلان
التي هو منها لا يحد وقال مالك وابن ابي ليلى واحمد في رواية والشافعي في قول اذا نوى الشتم يحد لما روي انه عليه
السلام كان يقول لا اوتي برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الا جلدته ولما انه نفاه عن قبيلته صار كنفيه
عن الجد الاعلى وقلنا والشافعي في قول واحمد في اصح الروايتين عنه لا يجب لانه قد يراد به السفه في الاخلاق
والشعبة في الجمل ولكنه يعني عدم الفصاحة لا النفي عن الاب عادة لمن قال لمصري يا قروي وفي المبسوط الا
ترى انه لو كان دستاني او خراشاني او لو في لا يراد نفي من ذلك القذف ومذهبنا عن ابن عباس رضي الله عنهما
فانه سئل عن عربي نبطي فقال لا حد عليه واما الحديث فشاذ ويمكن ان يكون قال ذلك بطريق التعريض لانه قال الا
جلدته وما قال لا احده وعن مالك اذا قال لعربي يا رومي او قال لفارسي يا رومي او لرومي يا فارسي او يقول يا ابن الحا
ولم يكن في ابائه هذه الصفة ففي جميع ذلك الحد لدفع العار م ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه
لفظ القدوري في مختصره وعلل المصنف بقوله لانه مراد به التشبيه في الجود والسماحة م ولان ماء السماء
لا يخل بل يصيب السهل والجبل وسمي به النعمان ابن المنذر وكانت ام المنذر يقال لها ماء السماء لحسنها وسمي
المنذر باسمه فقيل له المنذر بن ماء السماء ثم سمي به النعمان لجوده وسخائه م والصفاء لان ماء السماء
لقب به لصفائه وسخائه ش اي لقب بهذا اللفظ لاجل صفائه وسخائه ولم يذكر من هو الملقب به وقد ذكرنا
ان النعمان ابن المنذر لقب به ولقب به ايضا المزيقيا وهو لقب عمرو بن عامر قاله الاكمل قلت
عمرو بن عامر ابن حارثة الغطريف ابن امرئ القيس بن ثعلبة ابن مازن ابن الازد وماء السماء لقب عامر
والد عمرو والمزيقيا لقب به عمرو لقب به لانه كان يلبس كل يوم حلتين ثم يمزقهما لانه كان يكره ان
يعود فيهما ويكره ان يلبسهما غيره ومزيقيا بضم الميم وفتح الزاي وسكون الياء آخر الحروف وكسر القاف
بالياء آخر الحروف المشددة وانما سمي ابوه عامر ماء السماء لانه في القحط اقام ماله مقام القطر وكان عيانا للقوم مثله
مثل السماء للارض وكانت ام المنذر بن امرئ القيس ايضا تسمى ماء السماء لجمالها حسان في قوله شعر

اولاد جفنة حول قبر ابيهم ... قبر ابن مارية الكريم المفضل
يسقون من ورد البريص عليهم ... بردى يصفق بالرحيق السلسل

جفنة هو ثعلبة العنقاء وسمي العنقاء لطول عنقه ومارية ابن ظالم ابن وهب ابن الحارث ابن معاوية ابن ثور
ابن كندة وهي التي تضرب بها المثل ويقال خذها ولو بقرطي مارية وكان يقوم قرطاها باربعين الف دينار
وقيل كان في قرطي مارية درتان البيض لم ير مثلهما ويقال اول عربية تقرطت م والبريص بفتح الباء الموحدة
موضع بدمشق وبردى بالفتحات نهر بدمشق قوله تصفق اي تمزج والسلسل العذب السهل الدخول في
الحلق م وان نسبه الى عمه ش اي وان نسب رجل رجلا الى عمه يعني قال يا ابن فلان واراد عمه م او خاله
ش او نسبه الى خاله م او الى زوج امه ش او نسبه م الى زوج امه فليس بقاذف ش اي لا يجب عليه شيء لانه
لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول ش وهو اما نسبه الى ابيه الى عمه م فلقوله تعالى واله ابائك ابراهيم
واسمعيل واسحق واسمعيل كان عما له ش اي ليعقوب م والثاني ش وهو ما اذا نسبه الى خاله م فلقوله عليه السلام
ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الخال اب ش وهذا حديث غريب ذكره في الفردوس لابي شجاع الديلمي
عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعا الخال والد من لا والد له م والثالث ش وهو نسبه الى
زوج امه م للتربية ش اي لاجل تربيته اياه سماه ابا لان زوج الام يقوم بتربيته قيام الاباء فيجوز ان يسمى ابا
مجازا فلما صح اطلاق اسم الاب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة اليهم وقال ابن القاسم المالكي في النسبة
الى هؤلاء الحد وعند اشهب المالكي لا حد عليه الا في حال المشاتمة م ومن قال لغيره زنأت في الجبل يعني
بالهمز موضع الياء م وقال عنيت به ش اي قصدت بهذا اللفظ م صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف م وبه قال احمد والشافعي في قول اذا لم ينو ش وقال محمد لا يحد م وبه قال الشافعي في قول
لان المهموز منه ش اي من هذا اللفظ وهو الزنأ يستعمل م للصعود حقيقة وقد اراد حقيقة كلامه
ليصدق ولا يحد وقال في الجمهرة وغيره وزنأ في الجبل بالهمز زنأ وزنوءا صعد وجاز زنا بالهمز بمعنى صعد
ايضا واستشهد المص بقوله م قالت امرأة من العرب ش وقال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص
ابنا لها وتقول اشبه ابا امك او اشبه حمل ولا تكونن كهلوف وكل يصبح في مضجعه قد انجدل وارق الى
الخيرات زنأ في الجبل م وقال في حماسة شرح اصلاح الابيات ما هي امرأة وانما هي لرجل اسمه ترقص
ابنه فاخذته من يدها وقال اشبه ابا امك وكان ابو امه شريفا سيدا تقول ابا امك او اشبه
عمل اي ابا امك او مثل لا تجاوز زنأ في التشبيه الى غيره وحذف ياء الاضافة من حمل لك ضرورة وهذا
الرجل هو قيس ابن عاصم المنقري وام ذلك الصبي منفوسة بنت زيد الفوارس من ضرار الضبي فاخذته
امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه ابي او اشبهن اباكا اما ابي فلن تنال ذاكا تقصر عن مناله
يداكا قوله واشبه حمل قد ذكرنا ان اصله حملي بياء الاضافة وقال الكاكي واشبه حملا ثم قال الحمل
اسم رجل من العرب وهو حمل ابن سعدانه بالحاء المهملة وفتح الميم وقال ابن ماكولا حمل بن سعدانه ابن حارثة
ابن معقل ابن كعب ابن عليم ابن جناب وفد على رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله لهلوف بكسر الهاء
وتشديد اللام الشيخ الهرم ويقال الثقيل الجافي الذي لا خير فيه قوله وكل بفتحتين هو الذي يتكل على
غيره فيما يحتاج اليه وقال الكاكي الكل العيال وليس كذلك لانه ظن ان الواو في وكل واو العطف وفسر الكل
العيال بل الواو اصلية وهو لو وكل بفتحتين وقد فسرناه قوله قد انجدل اي قد انجدل يريد على انه
لا يسقط حتى يصبح م وذكر الجبل يقرر مرادا ش اي يقرر الصعود مرادا من قوله زنأت في الجبل يعني باكبر
لكون المهموز للصعود حقيقة م ولما انه ش ان لفظ زنأت يستعمل في الفاحشة ش حال كونه مهموزا ايضا
كالملين المهموز ش فيهم العجاج فانه كان مهموزا فانه كان يهمز العالم والخاتم وقال تحزق هامة هذا العالم
وهمز الملين ايضا من جد في العرب من التقاء الساكنين فيقال دأبة وشأبة وفي غير التقاء الساكنين كما همز
العجاج وكما همز العجاج الشاعر في قوله م يا دار مي بدكادك البرق صبرا فقد هيجت شوق المشتاق والدكادك جمع
دكداك والرامل المتراكم والبرق بضم الباء الموحدة جمع برقة وهي ارض غليظة فيها حجارة ورمل والاستشهاد
في لفظ المشتاق بالهمزة المفتوحة فانه في الاصل المشتاق بالالف الساكنة وهذا باب في التصريف يقال له باب
الابدال وهو جعل حرف مكان حرف غيره ويعرف ذلك بامر كما ذكر في موضعه وحروف الابدال اربعة
عشر حرفا منها الهمزة تبدل من حروف اللين مطردا وغير مطرد وغير المطرد لازم وجائز م والبيان للدلالة

فيما الابدال من غير المطرد فان اردت تفصيل هذا وتحقيقه فعليك بشرح الجاربردي للشافية
وحواشيه للعبد الضعيف م وحالة الغضب والسباب تعيين الفاحشة مرادا ش يعني لما كان لفظ زنأت
بالهمز يجيء بحيث على لغة حالة الغضب والمشاتمة على بعض العرب باعتبار التشبيه فيه علم بذلك ان القائل به
اراد الزنا حقيقة لانه لم يقل هذا الا في حالة الغضب والمشاتمة وصار هذا م بمنزلة ما اذا قال يا زانئ ش
بالهمز في اخره او قال زنأت ش بالخطاب وبالهمز فقط ففي هذين اللفظين يجب الحد وكذلك في قوله زنأت في
الجبل قوله وحالة الغضب كلام اضافي مرفوع بالابتداء وخبره هو قوله تعيين الفاحشة من التعيين اي
الزنا ومرادا نصب على الحال واماه لم باعتبار ان المراد الفاحشة الزنا م وذكر الجبل ش جواب لما قاله
محمد بقوله وذكر الجبل ش تقرره مرادا بيانه ان ذكر الجبل م انما يعين الصعود اذا كان مرادا ش اي لفظ
زنأت مقرونا بكلمة على م لا بكلمة في م اذ هو المستعمل فيه ش يعني ان المستعمل في معنى الصعود ان يقال زنأت
عليه لا زنأت فيه فان قيل ان في يجيء بمعنى على قال الله تعالى لاصلبنكم في جذوع النخل اي عليها فما ذكره من
الزمخشري انها على حقيقتها قال الكاكي ولكن عبارة الزمخشري شبه تمكن المصلوب والكاكي في جوابه على ما لا يخفى
فان قيل قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قوله لاهم ابن الحارث ابن جبلة زنا على ابيه
ثم قتله واجاب عنه الاتراري بقوله لا نسلم ان لا يقال زنأ فيه بل انما قال فخر الاسلام بعكس اللغة فلا يسمع له
زنا بالهمز لم يسمع في قوانين اللغة الا بلفظ في لا بلفظ على كما في قوله زنأ في الجبل اما قوله زنا على ابيه فليس من
المهموز من الثلاثي وما اصح به ليس بمهموز فهو من الثلاثي من باب التفعيل يعني زنا على ابيه اي ضيق عليه م ولو
قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا ش اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على
وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ش اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعيين الفاحشة مرادا م ومن قال
لاخر يا زاني فقال لا بل انت ش اي بل انت زان ش فانهما يحدان يعني كلاهما يحدان لان سباه بل انت زاني
اذ هي اي كلمة بل كلمة عطف يستدرك بها الغلط يعني من حروف العاطفة موضوعة للاضراب عن الاول
والاثبات للثاني فيصير الخبر المذكور في الاول وهو قوله يا زاني مذكورا فيه اي في قوله انت كما قلت جاءني
زيد بل عمرو فان معناه بل جاءني عمرو فكذا هنا فيكون كل واحد منهما قاذفا فيجب على الحد وقال الاتراري في
قوله فيصير الخبر المذكور فيه نظر لان المذكور في مقام النداء لا يسمى خبرا ولو قال فيصير المذكور في الاول
خبرا فيه كان اولى واجيب عنه بان المراد بالخبر الخبر وحينئذ يستقيم الكلام لان الخبر اخص فيجوز ان يستعاد
الاعم فان قيل التصريح بالزنا شرط في ايجاب الحد ولم يوجد من الثاني فكيف يجب عليه الحد فيقدر
قلت اجيب بمنع نفي وجود التصريح اذ اسم الزنا في اول ما قال بل انت في جواب قوله لان الجواب يتضمن اعادة
ما في السؤال فيصير مثل التصريح سوا فان قيل اذا كان كل منهما قاذفا لصاحبه ينبغي ان يكون قصاصا
فلا يحد الحق اجيب بان القذف فيه حق الله تعالى فلا يجوز ذلك ولهذا لم يجز عفو المقذوف م ومن قال
لامراته يا زانيه فقالت لا بل انت حدت المراة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها
الحد ش اي يوجب الحد وفي البداية الحد ش اي حد المراة ابطال اللعان ش لان اللعان شهادة وقد
بطلت شهادة المراة بجلدها وهو معنى قوله ش لان المحدود في القذف ليس باهل له ش اي اللعان م ولا لعان
في تحليه الاسلاف يعني اذا قدم اللعان لا يبطل حد القذف عن المراة بحالها المذكورة اي لكون اللعان
عن المراة بنفسه ش اي اللعان في معنى الحد يعني قائم مقام القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا
في حق المراة م ولو قال لها زنيت بك ش اي ولو قالت المراة زنيت بك في جواب قول الزوج يا زانيه فلا حد ولا لعان
ش استحسانا م وبه قال احمد والقياس ان يلاعنها لان هذا ليس بتصديق منها له لان المراة لا تزني وحدها
ش معناه في لسان العرب ما قال لها يا زانيه اي معنى قولها زنيت بك انما كان ذلك للعجز ما قاله الزوج لها
يا زانيه كما سمى زناه وفيه قياس واستحسان فلم يذكر هاهنا القياس اي لم يجب الحد واللعان وبه قال مالك وهو
اشهب الا ان يقول قلت ذلك المحاوبة فلم ارد قذفا ولا اقرارا فلا حد عليها وعندنا انها حلفت
العام يرد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه بالزنا ويكتفى به لاحدة وفي وجه وعليه الحد ومنها لان هذا
ليس باقرار صحيح بالزنا وجه الاستحسان م هو قوله ش لوقوع الشك في كل واحد منهما ش اي لوقوع الشك
في وجوب كل واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك م لانه يحتمل انها ش اي المراة م ارادت الزنا قبل
النكاح فيجب الحد ش على المراة م دون اللعان ش اي لا يجب اللعان م لتصديقها اياه ش اي لتصديق

المراة

المراة زوجها م والعدامه منه ش اي من الانعدام م التصديق من الزوج ش ويحتمل انها ارادت زناي ما
كان معك ش الخطاب للزوج اي زناي هو الذي وجد معك يعني ان كان الزنا موجودا مني فذلك الفعل
اذ الذي وجد مني معك بعد النكاح والا فلا وهو معنى قوله م بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد
في مثل هذه الحالة ش اي في حالة سب الرجل امراته بالزنا وهو الفوائد الظهيرية ولا يعني لما قال في الكتاب
انه يحمل بعد النكاح لان الوطي بعد النكاح لا يكون زنا ومطلق القذف بالزنا يحمل على الزنا حقيقة واجيب
عنه بان الزوج بقوله اياها يا زانيه اغضبها واذاها وهي بقولها له زنيت بك اغضبته واذته متمسكة بقوله
عن وطي الزانية لا يحل الا ان يحمل الوطي بعد النكاح زنا مجازا بطريق المشاكلة في قوله تعالى فاعتدوا عليه
مثل ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة م وعلى هذا الاعتبار ش اي على اعتبار الاحتمالين المذكورين يجب
اللعان دون الحد لوجود القذف منه ش اي من الزوج م وعدمه منها ش اي وعدم القذف من المراة تقرير
هذا على هذا الاعتبار لا يكون المراة مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المراة لنفي حال
لا يجب الحد عليها ولا يجب اللعان لوقوع الشك م بخلاف ما قلنا م انه لا حد ولا لعان ش ومن اقر بولد ثم نفاه فانه
يلاعن ش صورته رجل له امراة جاءت بولد فقال ليس هو مني يجب اللعان م لان النسب لزمه باقراره ش يعني
صار الولد باقراره ولده م وبالنفي بعده ش اي وبقوله بعد اقراره ليس هو مني م صار قاذفا ش لامه م فيلاعن
ش لان معناه ان امه زنت فولدته من الزنا وكل قذف يوجب الحد في الاجنبي يوجب اللعان في قذف الزوج ح
م وان نفاه ثم اقر به حد ش وان نفى ولده بان قال ليس هو مني ثم اقر به بان قال هو ابني بطل اللعان و
عليه حد القذف لان الاصل في قذف المحصنات هو الحد م لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري
صير اليه ضرورة التكاذب ش اي تكاذب الزوجين لان كل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه لان
زعم الزوج انها كاذبة وان زعم الزوجة انها كاذبة في انكار في القذف بالزنا ولهذا لو اقرت المراة بالزنا
لا يجري اللعان لعدم التكاذب ولهذا اذا اكذب الزوج نفسه لعدم التكاذب م والاصل فيه ش اي
في القذف بالزنا م حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل م وهو الحد ش وفيه خلاف ذكرناه
في اللعان ش هذا ليس بموجود في اكثر النسخ اي وفي نفي الحمل خلاف ذكره في باب اللعان ش هذا ليس بموجود في
اكثر النسخ اي وفي نفي الحمل خلاف ذكره في باب اللعان م وهو ان الزوج اذا قال لامراته ليس حملك مني لا لعان
عند ابي حنيفة خلافا لهما م والولد ولده في الوجهين ش اي فيما اذا اقر اولا ثم نفاه او نفاه اولا ثم اقر به
م لاقراره به ش اي لاقرار الزوج بالولد م سابقا ش على النفي فيما اذا اقر بالولد ثم نفاه م ولاحقا ش بالنفي
فيما اذا نفاه ثم اقر به م واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد ش هذا جواب عن
سؤال ان سبب اللعان كان في الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان فاجاب بقوله واللعان
يصح الى اخره تقريره انه ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما فاللعان شرع
بلا ولد الا ترى انه اذا انقطع مدة المدة من حين الولادة شرع يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى
نسب ولد امراته الامة ينتفي ولا يجري اللعان اليه اشار البزدوي م وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد
ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ش وبانكار الولادة لا يصير قاذفا لامه لانه انكر الولادة
اصلا وذلك يتقدم للزنا لانه اذا لم يكن منها كيف يتصور ان يولد بزناها فاذا انتفى الزنا انتفى القذف
فلا يجب الحد ولا اللعان لعدم القذف م ومن قذف امراة معها اولاد لا يعرف اب او قذف الملاعنة بنفي
العين اي التي لو عنت بولد هكذا قال في النهاية ويجوز لسر العين معناه التي لاعنت بولد وقد صرح بهذا في
الكافي م والولد حي ش يتصل بالملاعنة م او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها م
اي قيام علامة الزنا منها اي من المراة م وهو ش اي قيام امارة الزنا م ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة
نظرا اليها ش اي الامارة م وهي ش اي العفة م شرط ش اي شرط وجوب حد القذف وهي ثابتة فلا يجب الحد
م ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد م وذكر التمرتاشي ولد الو لاعنت بولد ثم اكذب الزوج نفسه ولزمه
الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ش امارة الزنا قيام ولد لا اب له ولا ولد
هاهنا وبه قال الشافعي ومالك واحمد وجمهور العلما ولا نعلم فيه خلافا قلت اللعان قائم
مقام حد الزنا في حقها فيكون امارة الزنا ظاهرة فينبغي ان لا يحد قاذفها اجيب بان اللعان في جانبها قائم مقام
حد الزنا في حقها بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت محصنة في حق الغير الا ترى ان اللعان قائم مقام

القذف في حقها بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قلنا بشهادته وقال الاترازي قال بعضهم في شرح جواب
السؤال المذكور ان اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنظر الى هذا الوجه لا يكون المراد بالمرأة محصنة
فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف انتهى قلت
اراد به صاحب النهاية ثم رده عليه الاتقاني ثم قال وقال بعضهم ايضا وجدت بخط شيخي العلامة حافظ الدين
الكبير البخاري في جواب هذه شبهة اي اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا الى
غيره الى اخر ما ذكرنا في جواب السؤال المذكور ثم رده عليه كالاتقاني م قال ش اي القدوري م ومن
وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه ش لعدم شرط الموجب للحد وهو احصان المقذوف اشار اليه
بقوله م العفة ش وهي شرط الاحصان م والاحصان معدوم لانعدام العفة عن الزنا م ولان القاذف
صادق م في قذفه لان المقذوف وطئ ما لا يحل فلا يحد القاذف على الصدق وانما يحد على الكذب م والاصل فيه
ش اي في حد القذف وعدم الحد م ان من وطئ وطئا حراما لعينه م كالوطء في غير الملك من كل وجه وهو ظاهر
او من وجه كالوطء في الجارية المشتركة بينه وبين غيره وهذا الوطء حرام لعينه لو وقعه زنا لان الوطء حصل في
غير ملكه الا انه لا يجب حد الزنا على واطئ الجارية المشتركة للشبهة لا يجب الحد بقذفه م اي بقذف
الواطئ الوطء الحرام لعينه من كل وجه او من وجه كما بينا لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه من ذلك ش من كل
من كل وجه او من وجه م وان كان ش اي وان كان الواطئ محرما عليه ش اي لا لعينه لوطء امرأته الحائض والنفساء
او جاريته المجوسية او امته المزوجة او المكاتبة او الحرم التي ظاهر منها او وطئ امرأته الصائمة ففي هذه الصور
يحد قاذفه لانه ليس بزنا لعدم صدق حد الزنا عليه م فالوطء في غير الملك من كل وجه حرام لعينه م وكذا من
الوجهين لان م وكذا ش اي وكذا حرام لعينه م الوطء في الملك والحرمة مؤبدة ش اي والحال ان الحرمة على
التأبيد كما اذا وطئ جاريته التي وطئها ابوه بعقد ملك اليمين او الشراء وهذا وطء يحرم على التأبيد كما فصل
كالزنا فلم يحد القاذف م وان كانت الحرمة موقتة م مثل وطء الحائض وامثالها التي ذكرناها الان م فالحرمة
لغيره م لا لعينه ش وابو حنيفة رضي الله عنه يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع م او لموطوءة ابيه
بالنكاح او بملك اليمين ثم اشتراها الابن فوطئها فلا حد لقاذفه لسقوط احصان الواطئ بالوطء الحرام على التأبيد
بالاجماع وكذلك اذا تزوج اختين او تزوج امرأة وعمتها او خالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد
فوطئهما فلا حد على قاذفه كما قلنا م او بالحديث المشهور ش اي ويكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالحديث المشهور
وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وكل الشراح ذكروا ان الحديث المشهور الذي ذكره المصنف
هو قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وقد ذكرنا في اول كتاب النكاح ان هذا الحديث غريب بهذا اللفظ
واستقصينا الكلام فيه هناك م ليكون ثابتة من غير تردد ش اي ليكون الحرمة ثابتة من غير تردد م
يكون الحد ايضا ثابتا من غير تردد م بيانه ش اي بيان الاصل المذكور في المسائل التي يذكرها بعد اذا قذف
رجلا وطئ جارية بينه وبين اخر فلا حد عليه ش اي على قاذفه م لانعدام الملك من وجه القذف فاسقط
بالشبهة والاحصان كما تزول بالزنا من كل وجه تزول بالزنا من وجه وعند مالك يحد م ولذلك اذا قذف امرأة
ش اي ولذلك لا حد على القاذف اذا قذف امرأة م زنت في نصرانيتها ش ثم اسلمت وقذفها انسان م لتحقق
الزنا منها لان الزنا حرام في الاديان كلها والكفار يخاطبون بالعقوبات م شرعا ش اي من حيث الشرع م
لانعدام الملك م وهو ظاهر م وفي المبسوط لو قذف مسلما زنى في حال كفره في دار الحرب او في دارنا لم يحد قاذفه
لان الزنا يتحقق من الكافر وان لم يقم عليه الحد فيكون القاذف صادقا فكان التقييد بالنصرانية اتفاقا
وعند مالك واحمد والشافعي في وجه يحد لانه قذفه في حال كونه مسلما محصنا لعموم الاية قلنا قاذفه
صادق لما قلنا وانما يرتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا م ولهذا ش اي ولاجل تحقق الزنا من الكافر
وجب عليها الحد ش اي حد الزنا م ولو قذف رجلا اتى امة وهي مجوسية ش اي والحال ان هذه مجوسية
م او امرأته ش اي او اتى امرأته اي جامعها م وهي حائض ش اي والحال انها حائض م او مكاتبة له ش اي او اتى
مكاتبة له اي للواطئ فعليه الحد م لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة ش اي والحرمة موقتة م اذ العارض
على شرف الزوال م وكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا وطء لم يلاقه ملكه م وعن ابي يوسف ان وطء المكاتبة
يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الواطئ ولهذا ش اي ولاجل زوال الملك ش اي في حق
الواطئ يلزمه العقر ش اي مهر المثل م بالوطء ونحن نقول ملك الذات ش اي ذات المكاتبة م باق والحرمة

لا لعينه م اذ هي ش اي الحرمة م موقتة ش غير مؤبدة فان الحرمة تزول بعجزها عن الكتابة م وردها
الى الرق م ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته ش اي والحال انها اخته من الرضاعة م لا يحد ش اي القاذف
م لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح م قيد به لانه ظاهر الرواية واحترز به عن رواية الكرخي انه
لا يسقط الحد على القاذف لانه وطئ في ملك لمقارنة التحريم فيه لا يسقط الاحصان كوطء المرأة الحائض
والمحرمة والامة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها ولنا ان الحرمة مؤبدة في العين وموقتة في الحيض عليه
ولانا ان العين عليه ادنى حالا من الحيض عليه فلا يصح القياس لعدم المماثلة لان سقوط الاحصان في الحرمة الاعلى
دون الادنى م ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه ش صورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدى كتابته ويقسم ما بقي عن ابي حنيفة في المكاتب يموت
ويترك وفاء انسان قال لا حد على قاذفه ابدا م لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم
ابن مسعود رضي الله عنهما وقال بعضهم مات عبدا وهو مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه فاختلافهم اورث
شبهة في حد القاذف فيسقط م ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه اي على
قاذفه م وهذا ش اي وهذا الخلاف م بناء ش اي مبني على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم
عند ابي حنيفة م خلافا لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م وقد مر في النكاح ش اي باب نكاح اهل الشرك ونحوه
قال الثلاثة م واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد م باجماع الائمة الاربعة م لان فيه ش اي
في حق العبد وقد التزم ش اي الحربي المستامن م ايفاء حقوق العباد ش وكان ابو حنيفة اولا يقول لا
يحد لان الغالب فيه حق الله تعالى فكان بمنزلة حد الزنا ثم رجع م لانه ش اي لان الحربي طمع في ان لا يؤذى
بفتح الذال على صيغة المجهول م فيكون ملتزما ان لا يؤذي بكسر الذال على صيغة المعلوم ش وموجبه
بفتح الجيم اي موجب اذاه م اذا اذاه الحد ش وهو حد القذف م واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته
وان تاب وقال الشافعي يقبل اذا تاب وبه قال مالك والليث وعثمان البتي م والمحدود في الزنا او الشرب اذا
تاب تقبل شهادته بالاتفاق لا عند الحسن بن حي والاوزاعي فان عندهما لا تقبل شهادة من حد في
الاسلام في قذف او غيره ابدا كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي م وهي تعرف في الشهادات ش اي هذه
المسألة الخلافية تعرف في كتاب الشهادات م واذا حد الكافر لم تقبل شهادته على اهل الذمة لان له شهادة
على جنسه فترد تتمة الحد فان اسلم قبلت شهادته عليهم ش اي على اهل الذمة م وعلى المسلمين لان هذه شهادة
استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد ش يعني هذه الشهادة غير تلك الشهادة المردودة اذ بالاسلام
حصل له عدالة الاسلام التي كانت هي غيرها ولم تلحقها رد فقبلت على اهل الاسلام ثم على اهل الذمة تبعا لهم م
بخلاف العبد ش جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر
اذا اسلم فاجاب بقوله م العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته م لانه ش اي لان
العبد م لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ش بيانه ان العبد لا شهادة
له اصلا حال رقه فلا بد في حد القذف في رد الشهادة وانما تحصل شهادة للعبد بعد العتق فرد الا بتتمته
الحد واما الكافر فله شهادة على جنسه فردت بالحد ثم بالاسلام حدثت له شهادة اخرى لم يلحقها رد فقبلت
م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وان ضرب سوطا ش اي وان ضرب الكافر سوطا م في حد قذف ثم اسلم
ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له ش اي للحد م والمقام ش بضم الميم
اي الذي يقام م بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له ش اي للحد واعترض بان المقام بعد الاسلام
ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان
يكون صفة لما اقيم بعد الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لان العلة اذا كانت ذات وصفين
بالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة للمقام قبل الاسلام ولا للمقام
بعده وانما قلنا ان الرد صفة للمتمم للحد والحد ثمانون فلم يوجد فلم يترتب الغنيمة وقيل في الجواب البعض
بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير موقت على الاخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن
والممكن زمان النهي رد شهادته فانه للحال فيتقيد به م وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع
للاكثر ش الاقل هو السوط الموجود قبل الاسلام والاكثر هو الموجود في الاسلام اعني تسعة وسبعين سوطا
فصار كان اليمين حد بعد الاسلام وهذه رواية عن ابي حنيفة وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع

الصغير وروي عن ابي حنيفة في هذا ثلاث روايات روي عنه اذا ضرب سوطا في الاسلام لا تقبل شهادته
وعنه اذا ضرب الاكثر في الاسلام بطلت شهادته وعنه ما لم يضرب كله في الاسلام لا تبطل شهادته وهو
المعروف وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذا اذا ضرب المسلم بعض الحد ثم هرب فيه ثلاث روايات في ظاهر
الرواية ما لم يضرب جميع الحد لا تبطل شهادته وفي رواية تبطل بضرب سوط وفي رواية لا تبطل ما لم
يضرب الاكثر م والاول اصح ش اي جواز الشهادة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن شرب او زنى
او قذف غير مرة وغير مرة فحد فهو لذلك كله ش اي شرب غير مرة او زنى غير مرة او قذف غير مرة فقوله غير مرة
ليس بقيد لقوله او قذف وحد بل لكل ش اي فهذا الحد يقع للجميع كله وبه قال مالك والثوري وابن ابي
ليلى والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية واحمد والشافعي في قول م
ش وقذف الجماعة كلهم واحد بان قال ايها الزناة او بكلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان
ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب
وان قذفهم بكلمات اي ولو احد مرات يجب الحد لكل قذف حد عنده وبه قال احمد في رواية م اما الاولان
قال الكاكي اما الاولان ش اي حد الشرب وحد الزنا وقال الاترازي وهذه هي النسخة الصحيحة سماعا
وفي بعض النسخ قال اما الاولان فذلك ليس بشيء لان اما للتفصيل لانه ذكر اولا ثلاثة اشياء القذف والزنا والشرب
على الترتيب ثم قال الاخيران واراد بهما الزنا والشرب انتهى **قلت** ما حمله على هذا الكلام الا ان
نسخته اذا كانت هكذا ومن قذف او زنى او شرب فلذلك ساغ ان يقال اما الاولان بل الصحيح اما الاولان
لان النسخ الصحيحة في تحقيق الهداية ولذلك كلام الكاكي يشير الى هذا **قلت** ومع هذا قال الاترازي لو قال المص
اما الاخيران بلفظ التدبير مكسور الخاء لكان اولى لان الزنا والشرب مذكوران فيصح اللفظ بلا تاويل ولعله ما
قال يحتاج الى التاويل بان يقال الفعلتان الاخيرتان او الخصلتان انتهى **قلت** لو كانت نسخته مثل ما
ذكرنا لا احتاج الى هذه التكلفات فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى من الانزجار ش اي فلان المقصد
الكلي من اقامة الحد حقا لكونه لله تعالى ولاجل حق الله تعالى ان يحصل الانزجار للمقذوف حتى لا يباشر في المستقبل
ويرتدع لكونه ايضا م واحتمال حصوله ش اي حصول المقصد وهو الانزجار م بالاول ش اي بالحد الاول
م قائم ش اي ثابت م فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني ش اي في الحد الثاني حاصله ان الثاني تعطل عما هو
المقصود وهو الانزجار والحدود تندرئ بالشبهات بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يحد حينئذ حدا للتيقن بعدم
الانزجار م وهذا الخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى بعد ذلك م وهذا الخلاف ما اذا زنى او قذف او سرق او شرب
لان المقصود من كل جنس من هذه الاشياء م غير المقصود من الاخر ش فحد الزنا لصيانة الانساب وحد
القذف لصيانة الاعراض وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول واذا كان الامر
كذلك فلا يتداخل بل يقام واحد منهما ما يقتضي حده اما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى عندنا
فيكون ملحقا بهما اي بحد الزنا والشرب قاله الاترازي وقال الكاكي ملحقا بهما اي بحد الزنا والسرقة
قلت المذكور لفظ قذف ثلاثة فكيف يرجع ضمير التثنية الى الثلاثة والظاهر ان قوله
بهما يرجع الى السرقة والشرب لانهما اقرب المذكور م وقال الشافعي ان اختلف المقذوف ش لزيد وعمرو م
او المقذوف به ش اي او اختلف المقذوف به لقذف زيد مرة بان يحلفين وقال تاج الشريعة يعني زنيت
بفلانة ثم قال زنيت بفلانة الاخرى م وهو الزنا ش اي المقذوف به هو الزنا م لان يتداخل لان الغلبة
فيه ش اي في الزنا م حق العبد عنده ش اي عند الشافعي وقد مر الكلام فيه

فروع

لو قال لها جامعت بفلانة او قال جامعتها حراما لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا لان الجماع يكون بنكاح فاسد
قال لامراة زنيت بحمار او بعير او ثور لا يحد لان معناه ادخل فيك حمارا م ولو صرح لا يحد م ولو قال
زنيت بناقة او بدراهم او ثوب يحد لان معناه زنيت واخذت هذا م ولو قال هذا لرجل لا يحد كل هذه
من الشامل

فصل في التعزير

ش اي هذا فصل في بيان حكم التعزير والتعزير تاديب دون
الحد واصله العزر وهو الردع والرد ويجي التعزير بمعنى التعظيم والنصرة كما في قوله تعالى ويعزروه قال الكاكي
وهو المراد هنا م وفي المحيط التعزير مشروع بالكتاب قال الله تعالى واضربوهن امر بضرب الزوجات
تاديبا وتهذيبا م وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه عليه السلام عزر
رجلا قال لغيره يا مخنث وعنه عليه السلام قال رحم الله من علق سوطه حيث يراه اهله وباجماع الصحابة رضي

رضي الله عنه وبالمعنى وهو ان الزجر عن الجنايات وسوء الافعال واجب تعليلا للفساد والتعزير صالح للزجر فيكون
مشروعا وذكر التمرتاشي عن السرخسي وليس فيه شيء معوض بل الى راي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال الناس
مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالفضيحة ومنهم من يحتاج الى العظمة الى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وبه قال
الائمة الثلاثة وقال الشافعي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو ان يقول
له القاضي بلغني انك تفعل كذا فلا تفعل فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب
القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخساء بهذا كله وبالضرب
عن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال وعندهما والشافعي ومالك واحمد لا يجوز باخذ المال وعن التمرتاشي
يجوز اقامة التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل واحد بعلة النيابة وسئل الهندواني عمن وجد رجلا مع امراة اتحل له
قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بدون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل
حل له قتله وان طاوعته المراة حل قتلها ايضا وقال التمرتاشي وهذا تنصيص على ان الضرب تعزيرا يملكه الانسان
وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك ولهذا يجوز للمولى ان يعزر عبده او امته م ومن قذف عبدا او امة او ام
ولد او كافرا عزر ش هذه مسالة القدوري وقال المص م لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لعدم الاحصان
فوجب التعزير ش باجماع الائمة الاربعة واكثر العلماء وعن داود يجب الحد على قاذف العبد وعن ابن المسيب
وابن ابي ليلى يحد قاذف ذمية لها ولد مسلم م وكذا ش اي وكذا لا يجب التعزير م اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق
او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ش وكذا لو قال يا يهودي يا نصراني يا ابن النصراني او
يا لوطي يا من يعمل عمل قوم لوط يا من يلعب بالصبيان يا اكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا فاجر يا منافق يا لص يا مخنث
يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا ماوى الزناة واللصوص عزر في ذلك كله وفي اللوطي سئل عن نيته ان اراد
به عمل قوم لوط فلا شيء عليه وان اراد به يعمل عمل قوم لوط اما فاعلا او مفعولا فعليه الحد عند ابي يوسف ومحمد واحمد
ومالك والشافعي والحسن والنخعي والزهري وابي ثور لانه قذف بما يوجب الحد كما لو قذفه بالزنا وعن ابي
يوسف لا حد عليه ويعزر وبه قال قتادة وعطاء والصحيح ان كان في غضب يعزر وفي فتاوى الولوالجي ولو قال
يا فاجر او يا ابن الفاجرة الفاسقة على نية عليها التعزير فقط م ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير م
ش اراد انه لم يثبت نص بالحد في الاشياء المذكورة والقياس ليس داخلا في الحدود لانها من المقدرات الشرعية فاذا
كان لذلك وجب التعزير لاجل الزجر والردع كما ذكرناه عن قريب م الا انه ش اي غير ان الشان م يبلغ ش
من التبليغ على صيغة المجهول م في التعزير غايته في الجناية الاولى ش اي فيما اذا قذف غير المحصن بالزنا م لانه
ش لان القذف بالزنا م من جنس ما يجب به الحد ش اي في المحصن م وفي الثانية ش اي فيما اذا قذف المحصن بغير الزنا
كالفسق والكفر م والراي الى الامام ش يرى فيه بما يقتضيه حال القاذف وحال المقذوف وحال القذف م ولو
قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه م فانه يعلم انه ادمي وليس بحمار وان القاذف كاذب
وكذا لو قال يا ثور او يا بقر او يا حية او يا ذئب او يا حجام او يا بغا او يا مواجر او يا عيار او يا ناكس او يا منكوس او
يا بحرم او يا مضحكة او يا سخان او يا ولد الحرام او يا ابله لم يعزر وقيل لم يعزر وبه قالت الثلاثة وقال في الاجناس
لو قال يا ابن القرطبان عليه التعزير لانه هو الذي يحمل رجلا على امراته حتى يصيب منها ما لا قال ثعلب القرطبان
الذي يرضى ان يدخل الرجال على نسائه وقال القرطبان والكشخان لم ارهما في كلام العرب ومعناهما عند العامة
مثل الديوث او قريبا منه والديوث الذي يدخل الرجال على امراته قال ولهذا قال احمد في الكشخان يعزر وبه
قال بعض اصحابنا ولو قال يا بليد يا قذر يعزر ولو قال يا سفيه يعزر ولو قال يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك
او قال انت حجام او انت مقتصد او قال يا دستاني لا تعزير فيه ولو قال يا منتوف لا يعزر ش وقيل في عرفنا يعزر
وهو قول الهندواني لانه يعد شيئا ش اي لان قوله يا حمار او يا خنزير يعد شيئا اي شتما م وقيل ان كان المسبوب
من الاشراف العلوية كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان ش اي المسبوب م من العامة
لا يعزر وهذا ش اي وهذا القول م حسن م وهو قول المص ش م والتعزير اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاث
جلدات ش وبه قال الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر سوطا وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد
والتعزير على الحد اذا راى المصلحة في ذلك لما روي ان معن ابن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به
لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر رضي الله عنه فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة اخرى ثم
فكلم فيه من بعد فضربه مائة اخرى ونفاه وروى احمد باسناده ان عليا رضي الله عنه اتي بالنجاشي قد شرب

حمرا في رمضان لجلده ثمانين للشرب وعشرين سوطا للفطر في رمضان ولنا قوله عليه السلام من بلغ حدا
في غير حد فهو من المعتدين وحديث معن يحمل ان كانت له ذنوب كثيرة فادب على جميعها او تكريره
او كان ذنبه مشتملا على جنايات احدها تزوير والثاني اخذ المال من بيت المال بغير حقه والثالث ايجاد
هذه المعصية وغير هذا واما حديث النجاشي فان عليا رضي الله عنه ضربه الحد لشربه ثم عزره بعشرين م وقال
ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين ش وهذا ظاهر الرواية عن ابي يوسف الا ترى الى ما نقل صاحب الاختيار
عن حدوده لا اصل لا بد في التعزير يضرب الضروب قائما واقله ثلاثة واكثره تسعة وثلاثون سوطا لا يبلغ الاعتبار
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ خمسة وسبعين سوطا ثم قال في نوادر هشام عن ابي يوسف تسعة وسبعين
سوطا لكن هذا في تعزير الحر واما في تعزير العبد فاما في قول ابي يوسف ينقص خمسة عن اربعين لذا ذكر صاحب المختلف
في قول محمد في ظاهر الرواية مع ابي حنيفة وفي رواية قوله مع ابي يوسف لذا ذكره في المختلف وقول زفر مثل قول ابي يوسف
في النوادر وذكر في شرح الاقطع قول زفر مثل قول محمد رحمه الله م والاصل فيه ش اي في هذا القول في هذا الباب
م قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ش هذا الحديث اخرجه البيهقي
عن خالد بن الوليد رضي الله عنه عن النعمان بن بشير وقال المحفوظ مرسل وقال محمد ورواه محمد بن الحسن في كتاب
الاثار مرسلا وقال في التنقيح رواه ابن ماجة في فوائده حدثنا محمد بن الحسين الاصبهاني حدثنا ابن علي المقدمي حدثنا
مسعر عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث قوله من بلغ قال في
النهاية بلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ بالسماع وهكذا ذكر في الفوائد الظهيرية فانه قال بالتخفيف لا بالتشديد
من البلوغ لا من التبليغ لان المبلغ اليه غير مذكور وبلغ بالتخفيف اي كما في بلغ المكان اي اتاه فصار تقديره
من اتى حدا في موطن لا يجب الحد فهو من المعتدين وهكذا نقل العلامة شمس الائمة الكردري رحمه الله وهكذا ذكر
في الكافي وفي المغرب التثقيل ان صح على حذف المفعول الاول كما في قوله عليه السلام فليبلغ الشاهد الغائب وقوله
تعالى بلغ ما انزل اليك على حذف المفعول الثاني والتقدير من بلغ التعزير حدا وانما حسن الحذف لدلالة قوله في غير حد
ولهذا قالوا لا يجوز تبليغ غير الحد الحد وقيل بالتخفيف اولى لعدم الحاجة الى الاضمار وفي الفوائد الحمارية اذا
بالتشديد معناه ان يبلغ غير الحد وهذا غير مستقيم وفيه تامل لان هذا على تقدير حذف المفعول الثاني واما على
تقدير حذف المفعول الاول كما ذكره في المغرب يستقيم م واذا تعذر تبليغه حدا ش اي تبليغ التعزير حدا فهو منصوب
على انه مفعول المصدر المضاف الى فاعله م فابو حنيفة ومحمد نظرا الى الادنى الحد وهو حد العبد ش وذلك
ش اي حد العبد في القذف م اربعون فنقصا منه ش اي من اربعين سوطا م وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار
اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه ش اي عند ابي يوسف م وهو قول زفر ش اي نقص السوط الواحد
هو رواية عن ابي يوسف قول زفر م وهو القياس ش لان الحاجة ماسة الى اظهار التفاوت بين الحد والتعزير
ونقص الواحد يقع التفاوت م وفي هذه الرواية ش اي في رواية القدوري وهي رواية الجامع الصغير ايضا
نقص خمسة وهو ش اي بلوغ التعزير خمسة وسبعين سوطا م ماثور ش اي مروي عن علي ش اي علي بن ابي طالب رضي
الله عنه وهذا غريب ذكره البغوي في شرح السنة عن ابن ابي ليلى ولم يتعرض احد من الشراح الى بيان اصل هذا
عن علي رضي الله عنه م فقلده ش اي قلد ابو يوسف عليا رضي الله عنه م ثم قدر الادنى في الكتاب ش اي قدر القدوري
رحمه الله ادنى التعزير في مذهبه وفي مختصره م بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا
ش في شرح الجامع الصغير م ان ادناه ش اي ادنى التعزير م على ما يراه الامام يقدره ش يعني يجتهد في ذلك
ويقدره بقدر ما في ذلك مما يعلم انه ينزجر لانه ش اي لان التعزير م يختلف باختلاف الناس ش لان الناس
يتفاوتون فواحد ينزجر بادنى ضربات ونحوه ولا ينزجر باضعاف ذلك الاخر وروي مثل ذلك عن ابي حنيفة
ولهذا قال في الاجناس قال ابو حنيفة رضي الله عنه في التعزير اذا راى القاضي ان يحبسه ولا يضربه فعل ذلك
وهو الى الوالي يعمل فيه برايه وعلى الوالي ان يجتهد في ذلك م وعن ابي يوسف انه ش اي روي عن ابي يوسف
ان التعزير م على قدر عظم الجرم وصغره ش هذه رواية ابي سليمان باملائه ذكره الناطفي في كتاب الاجناس
قال ابو يوسف التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك وعلى قدر احتمال المضروب
لضعف بدنه يتحرى في ذلك وقال في نوادر ابن رستم عن محمد في الرجل يشتم الناس ان كان له مروءة وعظ وان كان
دون ذلك حبس وان كان شتاما ضرب وحبس وقال المروءة عندي في الدين والصلاح قال في خلاصة الفتاوى
سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال اذا راى القاضي او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز

تعزيره

تعزيره باخذ المال الى هنا لفظ الخلاصة م وعنه ش اي وعن ابي يوسف م انه يقرب كل نوع من بابه ش اي
يقرب كل نوع من ابواب الجرم في باب التعزير واوضح ذلك بقوله م فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا ش يعني يقرب
التعزير في اللمس الحرام والقبلة الحرام الى جلدات التعزير م والقذف بغير الزنا ش اي يقرب القذف بغير الزنا لقوله
يا فاجر او يا خبيث م من حد القذف ش فيعزر اقل جلدات التعزير وفي شرح الاقطع لو شهدوا عند الامام على
احد انه قبل اجنبية او لمسها وروى ابو شجاع عن ابي يوسف انه على قدر ما يراه الامام في كل نوع فالقذف بغير الزنا
يقرب من حد القذف وشرب غير الخمر يقرب من شرب الخمر والوطء فيما دون الفرج يقرب من حد الزنا حتى يعتبر
كل نوع م واذا راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه ش اي لان الحبس م صلح تعزيرا وقد
ورد الشرع به في الجملة ش اي بالحبس وروى الترمذي حدثنا علي بن سعيد الكندي قال انبانا ابن المبارك عن معمر
عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة ثم خلى عنه م حتى جاز ان يكتفي به
ش اي بالحبس م وجاز ان يضم اليه ش اي يضم الحبس الى الضرب م ولهذا ش لا يصلح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب
فيه التعزير م لم تشرع ش اي بالحبس م في التعزير بالتهمة ش اي بسبب التهمة م قبل ثبوته ش بان شهد شاهدان
مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق او يا كافر فلا يحبس اليه قبل تعديل الشهود م كما شرع ش اي الحبس
في الحد ش بسبب التهمة لان في باب الحد شيا اخر غير الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان
يحبس في تهمته لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لا يحبس بالتهمة
لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فكان فيهما كان اقامة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو ما يا باه
الشرع م لانه ش اي لان الحبس من التعزير ش والتعزير لم يشرع بالتهمة لما ذكرنا م قال ش اي القدوري م
واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي
الى فوت المقصود ش وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو
جمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا
في الجمع م وقال احمد اشد الضرب ضرب الزاني ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك كلها سواء وقال الحاكم في الكافي
ضرب التعزير اشد من ضرب الزنا وضرب الزاني اشد من ضرب القاذف وضرب الزاني اشد من ضرب
الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف من جميع ذلك ويجرد في سائره الا في حد القذف
فانه يضرب وعليه ثيابه م ولهذا ش اي ولكون التخفيف في التعزير من حيث العدد دون الوصف م لم يخفف من حيث
التفريق على الاعضاء ش لانه جرى في النقصان من حيث العدد فلو جرى التخفيف من حيث التفريق لفات
المقصود وهو الزجر وذكر في المبسوط وهذا يجرد ويعزر في ازار واحد وعند الائمة الثلاثة حكم ضرب التعزير
حكم ضرب الزنا وذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء ولا يضرب العضو الذي
لا يضرب في الزنا وذكر في اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد م ثم حد الزنا ش اي اشد من ضرب
الشارب م لانه ثابت بالكتاب ش والسنة م وسنه وهو الزنا من اعظم الذنوب ولهذا شرع فيه اعظم
العقوبات وهو الرجم م وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ش فكذلك كان ضربه دون ضرب
الزنا وفوق ضرب القذف لانه ش اي لان الزنا اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم م ثم حد الشرب لان
سببه م وهو شرب الخمر متيقن به م ولانه ثبت نفسا بالبينة ثم حد القذف لان سببه يحتمل لاحتمال
كونه ش اي كون القاذف م صادقا ش في قذفه ولا يعقد على اثبات زنا المقذوف لانه قل ما يحصل من يشهد على
فعل المقذوف كالميل في المكحلة م ولانه جرى فيه ش اي في حد القذف م التغليظ من حيث رد الشهادة فلا
يغلظ من حيث الوصف م ولا يغلظ بشدة الضرب وحد القذف احق من الجميع لان شارب الخمر فلا يخلو
عن القذف فيصير كل شارب جميعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة
فلذا كان ضربه اخف من ضرب الشارب وان كان منصوصا عليه م ومن حده الامام او عزره فمات فدمه
هدر ش يعني لا يجب شيء على الامام ولا على بيت المال وبه قال احمد ومالك الا ان مالكا قال اذا ضربه
تعزيرا لا يضمن وقال الشافعي يضمن وفي محل الضمان قولان احدهما في بيت المال والثاني على عاقلة الامام
هكذا ذكر الكافي في خلافه وقال الاترازي اما هكذا اما الحد اللازم في الحد بالاجماع واما التعزير فقد كان
الشافعي يضمن في حاله وقول في بيت المال م لانه ش اي لان الامام م فعل ما فعل بامر الشارع وفعل المامور لا يتقيد
بشرط السلامة كالفصاد ش الذي يفصد م والبزاغ ش بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء وفي اخره

عين معجمة من بزغ البيطار الدابة من باب منع اي شق منها من قوائمها واسم الحديدة التي تفعل بها ذلك
المبزغ بكسر الميم وهو لمشرط الحجام وهذا اذا لم يجاوز المواضع المعتادة فمات المفصود او المبزوغ لا يلزم
الضمان كذا هنا م بخلاف الزوج اذا عزر زوجته م فماتت يجب عليه ضمان الدية لانه مطلق فيه اي
مباح فعله والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة ش فاذا فاتت السلامة يلزم الضمان كالمرور في الطريق
والاصطياد اذا اتلف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان لكونه عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكر في المختلف
مع انه مباح فينبغي ان يتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر للجماع فلو وجبت الدية يجب ضمانان بمقابلة فعل
واحد وذكر الحاكم لا يضرب امراته على ترك الصلاة ويضرب ابنه على تركها والمعلم اذا ادب الصبي فات منه
يضمن عندنا والشافعي ومالك واحمد لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ولا الاب في التاديب والجد والوصي
اذا ضربه ضربا معتادا او ضربه ضربا شديدا لا يضرب مثله في التاديب يضمن باجماع الفقهاء وقال
الشافعي يجب الدية في بيت المال ش يعني في مسالة الامام اذا حده او جلده اذا حده او عزره فمات وقد مر الكلام فيه
م لان الاتلاف خطا في ذلك اذ التعزير للتاديب غير انه يجب الدية في بيت المال لان نفع عمله ش اي عمل الامام
يرجع الى عامة المسلمين م فيكون الغرم ش اي غرامة الضمان م في مالهم ش اي في مال المسلمين م قلنا لما استوفى
اي الامام حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة ش اي من غير واسطة جلد الجلاد فاذا كان
الامر كذلك فلا يجب الضمان فرع يصح في التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع
الرجال والعفو والتكفل لانه من حقوق العباد والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

باب السرقة

اي هذا باب في بيان احكام السرقة ولما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر
الزواجر المتعلقة بصيانة الاموال وصيانة النفس اقدم من صيانة المال فلذلك اخر كتاب السرقة
م والسرقة في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية والاستتار ش السرقة على وزن
فعلة بفتح الفاء وكسر العين من سرق يسرق من باب ضرب يضرب ولها معنى لغوي ومعنى شرعي ومعناها
اللغوي هو ما قاله المصنف بقوله السرقة في اللغة الى اخره م ومنه ش اي من المعنى اللغوي م استراق السمع
وهو السماع خفية م قال الله تعالى الا من استرق السمع معناه يسمع مستخفيا ويقال معناه رام اختلاسه سرا ويسترق
الشياطين من الملائكة كلامهم م وقد زيدت عليه ش اي على المعنى اللغوي م اوصاف في الشريعة ش اي يوجد
المعنى الشرعي على ما قيل بيانها ش اي بيان تلك الاوصاف التي هي السرقة ابتداء وانتهاء م وهو ان ياخذ
الخفية ابتداء وانتهاء م او ابتداء لا غير ش اي على وجه الخفية م كما اذا نقب الجدار ش يعني ليلا م على الاستسرار
م يعني خفية ثم استيقظ صاحب المال واخذ المال من المالك مكابرة ش يعني مكابرة بالسلاح او مدافعة
على الجهاد ش يعني اذا اخذه جهرا في الانتهاء م وفي الكبرى ش اي في السرقة الكبرى وهو قطع الطريق
هذا جواب عما يقال يرد عما قلت قطع الطريق لانه لا نزاع فيه الخفية وقد قلت المعنى اللغوي في
السرقة مراعى فاجاب بقوله م وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام م لان قاطع
الطريق ياخذ المال عن الخفية عن عين الامام الذي يحفظ الطريق ش لانه هو المتصدي لحفظه
الطريق باعوانه م وهو جمع عون وهو الظهير والمراد باعوانه وحالة الدين في حرمته يرصدهم
لحفظ الطرقات م وفي الصغرى ش وفي السرقة الصغرى م مسارقة عين المالك الذي هو الحافظ ش
او من يقوم مقامه ش اي ومسارقة من يقوم مقام المالك سواء كان صاحب امانة او ضمان كالمستعير
والمستاجر والمودع والمرتهن والمضارب والغاصب م قال ش اي القدوري م واذا سرق العاقل
البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته ش اي واذا سرق ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة
من حرز لا شبهة فيه وجب القطع فيه ش الى هنا لفظ القدوري م والاصل فيه ش اي وجوب
القطع م قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية ش اي القدوري اي الذي يسرق
والتي تسرق فاقطعوا ايمانهما الدال بالاتفاق العلماء وهو محمول بتناوله اكمال غير الحرز والشيء التافه
الذي لا قيمة له والحديث وهو قوله عليه السلام لا يقطع السارق الا في ثمن المجن على ما ياتي بيان الحديث
م ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما ش اي دون العقل والبلوغ وانما

حتى المجنون والصبي لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي
حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل م والقطع جزاء الجناية م فلا يثبت الجناية عن المجنون والصبي والقطع عقوبة
وهما ليسا من اهل العقوبة م ولا بد من التقدير بالمال الخطير ش اي الذي له قيمة وضد الخطير الحقير م لان
الرغبات تفتر في الحقير ش الرغبات جمع رغبة وهو مصدر رغب في الشيء رغبا ورغبة اذا اراده وزعبه
اراده والفتور الضعف والانكسار والمعنى ان الراغب في الشيء لا يرغب في الشيء الحقير م وكذا اخذ لا يخفى ش اي
والذا اخذ الشيء الحقير لا يخفى م والذي ياخذ لا يخفيه عن الناس لحقارته فاذا كان كذلك م فلا يتحقق ركنه
اي ركن السرقة وهو الاخذ على الخفية وتذكير الضمير على تاويل السرق لانهما بمعنى م ولا حكمة الزجر ش
م اي لا يتحقق ايضا حكمة الزجر في اخذ الشيء الحقير م لانها ش اي لان حكمة الزجر فيما تغلب ش اي وقوعها
وذلك في المال الخطير م والتقدير ش اي تقدير التي يقطع به يد السارق م بعشرة دراهم مذهبنا م وفيه
مذاهب للناس وقال الحسن وداود والخوارج وابن بنت الشافعي يقطع في القليل والكثير لعموم الاية
ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده متفق عليه م وقال
ابن ابي ليلى لا يقطع في اقل من خمسة دراهم ش وقال مالك واحمد يقطع في ربع دينار او ثلاثة دراهم وروي
من الخمسة دراهم وهو المروي عن ابي هريرة وابي سعيد الخدري رضي الله عنهما كذا في الجامع الترمذي
وروي عنهما انه لا يقطع في اقل من اربعين درهما وهو غير صحيح م وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند
مالك ثلاثة دراهم لهما ش اي للشافعي ومالك م ان القطع على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن
المجن م بكسر الميم وهو الترس سمي به لانه يستر صاحبه من جنة القتال واجنه اي ستره واختلفوا في ثمن المجن الذي
قطع به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل كان عشرة دراهم وقيل ثلاثة دراهم وقيل خمسة دراهم فقالا
الشافعي ومالك م واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن اولى غير ان الشافعي يقول كانت
قيمة الدينار على عهد النبي صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها م واحتج بما روى الترمذي عن عمرة عن
عائشة رضي الله عنها موقوفا ومرفوعا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا واحتج مالك بما
روي عن نافع عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثلاثة دراهم ولنا
ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد لان الحدود تندرئ بالشبهات م وهذا ش اي الاخذ
بالاكثر م لان في الاقل ش اي من عشرة دراهم شبهة عدم الجناية وهي ش اي الشبهة م دارئة م والاخذ
الشبهة بيان ذلك ان في العشرة يجب القطع بالاجماع وفي ما دونها خلاف والاخذ بالمجمع عليه اولى من الاخذ
بما فيه خلاف لان ادنى درجات الخلاف ايراث الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات م وقد تايد ذلك ش اي ما
ذكرنا بقوله عليه السلام ش اي بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم ش هذا الحديث
رواه الطحاوي حدثنا ابن ابي داود قال انبانا يحيى ابن عبد الحميد الحماني قال انبانا شريك عن منصور عن
عطاء عن ايمن ابن ام ايمن قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع السارق الا في حجفة وقومت على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم دينارا او عشرة دراهم واخرجه البيهقي في الخلافيات وقال الطحاوي ايضا حدثنا ابن ابي داود
عبد الرحمن ابن عمر الدمشقي قال انبانا احمد ابن خالد الذهبي قال انبانا محمد ابن اسحق عن ايوب بن موسى عن
عطاء عن ابن عباس قال كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه ابو داود
عن عثمان ابن ابي شيبة ولفظه قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل في مجن قيمته دينارا او عشرة دراهم
واخرجه الحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم وشاهده حديثين فان قلت ايمن هذا على ان كان
ابن من الصحابة وعده جماعة من الصحابة وقالوا انه يوم قتل حنين ولم يدركه عطاء فحينئذ فالحديث منقطع
قلت ان كان ايمن من الصحابة وعطاء لم يدركه لكنه تايد بالحديث يعني بحديث ابن عباس وان كان تابعيا
رواه الى ما بعد النبي صلى الله عليه وسلم كما زعم الطحاوي ويكون الحديث متصلا وان كان من التابعين على ما
زعم الشافعي وغيره يكون ايضا متصلا لا محالة وعد جماعة من الصحابة منهم ابن اسحق وابن سعد وابو قاسم
البغوي وابو نعيم وابن منده وابن قانع وابن عبد البر ومما يؤيد مذهبنا ما رواه النسائي من حديث عبد الله ابن
ابي ادريس عن محمد ابن اسحق عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم عشرة دراهم ورواه النسائي ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الاعلى عن محمد ابن اسحق قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق في دون ثمن المجن قال عبد الله وكان ثمن المجن عشرة دراهم واخرج

احمد في مسنده عن الحجاج ابن ارطاة عن عمرو ابن شعيب به مرفوعا لانه لا يقطع السارق في اقل من عشرة دراهم
ورواه اسحاق ابن راهويه في مسنده وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا المعتمر ابن الصباح عن عمرو ابن شعيب
عن سعيد ابن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان
صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم وروى الطبراني في الاوسط حدثنا محمد ابن نوح ابن حرب ثنا خالد ابن يزيد
ثنا ابو مطيع البلخي عن ابو حنيفة عن القاسم عن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا قطع الا في عشرة دراهم وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن عبد الرحمن عن عبد الله ابن القاسم
عن عبد الرحمن قال قال ابن مسعود رضي الله عنه لا تقطع اليد الا في دينار او عشرة دراهم م واسم الدراهم يطلق
على المضروبة عرفا ش اي يطلق على المسكوكة في عرف الناس وغير المسكوكة لا يسمى دراهم في العرف وتكلم العلماء في انه
هل يشترط عشرة دراهم مضروبة ام لا ونقل الشراح لفظ القدوري بلفظ المضروبة كما ذكر عن قريب م فهذا اشارة
الى قوله واسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفا م يبين لكن اشتراط المضروب كما قال في الكتاب ش اي كما قال
القدوري في مختصره م وهو ش اي الذي ذكره في الكتاب م ظاهر الرواية ش حتى لو سرق تبرا وزنه عشرة وقيمته
انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع م وهو الاصح ش اي ظاهر الرواية هو الاصح م احترز به عن رواية الحسن
عن ابي حنيفة ان المضروب وغير المضروب سواء ذكره في المحيط وقال الاترازي في نقل القدوري عن الشيخ
لان الشيخ انما يصرح ذكره في الشرح الكبير وهو تلميذ القدوري رواية المختصر ولم يقيد بالمضروبة بل اكتفى
بقوله مضروبة او غير مضروبة ثم قال اما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة هو قول
ابي حنيفة ثم قال وروى بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرا لا يقطع وقال في
التحفة ذكر ابو الحسن الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد انه لا يقطع في عشرة
دراهم تبر ما لم يكن مضروبة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا سرق عشرة مما يروج بين الناس قطع فهذا
على ان المراد ان كان رائجا يقطع فيه الى هنا لفظ التحفة م رعاية لكمال الجناية ش يعني اشتراط المضروبة
لاجل رعاية الكمال في الجناية وقال الكاكي هذا دليل الاصح ش يعني في شروط العقوبات تراعى وجودها على صفة
الكمال والتبر انقص من المضروب قيمة ولهذا اشترطنا الجودة حتى لو سرق زيوفا او نبهرجة او ستوقة لا يجب القطع
ذكره في شرح الطحاوي لان نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر فاورث شبهة م حتى
لو سرق عشرة تبرا انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع م هذا نتيجة ما قبله وهو ظاهر والتبر هو القطعة
الماخوذة من المعدن م والمعتبر ش يعني في عشرة دراهم م وزن سبعة مثاقيل ش من الذهب وزن درهم اربعة
عشر قيراطا وروى دينار عشرون قيراطا وما يساوي درهم وزن مائة واربعين شعيرا لان وزن كل مثقال درهم وثلاثة
اسباع درهم وقد في الكتاب اي في كتاب الزكاة بسط من هذا م لانه هو المتعارف عامة في البلاد وعلى ذلك
استقر الامر في ديوان عمر رضي الله عنه تتعلق الاحكام بهذه الدراهم لنصاب الزكاة ومقادير الديات
وقال في شرح الطحاوي يعتبر قيمة السرقة وقت السرقة ووقت القطع عند الكرخي م وقوله ش اي وقول القدوري
وما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى غير الدراهم يعتبر قيمته بها ش اي بالدراهم م وان كان ذهبا ش
واصل بما قبله وان كان يبلغ قيمته عشرة دراهم ذهبا وفي المحيط لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة دراهم
قالوا فالمراد الدينار المقوم بقيمة الشرع عشرة دراهم لا الدينار المقوم بقيمة الوقت لان القيمة باعتبار العرف
تختلف ويكون عشرة وقد يكون عشرين وقد يكون بمصر ثمانية دراهم قلت قيمة الدينار في
زماننا هذا ثمانية وثلاثون درهما وقد كان في الاول بعشرين درهما ثم لم يزل يتزايد والان بلغ هذا المبلغ
م ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة ش اي دافعة للحد والحرز المكان الحريز وهو الذي يحرز فيه الشيء
ش اي يحفظ والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا م وسنبينه ان شاء الله تعالى ش اي وسنبين
الحرز في فصل الحرز ان شاء الله تعالى م والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل قال الله تعالى والسارق
والسارقة الاية فبعمومه يتناول الحر والعبد م ولان التنصيف ش اي تنصيف القطع والذي هو الحد م
متعذر فيكمل صيانة لاموال الناس ش اي تنصيف القطع الذي هو الحد ش اي يكمل الحد الذي هو القطع
لاجل اموال الناس لان في تركه لاجل تعذر التنصيف فسادا لا يخفى كما في القصاص م ويجب القطع ش اي قطع
يد السارق م باقراره مرة واحدة ش هذا لفظ القدوري م وهذا ش اي الاقرار مرة واحدة عند ابي حنيفة
ومحمد م وبه قال اكثر العلماء وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين م وبه قال ابن ابي ليلى واحمد

وابن شبرمة وكذا الخلاف في شرب الخمر م ويروى عنه ش اي عن ابي يوسف م انهما ش اي الاقرارين ينبغي ان
يكونا في مجلسين مختلفين ش كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر رجوع ابي يوسف الى قولهما
لانه ش اي لان الاقرار احدى الحجتين م وهما البينة والاقرار م فيعتبر ش اي الاقرار م بالاخرى ش اي بالحجة
الاخرى وهي البينة فان البينة ثنتان م كذلك اعتبرنا في الزنا ش اي كما اعتبرنا الاخرى وهي البينة فان البينة
ثنتان كذا اعتبرناهما بالبينة كذلك اعتبرنا في الزنا حيث شرطنا الاقرار فيه اربع مرات كما ان البينة فيه اربعة
ولانه روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عليه السلام اتي بلص قد اعترف فقال له ما اخالك سرقت فقال بلى
فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فقطعه فهذا ان الاقرار مرة واحدة لا يوجب القطع وروى الطحاوي في شرح
الاثار باسناده الى علي ابن ابي طالب رضي الله عنه ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين
فامر وقطع وعلقها في عنقه م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به ش اي بالاقرار مرة
واحدة م ولا اعتبار بالشهادة ش هذا جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى بيانه هو قوله م لان
الزيادة تفيد فيها ش اي في الشهادة م تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة ش اي في الاقرار لان
الاقرار ان وقع صادقا فلا يزداد صدقا بالثاني وان وقع كذبا فلا ينقلب صدقا بالتكرار م وباب الرجوع
جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع عن اقراره واحتمال تثبت عليه فيتولد بالتكرار فاجاب بقوله
باب الرجوع ش اي عن الاقرار في حق الحد لا ينسد بالتكرار م لانه لو اقر لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه
م فلا يصح فقطع هذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار لا في قطع لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار
م واشتراط الزيادة في الزنا ش جواب عن قوله ولهذا اعتبرنا في الزنا يعني اشتراط الزيادة في الزنا م بخلاف
القياس في المبسوط والمحيط والقياس في الزنا ان لا يعتبر الا اقرار مرة واحدة فيه فاشتراط التكرار فيه بخلاف
القياس م فيقتصر على مورد الشرع ش اي على مورد النص والنص الوارد في الزنا لا يكون واردا في باب الاقرار
ان في السرقة ورد نص اخر وهو انه عليه السلام قطع سارقا بالاقرار مرة واما حديث المخزومي فلا يدل على
اشتراطه مرتين بل دل على انه عليه السلام احتاط في درءه فلما خافه على الرجوع وهو بحث او جواز تلقين الرجوع
والحديث علي رضي الله عنه يدل بقوله شهدت على نفسك مرتين قاله الكاكي وقال الاترازي والذي روي
عن علي رضي الله عنه من التكرار اتفاقي لا قصدي وفيه تامل م قال ش اي القدوري م ويجب ش اي القطع
بشهادة شاهدين لتحقق الظهور ش اي ظهور السرقة بالشهادة م كما في سائر الحقوق ش ولا خلاف فيه لاهل العلم
الا في القصاص م وينبغي ان يسالهم الامام عن كيفية السرقة ش بان يقال كيف سرق لاحتمال انه نقب البيت فادخل يده واخذ
المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافا لما روي عن ابي يوسف في الامالي وكذا اذا تناول ساحبا له
من الباب لا يقطع واحد منهما لانه في الاولى تحلل الحرز لا هتك الحرز في البيت لا يكون الا بالدخول
ولم يوجد والصبي في الصبي وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على التمام من كل واحد منهما بخلاف
ما اذا رمى الثوب في البيت الى الطريق ثم خرج فاخذه حيث يقطع لان الفعل الموجب القطع تم به م وعن
م وماهيتها ش اي ويسالهم عن ماهية السرقة بان يقال ما هي لاحتمال ان المسروق شيء تافه او مما يتسارع اليه
الفساد او مال ذي رحم محرم منه او مال فيه شركة للسارق او ما اخذ الزوجين او دراهم المديون احدهما
السارق بقدر حقه او اقل من قدر النصاب ويحتمل ان الشاهدين لسماه الى السرقة لاستواق الكلام كما قال عليه السلام
الاثم اسرق السرقة ولانه لم يعتد من الركوع والسجود وقد ورد في الحديث ان اسوأ الناس سرقة من يسرق
من صلاته فلا بد من السؤال عنها م وزمانها ش اي ويسال عن زمان السرقة بان يقال متى سرقه لاحتمال التقادم
لان التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة بخلاف الاقرار لعدم التهمة وقال الكاكي
هذا اذا اثبت السرقة بالبينة اما اذا ظهرت السرقة بالاقرار لا يحتاج الامام في السؤال عن الزمان لان تقادم
العهد لا يمنع صحة الاقرار ذكره في المبسوط والمحيط فان قيل ينبغي ان يكون التقادم غير مانع هاهنا كما ان
القاضي الماضي غير مانع اذ لا تقبل شهادة بدون دعوى المالك في حد القذف لشرطية الدعوى قلنا
قد تقدم جوابه في باب الزنا فهو في الايضاح م ومكانها ش اي ويسال عن مكان السرقة لاحتمال انه لو سرق
في دار الحرب او سرق من مستامن في دارنا لا قطع فيه استحسانا لان حرمته ما له سرقة لا مرد به او سرق من غير
الحرز او من بيت اذن له بالدخول عنه او من حمام نهارا وبالليل يقطع لانه لا يؤذن بالدخول في الليل كذا في
شرح الطحاوي م لزيادة الاحتياط م في السؤال عن سواد السرقة كما مر في الحدود ش اي كما مر في مثل هذه

الاسالة في باب الحدود م وحبسه ش بالنصب عطفا على قوله ان يسالهما اي وحبس الامام السارق على ان يسال عن الشهود للتهمة اي لاجل تهمة السارق لانه صار متهما بالسرقة فحبسه تعزير عليه وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وقد مر ذلك في اول باب الحدود وانما حبسه الى ان يسال عن عدالة الشهود اذا وقع الغلط فتعين الحبس لئلا يفوت الحق بالهرب م وقال ش اي القدوري م واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل ش اي اقل من نصاب السرقة م لا يقطع ش وبه قال الشافعي والثوري وابن الماجشون المالكي ونقل عن ابن الماجشون المالكي يقطعون بكل حال وقال مالك واحمد وابو ثور يقطع الكل لان سرقة النصاب فعل يوجب القطع فيشترك فيه الواحد والجماعة كالقصاص قلنا كل واحد يقطع بجنايته والجناية الموجبة للقطع سرقة صالحة لخروج الروح م لان الموجب ش للقطع م سرقة النصاب ويجب على كل واحد بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه م ان في حق كل واحد منهم وهذا الذي ذكره فيما اذا لم يكن في الجماعة صبي او مجنون او اخرس او ذو رحم محرم من صاحب المال وان كان واحد منهم في الجماعة فلا قطع وعند ابي يوسف ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع فلا قطع وان ولي غيرهما قطع

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع في غيره

التوالي

ش اي هذا باب في بيان ما يقطع فيه السارق وفي بيان ما لا يقطع فيه ولما ذكر تفسير السرقة وشرطها شرع في تعداد المسروق الذي يوجب القطع والذي لا يوجب م لا قطع فيما يوجد تافها ش بالتاء المثناة من فوق وبالفاء اي حقيرا يسيرا م مباحا ش وهو ما يشترك فيه العامل بين التحصيل والترك م في دار الاسلام ش قيد به لان الاموال كلها على الاباحة في دار الحرب م كالخشب والقصب والحشيش والسمك والصيد والزرنيخ والمغرة ش بالمغرة هو الطين الاحمر ويجوز تسكين عينها والعامة تقول بضم الميم وسكون الغين م والنورة ش بالواو والهمزة م والاصل فيه ش اي في عدم القطع في التافه وما يوجد مباحا في دار الاسلام م حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه ش هذا الحديث رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت لم يكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وزاد في مسنده ولم تقطع في ادنى من ثمن حجفة او ترس انتهى ورواه مرسلا ايضا م اي الحقير ش تفسير المصنف وليس من الحديث م وما يوجد جنسه ش اي الذي يوجد جنسه وهو محل الرفع على الابتداء وخبره قوله حقير اي ما يوجد جنسه حال كونه م مباحا في الاصل بصورته ش احترز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان فيها القطع لتغيرها عن الصورة الاصلية بالصنعة المتقومة م غير مرغوب فيه ش غير منصوب على انه صفة لقوله مباحا واحترز به عن الذهب والفضة موجود الرغبة فيهما فانتفى الحقارة فيهما ولذلك اللؤلؤ والجواهر م حقير ش قد ذكرنا انه خبر المبتدا نقل الرغبات فيه ودناءة قيل وطالما موصولة على ما نقله المطرزي عن ابن جني ولكن ابن درستويه لم يجوز ان يوصل شيء من الافعال بما سوى نعم وبئس هذا اذا كانت كافة واذا كانت المصدرية فليس الا في الفعل قوله على الرغبة بالفتح والضم لغتان يعني بالشفقة كالغصب والصعب وحاصل المعنى جملة استيفاؤه م والطباع على قوله لتقصيره ش اي بخلاء والضن والضنانة بالشيء لا يبخل به ويجوز فتح الضاد ولسرهافيه م فقل ما يوجد اخذه على كره المالك ش اي فقيل لحاق المشقة بالمالك اذا اخذ احد ما يوجد جنسه مباحا في جنسه الاصل بصورته غير مرغوب فيه لان الصنعة بالاشياء الخفيفة في نهاية دناءة الهمة وخسة النفس فاذا كان كذلك فلا حاجة الى شرع الزاجر فياخذها خفية لوجود الرضى من المالك غالبا فان قيل ما فائدة هذه التاكيدات قلت ما ينبغي قوله غير مرغوب فيه ما احسن ان هذه التاكيدات جاء في كتاب الله تعالى مع انه مقعد عن التهور الغلط كما في قوله فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن فاول ان يجيء في كلام البشر الذي هو مظنة التهور والاراحة ما يوهم الامتناع من وقوع السهو لها في الدلالة لها ايضا وقال الكاكي ويمكن ان يقال في هذه التاكيدات اشارة الى نفي اوصاف يوجب القطع في الذهب والفضة ولهذا ش اي ولاجل عدم الحاجة الى الزاجر في سرقة ما يوجد جنسه مباحا في الاصل لم يجب القطع لسرقة ما دون النصاب لا شتراكهما في المعنى الموجب لنفي القطع م ولان الحرز فيها ش اي في الاشياء المذكورة وهو الخشب والقصب الى اخره ذلك م ناقص ش واوضح نقصان الحرز فيه بقوله م الا ترى ش يقوله ان الحطب يلقى على الابواب م وانما يدخل للدار للعمارة لا للاحراز ش اما الساج والابنوس فانه يقطع فيهما لان العادة جارية باحرازهما ولذلك يعمل في الخشب المعمول لانه وجد فيه صنعة ترغب قيمته على قيمة الاصل وعن ابي يوسف في نوادر هشام انه قال انا اقطع في كل شيء سرق الا في التراب والسرقين قال في شرح الاقطع وهو قول الشافعي وزعم اصحابه في الماء والتراب وجهين وروي عن ابي يوسف في الهاروني قال اقطع في كل شيء الا في الماء والتراب والطين والجص والمعارف والنبيذ ومن جملة الاشياء التي ذكرها المص التي لا قطع فيها الزرنيخ قال الرازي ينبغي ان يجب القطع في الزرنيخ لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال قلت ما ذكره ينبغي ان يقطع في المغرة لانها تحرز عند العطارين وتباع بالارطال وقال الشافعي واحمد وابو ثور يتعلق القطع بسرقة كل ما يبلغ قيمته نصابا الا التراب والسرقين وروى هشام عن محمد اذا سرق الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر على الصورة التي مباحة وهو المختلط بالذهب والتراب لا يقطع وفي ظاهر المذهب يقطع لانه ليس تافه حتى كل من يتلف من اخذه لا يتركه ويتم حرازه عادة م والطير يطير والصيد يفر ش وهو معطوف على قوله الخشب يلقي على الابواب واراد المذكور في اول الباب ولذلك الصيد فاذا كان الامر كذلك فيهما كما ذكر نقل الحرز فيهما فلا يشرع الزاجر في مثلهما م وكذا الشركة العامة التي كانت فيه ش اي في الصيد يعني مباح للعامة لقوله عليه السلام الصيد لمن اخذ فكان كمال بيت المال او الغنائم او الحشيش والخشب فلا قطع فيهما م وهو على تلك الصفة ش اي والحال انه على تلك الصفة التي كان عليها وهي منزلة يحترز بها على الابواب والاواني لذا تشيره الكاكي وقال لاكمل الشركة العامة التي كانت اي في ما يوجد جنسه مباحا مورث الشبهة حين قوله وهو على تلك الصفة اي تورث شبهة الاباحة م والحدود تندرئ بها ش اي بالشبهة م ويدخل السمك المالح والطري ش اي يدخل في اطلاق القدوري لفظ السمك رطبة ويابسة وهو المالح المقدد نص على ذلك الكرخي وقال ابن دريد يقال سمك مليح ومملوح ولا يلتفت الى قول الراجز يطعمها المالح والطري فانه مولد لا يوخذ بلغته م وفي الدجاج ش اي يدخل في اطلاق القدوري لفظ الطير الدجاج ش اي ويدخل الطلاق بغير يعني الطير الطيران والفرار دليل على نقصان الحرز فلم يقطع لهذا وقال في الجامع الصغير رجل سرق طيرات تساوي عشرة دراهم لا يقطع وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اراد به الطائر الذي يكون صيدا سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لانه بمعنى الاهلي وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور وهذا القول اصح وذكر في كتاب المجرد لو سرق شيئا من الدجاج والبط والحمام لا يجب القطع م ولا اطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير ش هذا حديث غريب مرفوعا ورواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق وابن ابي شيبة موقوفا على عثمان فانه قال لا قطع في الطير والدجاج واخرج البيهقي عن ابي الدرداء انه قال ليس على سارق الحمام قطع قال البيهقي اراد الحمام المرسلة في غير حرز وقال الشيخ علاء الدين التركماني ظنه الحمام بالتخفيف وانما هو الحمام بالتشديد ويوب عليه ابو السنة في مصنفه باب الرجل يدخل الحمام فيسرق حدثنا يزيد ابن الحباب اخبرني معاوية ابن صالح حدثني ابو الزاهرية عن جبير بن نفير عن ابي الدرداء انه سئل عن سارق الحمام فقال لا قطع عليه وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي واحمد عليهما ما ذكرناه ش اي على ابي يوسف والشافعي ما ذكرناه من حديث عائشة رضي الله عنها م وقال ش اي القدوري م ولا قطع فيما يسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة م وعن ابي يوسف والشافعي ما ذكرناه من حديث عائشة رضي الله عنها م وقال ش اي القدوري ان عليه القطع وبه قالت الثلاثة والفواكه الرطبة كالبطيخ والعوالة على التمر والزرع الذي لم يحصد واحتجوا بما روي في شرح الاثار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التمر المعلق قال لا قطع فيه الا ما اواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثله وجلدات نكال ولنا ما ذكره بقوله لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ش هذا اخرجه الترمذي عن الليث ابن سعد والنسائي وابن ماجه عن سفيان ابن عيينة كلاهما عن يحيى ابن سعيد عن محمد ابن الحبان ابن حبان عن عمه واسع ابن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فامر بقطعه فقال رافع ابن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فامر بقطعه م قوله والكثر بفتح الكاف والثاء المثلثة قال ابو عبيدة الكثر جمار النخل في كلام الانصار وهو الجذب ايضا وقال ابن دريد اهل العراق يسمون الجمار الجذب واشار المص الى تفسير ابي عبيد بقوله م والكثر الجمار ش بضم الجيم وتشديد الميم وفي اخره راء وقال الجوهري الجمار شحم النخل م وقيل

م وقيل الودي ش بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء وهو الفسيل وهو صغار النخل م وقال الازاري
تفسير الجمار بالودي لم نجده في قوانين اللغة م وقال عليه السلام لا قطع في الطعام ش هذا حديث غريب بهذا اللفظ
واخرج ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع
في الطعام وروى ابن ابي شيبة في مصنفه انبانا حفص بن اشعث ابن عبد الملك وعمرو حسن ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي برجل سرق طعاما فلم يقطعه وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا سفيان الثوري عن رجل عن الحسن
كرواه قال سفيان هو الطعام الذي لم يفسد من نهاره كالثريد واللحم م والمراد والله تعالى اعلم ما يتسارع اليه الفساد
كالمهيا للاكل ش اي المراد من الطعام المذكور في الحديث المعروف المذكور والمهيا اي المهيا للاكل كالخبز واللحم ذكره في
الايضاح م وما في معناه ش اي وما في معنى ما هيا للاكل م كاللحم والتمر ش فيه لف ونشر لان قوله كاللحم نظير لقوله
كالمهيا للاكل وقوله التمر نظير ما في معناه م ولانه ش اي لان السارق يقطع في الحنطة والسكر اجماعا م لانها لا يتسارع
اليها الفساد هذا اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا لان
عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في مجاعة مضر م وقال الشافعي
يقطع فيهما ش اي فيما ذكره من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا
اواه الجرين او الجران قطع ش هذا الحديث غريب بهذا اللفظ وروى مالك في الموطأ قال ابو مصعب اخبرنا مالك
عن عبد الله بن عبد الرحمن ابن ابي حسين المكي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة
جبل فاذا اواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن قوله حريسة جبل قال ابن الاثير ليس فيما يحرس بالجبل اذا سرق
قطع لانه ليس بحرز والحريسة فعيلة بمعنى مفعولة اي ان لها من يحرسها ويحفظها والمراح بضم الميم الذي فيه
النعم والجرين بفتح الجيم هو الذي يسميه اهل العراق البيدر واهل الشام الاندر واهل البصرة الجوخان ويقال
له ايضا بالحجاز المربد وقال في المغرب الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن وجران
البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى به الجراب المتخذ منه قلنا اخرجه على وفق
العادة ش اي اخرجه النبي صلى الله عليه وسلم على وفق العادة لانهم كانوا لا يضعون في الجرين الا اليابس فيصرف
اللفظ الى اليابس وهو معنى قوله م والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع ش في الرواية
المشهورة م قال ش اي القدوري م ولا قطع اي في اليابس من الثمر ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد
لعدم الاحراز م لان شرط القطع هو الحرز ولم يوجد الحرز م ولا يقطع في الاشربة المطربة ش اي المسكرة بلا خلاف
اما عند الائمة الثلاثة فلانه كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان
كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها خلاف فلم يكن فيما ورد به النص لانه ذا مال متقوم بالاجماع
وان لكل احد تاويل اخذ للاراقة للامر بالمعروف والنهي عن المنكر وصرح في الايضاح والتمرتاشي والمراد بالمطربة
المسكرة وفي الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وتسري في الاصول السكر مقلبة
سرور فالتقيا في معنى السرور فاستعير الاطراب للاسكار وقيد به الاشربة بالمسكرة لانه يقطع في الخل لانه لا
يتسارع اليه الفساد ذكره في الايضاح م لان السارق يتاول في تناولها الاراقة لان بعضها ليس بمال م كالخمر ش اي في مالية
بعضها اختلاف كالمنصف والباذق ومالك والشافعي فان كل مسكر حرام عند الشافعي كالخمر ولا مالية له فيجب
شبهة عدم المالية ش لان الاختلاف في اباحته يورث شبهة في عدم المالية وقال فخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير في باب الاشربة ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة
ان الحد لا يجب منه وان سكر في قوله وروي عن مالك ان ذلك حرام يجب الحد بالسكر وقال في سرقة الاصل لا
قطع في الخل لان الخل قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي يوسف رواية عن محمد لا قطع في الشراب والجلاب م ولا في
الطنبور ش اي ولا قطع في الطنبور وما اشبهه من الملاهي بلا اختلاف للائمة م لانه من المعازف ش اي لان الطنبور
من المعازف وهو جمع معزف وهو آلة اللهو وفي الجمهرة المعازف الملاهي وقال قوم من اهل اللغة هو اسم يجمع العود
والطنبور واشباههما وقال الجوهري بل المعازف التي يستخرجها اهل اليمن م ولا في سرقة المصحف ش اي ولا قطع
ايضا في سرقة المصحف م وان كان عليه حلية ش هذا كله اذا كان واصله بما قبله وقال الشافعي يقطع لانه
ش اي لان المصحف م وان كان عليه حلية ش لانه يباع ويشترى وهو معنى قوله م حتى يجوز بيعه وعن ابي
مثله ش اي وروي عن ابي يوسف مثل قول الشافعي م وعنه ش اي روي عن ابي يوسف ايضا انه يقطع
اذا بلغت الحلية نصابا ش اي عشرة دراهم م لانها ش اي لان الحلية م ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها

اي وروي عن ابي يوسف مثل قول الشافعي م وعنه ايضا ش اي روي عن ابي يوسف ايضا م انه يقطع ش اي
اخذها بدون المصحف م وجه الظاهر ش اي وجه ظاهر الرواية وهو عدم القطع م ان الاخذ ش اي اخذ
المصحف يتاول في اخذ القراءة والنظر فيه وبه قال احمد في رواية ان آخذه يتاول القراءة والنظر فيه لا ازاحة
اشكال وقع والقطع لا يجب بالشبهة ش ولانه ش اي ولان المصحف لا مالية له اعتبار المكتوب لان معنى المالية
فيه تبع لا مقصود م واحرازه ش اي واحراز المصحف لاجله م ولا لاجل المكتوب ش لا الجلد والاوراق اي ليس احرازه
لاجل الجلد والاوراق م والحلية ش اي ولا للحلية م وانما هي ش اي الجلد والاوراق والحلية م توابع للمكتوب ولا
معتبر بالتوابع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو ش على النصاب م اي على عشرة دراهم لان المقصود ما فيها الا
وبه قال بعض اصحاب الشافعي وهو رد المختلف على المختلف ولذا لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصاب السرقة ووجد
فيه صرة دراهم ولم يعلم السارق بها لا قطع عليه لان ما هو المقصود ليس بنصاب وان علم قطع وعن ابي يوسف
يقطع في الحالين فان قلت يجب القطع في الاوراق قبل الكتابة فبعدها اولى لانها ازدادت بها قلت هو
الفرق بين الحالين ظاهر لان الاوراق هي المقصود قبل الكتابة فبعدها صارت تابعة لما فيها وما فيها ليس بمال
كالقلادة يجب فيها القطع فاذا سرق كلبا عليه القلادة لا يقطع لانها صارت تبعا للكلب م ولا يقطع في ابواب
المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار ش اي فصار حكم سارق باب المسجد في عدم القطع كحكم سارق باب الدار
م بل اولى ش اي بل اولى من سارق باب المسجد م لانه لا يحرز باب الدار بما فيها ش اي بما في الدار م ولا يحرز باب المسجد
بما في المسجد م حتى لا يجب سرقة متاعه ش اي متاع المسجد م وقال الكاكي قوله فصار كباب الدار رد المختلف
على المختلف بل الاوجه تعليل الثاني وهو انه لا مالك له في باب المسجد والتعليل العام عندنا ان الابواب لا يكون ثم
محرزة عادة لانه يحرز به فلا يكون هو محرزة عادة وقال الشافعي وابن القاسم المالكي وابو ثور وابن المنذر
يقطع سارق باب المسجد لانه سارق نصابا محرزا بحرز مثله ولذا سارق باب الدار وبه قال احمد في رواية وفي
قولنا لعدم الاحراز وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اعتاد هذا الفعل ش اي سرقة ابواب المسجد
يجب ان يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب م ولا يقطع في استار الكعبة وبه قال احمد وعند الشافعي ومالك
يقطع والاصح عند الشافعي انه لا يقطع لانه ليس له مالك معين فاشبه مال بيت المال كذا في شرح الوجيز م قال
ش اي القدوري م ولا الصليب ش اي ولا يقطع في سرقة الصليب م من الذهب ش وكذا من الفضة م والصليب
عود مثلث يعبده النصارى ويعمل من فضة وذهب وسائر المعدنيات م ولا الشطرنج ش اي ولا يقطع ايضا في
سرقة الشطرنج بكسر الشين على وزن قرطعب ولا في النرد ش اي ولا يقطع ايضا في سرقة النرد بفتح النون وسكون
الراء وبالدال المهملة وهو اسم عجمي معروف من المعامرين ولا قطع فيه عندنا ولو كان من ذهب وبه قال احمد
وقال الشافعي يقطع وبه قال ابو الخطاب من اصحاب احمد م لانه ش اي لان الشان هذه الاشياء الكسر يعني
يتاول آخذها الكسر لا يلبس بما يتناول من اخذها ش اي من اخذ هذه نهيا عن المنكر ش اي لاجل النهي عن المنكر م بخلاف الدرهم
الذي عليه التمثال ش اي الصورة م لانه ش اي لان مثل هذا ما اعد للعبادة م ولا اللهو فيجب القطع م ولا تثبت شبهة
اباحة الكسر ش يعني التاويل فيه باخذه الكسر لا يعتد ولا يرد القطع م وعن ابي يوسف انه
ش اي ان الشان م ان كان الصليب في المصلى ش اي في مصلاهم اي في موضع صلاة النصارى وبه صرح في المحيط
م لا يقطع لعدم الحرز م لانه بيت ماذون في دخوله م وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز
وقال الازاري وان كان في يد رجل منهم محرزا عنده قطع م ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي
او ثياب نفيسة ش لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور والثوري
وابن المنذر وقال الحسن ومالك والشعبي يقطع بسرقة الحر الصغير لانه غير مميز فاشبه العبد وهو قول ابي يوسف
اذا كان عليه حلي قدر نصاب على ما ياتي م ولانه ش اي ولان السارق م يتاول في اخذ الصبي اسكاته م بان رآه وهو
يبكي او حمله الى مرضعته م لئلا يضيع ش وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب
القطع بسرقته ش اي بسرقة الحلي الذي هو نصاب والحلي بفتح الحاء وسكون اللام على وزن ظبي وهو كل ما لبس
من ذهب او فضة او جوهر وجمعه حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء ويجوز كسر الحاء ايضا وهو جمع
الحلية حلى بكسر الحاء وبالقصر وروي ضم الحاء ايضا وليس بقياس وكذا مع غيره ش اي وكذا القطع اذا كان الحلي
مع غيره وهو الصبي م وعلى هذا الخلاف م اذا ش اي وعلى هذا سرق اناء فضة ش او ذهب م وفيه نبيذ
ش او خمر م او ثريد م بالثاء المثلثة م وعند ابي يوسف يقطع اذا بلغ نصابا وبه قال الشافعي ومالك

والحجر وعند ابي حنيفة ومحمد لا يقطع لان الاباء تبع للظروف وهو المقصود بالاخذ فاذا لم يجب القطع فيما هو الاصل فكيف يجب فيما هو التبع والخلاف م المذكور في صبي لا يمشي ولا يتكلم لئلا يكون ش اي الصبي في يد نفسه م حتى لو كان يتكلم ويمشي ويميز لا يقطع سارقه اجماعا لانه في يد نفسه ويكون له يد على نفسه وما هو له فكان اخذه خداعا الا في المختلط م ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ش اي بطريق الخداع بان قال له اعمل لي او لفلان فانخدع لذلك م ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقيقها ش اي لتحقق السرقة بحدها بحد السرقة وقال ابن المنذر اجمع على هذا اهل العلم اذا لم يعبر عن نفسه ولا يميز لا تقطع فيه بالاجماع الا ان يكون نائما او مجنونا او اعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع والشافعي في ام الولد النائمة وجهان وعندنا لا قطع في الادمي الذي لا يعقل سواء كان نائما او مجنونا او اعجميا وان كان يقظان فلا باخذه الا مغالبا او مخادعا فاذا السرقة م الا اذا كان ش اي الصغير م يعبر عن نفسه م لانه هو البالغ سواء كان في اظهار يده م على دافعه ش وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه ادمي من وجه قال من وجه م وكونه ادميا ظاهر وكونه مالا من وجه من حيث انه يباع ويشترى ولو وهب فاورث شبهة دارئة للحد م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد انه ش اي ان العبد الصغير مال مطلق م من حيث انه لا نقصان فيه م لكونه منتفعا به م في الحال ش اذ يعرض ان يصير منتفعا به م في المستقبل ان كان لا يتكلم ولا يمشي في الحال والعرض بمعنى العارض يقال عرض له عرض اي اصابه عارض من مرض او نحو ذلك م الا انه انضم اليه معنى الادمية ش اي عرانه ش اي العبد الصغير فان قلت م انضم اليه ش اي الى كونه مالا معنى الادمية فلم يوجب ذلك نقصا في المالية فلم يورث شبهة م ولا قطع في الدفاتر كلها ش اراد بالدفاتر الصحايف وهو جمع دفتر قاله الاترازي وقال الاكمل هي الكراريس ش يعني سواء كان فيها علم الشريعة او الادب او الشعر م لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال ش اما كتب الفقه والحديث او التفسير فكالمصحف وقد مر وجهه واما كتب الادب فاختلف المشايخ فيها فقيل يلحقه بدفاتر الحساب وقيل بالفقه والتفسير والحديث والتفسير فكالمصحف والحديث لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والحاجة وان قلت قلت لا يراد الشبهة الاباحة لدا في مبسوط شيخ الاسلام وعند الشافعي ومالك واحمد يقطع في الدفاتر كلها سواء كان فيها علوم الشريعة او غيرها م الا في دفاتر الحساب ش وهي دفاتر اهل الديوان حيث يقطع فيها اذا بلغت نصابا لان فيها ش اي في دفاتر الحساب لا يقصد بالاخذ م اذ لا يتعلق به الا مصلحة شخص معين فكان المقصود هو الورق م وهي الاوراق فيجب القطع لانها مال م قال ش اي القدوري م في مختصره ش ولا في سرقة كلب ولا فهد م اي ولا قطع في سرقتهما ولا خلاف فيه الا الاشهب المالكي فانه قال ذلك في المنهي عن اتخاذه فاما المأذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية ش فيقطع سارقه لان من جنسهما كان ينبغي ان يقال من جنسها بضمير التثنية لان المذكور اثنان وهما الكلب والفهد على اني رايت في بعض النسخ من جنسيهما بضمير التثنية لان المذكور وهو الاصح اراد جنس ذلك يوجد مباحا مالا فيها في دار الاسلام ولا قطع في العادة غير مرغوب فيه تصلب على الحال والدليل على انه غير مرغوب فيه ان من يحله بتركه وان كان قادرا على هذه قلت هذا التي في الكلب غير المعلم واما في الكلب المعلم والفهد فللسطو فيه م ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب ش فعند الشافعي واحمد ومالك في رواية وداود لا مالية في الكلب ولهذا اجزموا ثمنه لان بيعه باطل وعند عطا وابراهيم والنخعي وابي حنيفة وصاحبيه جوز بيع الكلاب التي ينتفع بها ويباح امانها وهذا يدل على ان فيها المالية فاذا كان كذلك م فاورث ش اختلاف العلماء م شبهة ش وهي دارئة م ولا قطع في دف بضم الدال وفتحها لغة قال ابن دريد وهو نوعان مربع ومدور ولا طبل ش اي ولا في طبل الغزاة اختلاف المشايخ وصحح انه لا يقطع ولا بربط م بباءين مفتوحتين وهي شبهة تشبه العود فارسي معرب واصله بربت لان الضارب به يضعه على صدره واسم الصدر بر قاله ابن الاثير م ولا مزمار ش بكسر الميم وهي الالة التي يزمر بها اي يغني قال ابن الاثير والقصبة التي يزمر بها زمارة وهي المزمار والمزمور سواء وهذا بلا خلاف بين اصحابنا م لان عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م لا قيمة لها ش اي لهذه الاشياء المذكورة فلا يكون فيها القطع ش وعند ابي حنيفة اخذها يتناول الكسر فيها فلا يقطع م ولكن يجب الضمان عنده لغير اللهو م ويقطع في الساج ش بسين مهملة وجيم في اخره وهو نوع من الشجر معروف يعظم جدا واصله سج بفتحتين يقال ساج مسوجة اي مخروطة تجري به المراكب الاربعة يحمل في بلاد الهند الى ساير البلاد م والقنا

جمع قناة وهي خشبة الرمح الف منقلبة من الواو م والابنوس ش بفتح الباء معروف وهو معرب وعن محمد اذا عمل الابنوس يقطع في السلاح اذا عمل به شيء م والصندل ش وهو خشب احمر واصفر طيب الرائحة م لانها ش اي لان هذه الاشياء الاربعة م اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ش ولا يوجد مباحة الا في دار الحرب فلا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ويقطع في الفصوص الخضر م وهي الفيروزج والزبرجد م والياقوت ش وهو من اعز الاحجار وهو احمر واصفر واخضر واعزها الاحمر م والزبرجد ش قال الجوهري الزبرجد جوهر معروف وليس فيه معرفة قلت هو حجر احضر شفاف يشبه الياقوت الاخضر وليس بقوته ولا نفله وليس له منفعة الاحسن منظره م لانها من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها ش اراد ان فصار كالذهب والفضة م واذا اتخذ من الخشب ش اي من الخشب الذي لا قطع فيه اواني جمع انية م وابواب ش بالرفع اي واتخذ ابواب م قطع فيها لانها بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة م لان الصنعة الغالبة اخرجته من حكم اصله فصار كالمال النفيس الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير وهو البواري م لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس ش اي على اصله م حتى يبسط في غير الحرز ش ولا يخرج من كونه تافها وفي الحصر البغدادية قالوا ش اي المشايخ يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل م ولذلك الحصر المصرية والحصر العبادانية لذلك وعند الثلاثة يقطع في المعمولة وغير المعمولة م وانما يجب القطع في غير المركب ش يعني في الابواب لانها تحرز واما المركب على الجدار قطع فيه عندنا وفي المبسوط سرق باب الدار او باب مسجد لا يقطع لانه ظاهر غير محرز وعند الثلاثة يقطع في باب الدار م وانما يجب ش اي على القطع في الباب الغير المركب م اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ش وقال الاترازي وهذا نظر لان عدم الرغبة في سرقته بواسطة الثقل لا يورث نقصانا في المالية الا في الحرز فاذن حصلت سرقة مال متقوم من حرز كامل فيجب القطع ولهذا لم يفرق الحاكم في الثقيل والخفيف بل اطلق الرواية ولذلك اطلقوا الرواية في شرح الجامع الصغير وشرح حماد وكذا القدوري اطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي وكذا اطلق في الشامل في قسم المبسوط م لا قطع على خائن ولا خائنة ش قال الشيخ الامام العالم العلامة بدر الدين رحمه الله تعالى الخائن من يخون فيما في يده من الامانة كالمودع والخائنة للمؤنث لقصور في الحرز م فكان شبهة في سقوط القطع م ولا منتهب ش اي ولا قطع ايضا على منتهب م وهو اسم فاعل من الانتهاب وهو ان ياخذ على وجه العلانية قهرا من بلد او قرية م ولا مختلس ش اي ولا قطع ايضا على مختلس وهو اسم فاعل من الاختلاس وهو الاختطاف وهو ان ياخذ الشيء بسرعة والجمع والاسم الخلسة وقال الاكمل الاختلاس ان ياخذ من البيت بسرعة جهرا وهو قريب من قول المص م لانه مجاهر بفعله ش ولا قطع في هذه الاشياء باجماع العلماء وفقهاء الامصار لعدم تحقق السرقة عليها كيف تجب م وقد قال النبي عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ش هذا الحديث رواه اصحاب السنن الاربعة عن ابي جريج عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع وقال الترمذي حديث حسن صحيح ورواه الطبراني في الاوسط من حديث الزهري عن انس بن مالك نحوه مرفوعا م ولا قطع على النباش ش هو الذي ينبش القبور وياخذ كفن الميت م وهذا ش اي عدم القطع على النباش م عند ابي حنيفة ومحمد ش وبه قال الثوري والاوزاعي والزهري ومكحول وهو مذهب ابن عباس م وقال ابو يوسف والشافعي عليه القطع ش وبه قال مالك واحمد وابو ثور وهو مذهب الحسن والشعبي والنخعي وداود وحماد وعمر بن عبد العزيز وفي المبسوط وهو عمر بن عبد العزيز وفي المبسوط وهو مذهب عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم وقال مالك في الموطا اذا بلغ ما خرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع وقال احمد اذا خرج من القبر ما قيمته ثلاثة دراهم قطع وقال الكافي شرح الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فان كان الترك لغير السنة او ترك في تابوت فسرق التابوت او ترك معه طيب مجموع او ذهب او فضة او جواهر لم يقطع باخذ شيء من ذلك لانه ليس بكفن مشروع فتركه فيه تضييع وسفه فلا يكون محرزا محروسا فلا يقطع سارقه وفي الوجيز لا قطع على نباش في تركه ضايعة ويقطع اذا سرق من قبر محرز محروس وفي مقابر البلاد وجهان وفي الزيادة على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث فهو الخصم في السرقة وان لعبه اجنبي فالطلب للاجنبي وبه قال احمد في وجه وقال في وجه لا يفتقر الى الطلب م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من نبش قطعناه م وهذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة باسناد فيه من يجهل حاله عن البراء بن عازب مرفوعا م ولان

وقال الكاكي اول الحديث من عرف عرفناه ومن لم يعرف عرفناه ومن نبش قطعناه م ولانه مال متقوم ش لان الكفن ثوب متقوم وبالبلى بالميت لا يخل صفة المالية فيه م محرز مثله ش كان الاصطبل للدواب لانه يعتبر حرز كل شيء بحرز مثله وما يحفظ فيه عادة فيكون حرزا للكفن م فيقطع فيه ش لانه حرزه الا ترى ان الصندوق حرز الدرة حتى لو سرق درة والاصطبل لا يقطع وحرز الدابة الاصطبل وحرز الشاة الحظيرة حتى لو سرق من الحظيرة الشاة النفيسة لا يقطع م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي ش هذا غريب لا اصل له وعن ابن عباس ليس على النباش قطع رواه ابن ابي شيبة م وهو النباش بلغة اهل المدينة م وقال في ديوان الادب اختفاه اي اخرجه وقال في الجمهرة النباش مختف لانه مستخرج الاكفان م ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه في ثوب الكفن ملكا لانه لا ملك للميت حقيقة م وهو ظاهر ش ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة في الوجود لان الطباع السليمة تنفر عن الميتين والكفن شيء مهين لا يميل اليه الطباع المستقيمة م وما رواه ش اي الشافعي م غير مرفوع ش اي الى النبي صلى الله عليه وسلم وقد ذكرنا انه غريب ليس له اصل وما استدل به ابي يوسف والشافعي اقرب ش وهو اقرب على السياسة ش هذا جواب بطريق التسليم وللامام ذلك اذا اعتاده ويدل عليه اول الحديث من عرق عرقناه ومن حرق حرقناه والمراد منه السياسة لانه اضافه الى نفسه ولو كان بطريق القصاص لما اضافه الى نفسه بل اضافه الى الولي م وان كان القبر في بيت مقفول ش قال الكاكي بسكون القاف يقال اقفل الباب وقفل الابواب وقفل من الابواب مثل اغلق وغلق وذكر في الصحاح حاصله انه يقال اقفل الباب في الافعال اذا ذكر الكاف مفردا او قفل الابواب بتشديد الفاء من التفعيل اذا ذكر الابواب كما يقال اغلقت الباب وغلقت الابواب م على هذا الخلاف ش اي على الخلاف المذكور ش يعني لا يقطع عندهما خلافا لابي يوسف م في الصحيح ش احترز عما قال بعض المشايخ في انه يقطع قال السرخسي في مبسوطه والاصح عندي انه لا يقطع ش ولذا اي على الخلاف المذكور م اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت م لا يقطع عندهما خلافا لابي يوسف لما بينا ش اي لما بينا في الحديث وهو قوله عليه السلام لا قطع على المختفي من الدليل المعقول وهو قوله لانه لا يملك الميت حقيقة ولا للوارث م ولا يقطع السارق من بيت المال م وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي والحكم وقال مالك وحماد وابن المنذر يقطع لظاهر الكتاب ولانه سرق مالا محرزا ولا حق له فيه قبل الحاجة م ولنا ما رواه ابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا وعن عمر رضي الله عنه مثله وعن ابن مسعود رضي الله عنه فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق وعن علي رضي الله عنه مثله ولعدم المعنى يوجد منه حيث قال م لانه ش اي لان مال بيت المال مال العامة م اي عامة الناس م وهو منهم ش اي الذي سرق من العامة فيكون له فيه حق فيسقط القطع للشبهة م ولا من مال ش اي ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة م لان الملك من باب الشبهة وهذا لا يجب حد الزنا بوطي الامة ش لما قلنا ان للسارق فيه حق قال الكاكي صورته لو سرق احد الشريكين من حرز الاخر ما لا يشتركان فيه لا يقطع عندنا وقال الشافعي في الاصح واحمد وقال في قول اذا سرق من بيت الشريك قدر النصاب يعني زيادة على حقه ففيه القطع وبه قال مالك م ومن له على اخر دراهم فسرق منه مثلها ش اي مثل دراهمه م لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحكم ليس لصاحب المال ان يسترد ذلك م اي والحال ان الموجل فيه ش اي في عدم القطع سواء كان لوجود المنع للاخذ يقطع قياسا لا يعتد الاطلاق في الاخذ لتاخر المطالبة في الحال وعند الشافعي ان لم يكن العوض مما طلا قطع وان كان مما طلا لا يقطع م وبه قال مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في وجه اذا اخذ الزيادة على حقه نصابا يقطع وبه قال مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في خلافه في جلسه وهو وجه يقطع وبه قال مالك واحمد في الاظهر انه لا يقطع ولم يذكر القدوري هذه المسالة في مختصره وذكرها في شرحه وذكر القياس والاستحسان والمصنف لم يذكر وجه القياس والاستحسان لم يذكر القياس وذكر وجه الاستحسان بقوله لان التاجيل لتاخير المطالبة ش اي لان التاجيل في الدين لتاخير المطالبة ش اي لان التاجيل في الدين لتاخير المطالبة الى حلول الاجل وهو لا يضر ملك الدين م ولذا اذا سرق زيادة على حقه ش اي لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه م فيتمكن الشبهة ش وان سرق منه عروضا قطع ش يعني اذا اخذ عروضا مكان الدراهم يقطع لانه ليس له ولانه الاستيفاء منه ش اي من المديون

الابقا

الابقا ش الا من حيث البيع م بالتراضي ش والبيع مبادلة المال بالمال على وجه التراضي والفرق بين اخذ جنس حقه وبين اخذ غير جنسه ظاهر وهو محل التفاوت ولهذا اذا سلم اليه المديون له ان يمنع من ذلك بخلاف تسليم الدراهم حيث يجبر وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان ياخذه ش اي لان السارق ان ياخذ غير جنس حقه عند بعض العلماء م وهو ابن ابي ليلى قال عنده له ان ياخذ غير جنس حقه عند بعض العلماء وهو ابن ابي ليلى خلاف جنسه لوجود المجانسة من حيث المالية وبه قال الشافعي ايضا وان لم يدع الاخذ لحقه لوجود المجانسة من حيث المالية وبه قال الشافعي ايضا وان لم يدع الاخذ لحقه فيصير اختلاف العلماء شبهة للسقوط قضاء من حقه ش اي من حيث القضاء من حقه م او رهنا بحقه ش اي او ياخذ من حيث انه رهن بحقه وقال في باب السرقة فان قال انما اردت ان اخذ العروض رهنا بحقي او قضاء بحقي درئ عنه القطع وان كان حقه دراهم فسرق دنانير يقطع لذا ذكر القدوري في شرحه وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية على ما يجيء الان ولذا يقطع اذا سرق حليا من فضة وحقه دراهم لانه لا يصير قصاصا بحقه لانه بيع ابتداء ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض فحينئذ لا يجب القطع ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده الماذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيرهم ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع والمسائل مذكورة في فتاوى الولوالجي وغيره م قلنا هذا قول ش اراد به قول ابن ابي ليلى لا يستند الى دليل ظاهر ش اذ القياس ان لا ياخذ خلاف جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف وهذا عين لكن تركناه لعلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لتحقق التفاوت فلا نترك القياس م فلا يعتبر ش اي قوله م بدون اتصال الدعوى به ش اي بقوله م حتى لو ادعى ذلك ش اي انه اخذ قضاء لحقه او رهنا به درئ الحد عنه لانه ظن ش اي لان فعله ظن في موضع الخلاف ولا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا م ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع م لما ذكره القدوري لانها لا تصير قصاصا بحقه فليس له ان ياخذها وهو معنى قوله ش لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد م من حيث الثمنية ش ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ش اي فرد العين المسروقة الى مالكها م ثم عاد فسرقها وهي ش اي والحال ان العين المسروقة م بحالها م لم تتغير م لم يقطع ش اي ثانيا م والقياس انه يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ش وقول مالك واحمد م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م فان عاد فاقطعوه ش هذا رواه الدارقطني في سننه عن الواقدي عن ابي ذئب عن خالد بن سلمة اراه عن ابي سلمة عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله م من غير فصل ش يعني قاله مطلقا من غير فصل بين تبدل العين وعدمه م ولان الثانية ش اي السرقة الثانية م متكاملة كالاولى ش اي كالسرقة الاولى بل اقبح ش في الاولى م الجناية لتقدم الزاجر ش لان الاقدام عليها مع سبق الزاجر ازيد قبحا فكان احق بايجاب القطع م وصار ش اي كما اذا باعه المالك ش اي كما اذا باع المسروق من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ش اي ثم وجدت السرقة وكانت تامة م ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق على ما نعرف من بعد ان شاء الله تعالى اشار به الى قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه قبل باب ما يحدث السارق السرقة قريبا من صفحة م وبالرد الى المالك ش هذا جواب عما يقال العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك فاجاب بقوله م وبالرد ش اي وبرد العين المسروقة الى المالك م وان عادت حقيقة العصمة تبقت شبهة للسقوط ش اي سقوط العصمة م نظرا الى اتحاد الملك ش احترازا عما يقال لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الى اخره م والمحل ش احترازا عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل كما يجيء عن قريب م وقيام الموجب ش اي موجب سقوط العصمة م وهو القطع فيه م وهو احتراز عما كان قبل القطع م بخلاف ما ذكر ش يعني بخلاف ما ذكره ابو يوسف من صورة البيع لان الملك بدل اختلف باختلاف سببه وذلك لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان واصله حديث بريرة حيث قال لها النبي صلى الله عليه وسلم لك صدقة ولنا هدية م ولان تكرار الجناية عطف على قوله ولنا ان القطع وهو دليل اخر تقريره تكرار الجناية منه م بالعود الى سرقة ما قطع فيه م نادرة م حد ش لتحمله مشقة الزجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها ش وصار ش اي هذا م كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول ش بالزنا الاول

فانه لا يحد نظرا الى عرابه من مقصود الاقامة وذكر الامام البرغري هذا اذا قذفه بعين الدار
اما لو نسبه الى عين ذلك الزنا يحد ذنابنا م قال ش اي القدوري م فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فرفا
وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدل ش فتبدلها عين حالها صارت في حكم عين اخرى فلو سرقه
عينا فقطع فيها ثم سرق عينا اخرى يقطع ثانيا فكذا هنا م ولهذا يملكه الغاصب به ش اي بالنسج وينقطع حق
المغصوب منه عن المغصوب وهذا هو علامة التبدل ش اي ثبوت ملك الغاصب بالنسج دليل تبدل العين لما
انقطع حق المالك ش في كل محل بالثبوت وعدم م واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع
م فيه بالجر عطفا على قوله من اتحاد المحل يعني لما تبدل المحل ان كان ثوبا بعد ان كان غزلا انتفت شبهة
العصمة التي نشأت من اتحاد المحل ووجود القطع في ذلك المحل فصار في حكم عين اخرى فاذا كان كذلك وجب
القطع ثانيا

فصل في بيان الحرز

ش اي هذا فصل في بيان الحرز والحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء اي يحفظ وفي
الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة او الشخص نفسه والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه
مضيعا قلت والاخذ منه ش اي من الحرز ولما احتاجت السرقة الى المالية والى الحرز عند الاخذ
شرع في بيانه والاخراج من الحرز شرط القطع عند العامة ش اي عامة اهل العلم وحكي عن عائشة والحسن
والنخعي فيمن جمع المال ولم يخرج به من الحرز عليه القطع وعن الحسن مثل قول الجماعة وحكي عن داود انه لا يعتبر الحرز
لاطلاق الاية ش وهذه اقوال شاذة غير ثابتة وقال ابن المنذر ليس فيه خبر ثابت م ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرناه
فهو كالاجماع م والاخبار التي وردت في القطع مخصص للاية م قال ش اي القدوري ش ومن سرق من ابويه او ولده
او ذي رحم محرم منه لم يقطع ش اما السرقة من ابويه فلا قطع فيها بالاجماع ولا لذلك قال الرازي
نقول بالاجماع وقد قال الحاكي وقال مالك وابو ثور وابن المنذر والخرقي من اصحاب احمد يقطع السارق من
ابويه فالظاهر النص من الجد وان علا ولذا اذا سرق الاب من ولده واما السرقة من ذي رحم محرم منه كالاخ
والاخت والعم والخال فكذلك عندنا لا يقطع وقالت الثلاثة يقطع م فالاول وهو الولاد ش اي فالاول
الولاد م للبسوطة في المال ش اي للبسطة وهو السعة والبسط في اللغة النشر م وفي الدخول في الحرز ش
اي المانع من القطع في سرقة الولد والدية والعبد والعكس ايضا امران احدهما الانبساط بينهم في المال
والاخر الاذن الدخول في الحرز وهو معنى قوله م وفي الدخول في الحرز ش ولهذا امتنع الولاد قبول شهادة احدهما
للاخر ويستحق النفقة من مال ابويه اذا كان فقيرا ولو سرق الاب والجد وان علا والام والجدة وان علت
من مال الولد وان سفل لا يقطع خلافا لابي ثور وابن المنذر والثاني للمعنى الثاني ش اي عدم القطع في السرقة
من ذي الرحم المحرم للمعنى الثاني وهو معنى قوله يدخل في الحرز بدون الاذن م ولهذا ش اي ولاجل المعنى الثاني
اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة م منها ش اي من المحارم وفي بعض النسخ فيها ومواضع الزينة اليد
لانها موضع السوار والشعر لانها موضع القرط والعضد موضع القلادة والساق موضع الخلخال
والصدر يعني متصل بقوله لم يقطع وهو جواب عن سؤال م بان يقال الاذن بالدخول لما وجد في سائر المحارم وجد
في الصديقين ايضا ومع هذا اذا سرق احدهما من الاخر يقطع فاجاب بقوله بخلاف الصديقين
م لانه ش اي لان الذي سرق في صديقه م عاداه بالسرقة ش لانه لما سرق ظهر انه كان عدوا فلا يبقى الصديق
فيقطع م وفي الثاني ش يعني في السرقة من ذي رحم محرم م خلاف الشافعي لانه الحقها ش اي لان الشافعي
ذي رحم محرم كالاخ والعم والخال م بالقرابة البعيدة كابن العم ولا معنى لالحاقنا اياها بها مع وجود
الفارق لان القرابة البعيدة تجري فيها المناكحة بخلاف قرابة ذي رحم محرم م وقد بيناه في العتاق ش اي
بينا قول الشافعي في مسالة في ملك ذا رحم محرم منه عتق م ومن سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان
لا يقطع ولو سرق ماله ش اي مال ذي رحم من بيت غيره يقطع م ذكر المص هاتين المسالتين تفريعا لمسالة
القدوري ثم عللها بقوله اعتبار للحرز ش في المسالة الثانية م وعدمه ش اي وعدم الحرز في المسالة
الاولى م ومن سرق من امراته من الرضاع قطع م ذكره ايضا المسالة الطحاوي وقال في شرح الطحاوي لو
سرق من امه من الرضاع او من ابنه من الرضاع وجب القطع وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا م وعن
ابي يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها ش اي على امه من الرضاع م من غير استئذان وحشمة اي من غير حشمة
وفي العرف الحشمة الانقباض من اخيك في المطعم وطلب الحاجة اسم من الاحتشام يقال احتشمه واحتشم

اذا انقبض منه او استحى وقيل هي عامية لان الحشمة عند العرب الغضب لا غير وقال ابن الاثير الحشمة الاستحياء
قال احتشم اي انقبض واستحى ش بخلاف الاخت من الرضاعة م حيث يقطع اذا سرق منها م لانعدام هذا المعنى
وهو الدخول بلا استئذان وحشمة م فيها ش اي من اخته م من الرضاع عادة ش اي من حيث العادة انه لا يدخل
عليها الا بالاذن م وجه الظاهر ش اي ظاهر الرواية م انه لا قرابة م هنا والحرمية بدونها ش اي بدون القرابة
م لا حرز ش اي لا تجعل حرمتها قوة عادة م كما اذا ثبتت ش يعني الحرمية م بالزنا والتقبيل عن شهوة فانه اذا قوبلت
بنت المراة التي زنى بها لا تعد شبهة في قطع اليد بل يقطع وان كان الحرمية موجودة ولذلك اذا ثبتت
الحرمية بالتقبيل عن شهوة م وام ش اقرب من ذلك ش اي من الحرمية الثابتة بالزنا م الاخت من الرضاعة ش يعني
ان الام من الرضاعة اشبه الى الاخت من الرضاعة في اثبات الحرمية الى الحرمية الثابتة بالزنا ثم السرقة
من بنت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع لذلك وجه
الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع اقرب من الحاقه بالزنا م وهذا ش اي القطع مع الدخول عليها اي من غير
استئذان وحشمة م لان الرضاع قلما يشتهر فلا انبساط ش اي فلا انبساط كما ذكرنا تحرزا ش اي احترازا عن موقف
التهمة بخلاف النسب ش اي الامام وحوها وقال الرازي وكان هذا وقع جوابا عن قول ابي يوسف م انه يدخل على
الام من الرضاعة بلا استئذان وحشمة يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال الرضاع قليل اشتهاره
عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعدم اشتهار الرضاع احترازا عن الوقوع في موقف التهمة بخلاف الام من النسب
فان النسب امر مشهور فالانبساط متحقق م واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد ش اي او سرق العبد
م من سيده او من امراة سيده ش اي وان سرق العبد من امراة م او زوج سيدته ش اي وان سرق العبد من
زوج سيدته م لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة لان العبد يدخل في بيوت هؤلاء ولا يمنع فلا يقطع
م وان سرق احد الزوجين من حرز الاخر خاصة لا يسكنان فيه ش اي الزوجان لا يسكنان في ذلك الحرز فكذلك
ش اي لا يقطع م عندنا خلافا للشافعي فان له في ذلك ثلاثة اقوال في قول يقطع وبه قال مالك واحمد
والثاني لا يقطع كقولنا في قول احمد في رواية والثالث يقطع الزوج لسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة
لسرقة مال الزوج لان لها النفقة في ماله فكان لها حق في ماله ولا حق له في مالها م للبسوطة بينهما ش اي بين الزوجين
م في الاموال عادة ودلالة ش وهي انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى
بطريق الدلالة ولان بينهما سببا يوجب الميراث من غير حجب كما في الوالدين والولد م وهو نظير الاختلاف
في الشهادة ش اي الخلاف في القطع نظير الاختلاف بيننا وبين الشافعي في قبول الشهادة حيث لا تقبل شهادة
احدهما في حق الاخر لاتصال المنافع بينهما عادة وعنده تقبل في احد قوليه م ولو سرق المولى من مكاتبه
ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع ش وفي بعض النسخ لم يقطع م لان له ش اي للمولى م في اكسابه ش اي في اكساب
المكاتب حقا لان رقبته مملوكة للمولى فلا يتحقق السرقة ولذلك لا قطع على المكاتب او المدبر اذا سرق من
المولى لان المكاتب عبد ولو بقي عليه درهم ولذا المدبر عبد لم يثبت المولى م ولا قطع على العبد في مال سيده
لما بينا وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال سيده وان زوجة سيده وان زوج سيدتها
وقال داود يقطع بمال السيد ايضا م ولذا السارق من المغنم ش يعني لا يقطع لان فيه نصيبا ذا اي لان
السارق في المغنم نصيبا ش والمغنم الغنيمة واطلق الرواية في القدوري وكذا في شرح الطحاوي وقال
الرازي وينبغي ان يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب في الغنيمة في اربعة الاخماس وفي الخمس كالغانمين
او اليتامى والمساكين م وابن السبيل الا غيرهم ولا نصيب له في الغنيمة فينبغي ان يقطع لانه سرق مالا
معينا لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخلاف السارق من بيت المال فانه معد لمصالح المسلمين وهو
منهم فصار كمال فيه شركة للسارق فلا يقطع وقول الشافعي واحمد كقولنا في السارق من الغنيمة وقال مالك
وابن المنذر يقطع م وهو ش اي عدم القطع في السارق من المغنم م ماثور عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه
ش رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك ابن حرب ابن عبيد ابن الابرص وهو يزيد ابن دثار
قال اتى علي رضي الله عنه برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه م وكان قد سرق
مغفرا ورواه الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف في ترجمة عبيد ابن الابرص عن الثوري به مسندا
ولنا وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجة في سننه نا جبارة عن المغلس عن حجاج ابن تميم عن ميمون
ابن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عبدا في رقيق الخمس سرق في الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم

لم يقطعه وقال مالك الله سرق بعضه بعضا قال ابن القطان في كتابه اسناده ضعيف وقد روي مرسلا
م دارا وتعليلا ش اي دفعا للقطع وتعليلا له فالدرة من قول علي رضي الله عنه في الاثر المذكور فلم يقطعه
والتعليل من قوله له فيه نصيب والقصا بنصبها على انهما حالا من علي رضي الله عنه على تقدير حال كونه
دارا ومعللا وكلاهما مصدران بمعنى اسم الفاعل كما في قولك رجل عدل اي عادل ولم يوضح احد من الشراح
هذا كما ينبغي م قال ش اي القدوري والحرز على ضربين ذي نسخة شيخي وفي الايرازي ايضا على نوعين
احدهما حرز لمعنى فيه ش وهو ان يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف في ذلك باختلاف
الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر والخيمة والخرجي والجوالق
م وحرز بالحافظ م وهو النوع الثاني كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه يحرزه به قال
رضي الله عنه ش اي قال المص رحمة الله ش الحرز لا بد منه لان شرط دخول القطع والاجماع والاتفاق
على شرطه وعلل المص رضي الله تعالى عنه بقوله م لان الاستسرار لا يتحقق دونه ش اي دون الحرز لان
معنى السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستسرار ولا يوجد اذا لم يوجد الحرز وكما قال القدوري حرز على
نوعين شرع المص يوضحه بقوله م ثم هو ش اي الحرز قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة
وحفظها كالدور والبيوت والصندوق والحانوت م وقد يكون ش اي الحرز م بالحفظ ش اي بحفظ
صاحب المتاع متاعه م كمن جلس في الطريق م او في المسجد ش اي او جلس في المسجد م وعنده متاعه فهو
ش اي متاعه م محرز به ش اي بالجالس المذكور وقد استدل على ذلك بقوله م وقد قطع النبي صلى الله عليه
وسلم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد م بيان هذا ما رواه ابو داود والنسائي وابن
ماجه من حديث الزهري عن عبد الله ابن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء من برد
فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به الى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال ان هذا سرق ردائي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اسرقت هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال
صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده في ردائي قال فلو كان قبل ان تاتيني به وزاد النسائي فقطعه انتهى
فعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتبر الحرز الحافظ م وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ لان
الاول اقوى لان المكان يمنع وصول اليد الى المال محتفيا به والاختفاء لا يوجد في الحافظ فكان ذلك
اصلا م هو الصحيح ش احترز به م عما ذكر في العيون على قول ابي حنيفة يقطع السارق في الحمام في وقت الاذن
اذا كان ثمه حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر وفي الكافي وعليه
الفتوى وهو ظاهر المذهب م لانه محرز بدونه ش اي لان المحرز بالمكان محرز بدون الحافظ م وهو
ش اي المحرز بالمكان هو البيت م وان لم يكن له باب ش واصل بما قبله م او كان ش اي او كان له باب
م وهو مفتوح ش اي والحال انه مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء للاحراز الا انه لا يجب القطع
الا بالاخراج منه ش اي باخراج المتاع من البيت لقيام يده قبله ش اي لقيام يد المالك قبل الاخراج
لان هتك الحرز لا يكون الا بالاخراج بخلاف الاخذ ثم السرقة م فيقطع ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا
او نائما والمتاع تحته او عنده م او تحته قريبا منه م هو الصحيح م احترز عن قول بعض اصحابنا حيث شرط ان
يكون المتاع تحته لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا ش اي وعلى هذا التعليل الذي
ذكر لا يضمن المودع بفتح الدال يعني اذا نام وعنده الوديعة وفي فتاوى الظهيرية انما يجب الضمان
على المودع فيما اذا وضع الوديعة بين يديه فيما اذا نام قاعدا او نام مضطجعا فعليه الضمان قال
وهذا اذا كان في الحضر اما في السفر لا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا م والمستعير مثله ش اي مثل المودع
لانه ليس بمضيع بخلاف ما اختاره في الفتاوى ش اي هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع والمستعير
لنف ما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوى لان فيها اوجب الضمان اذا نام مضطجعا وقد ذكرناه
الان م قال ش اي القدوري ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع
ش هذا تفريع وبيان لما قال ولا شك انه على نوعين حرز لمعنى فيه وحرز بالحافظ يعني ان من سرق شيئا محرزا
لمعنى فيه كالدور قطع وكذلك اذا سرق من غير حرز لكن صاحبه عنده يحفظه قطع م لانه سرق مالا
محرزا باحد الحرزين م في الاول بالمكان وفي الثاني بالحافظ م قال ش اي القدوري م ولا قطع على من سرق
من حمام او بيت اذن للناس في دخوله ش وقال الشافعي اذا سرق في الحمام وكان عند الثياب حافظ فعليه

القطع

القطع لذا قال الشيخ ابو النصر البغدادي لا يقطع عندنا م لوجود الاذن عادة ش يعني في الحمام
م او حقيقة ش اي ولوجود الاذن حقيقة في بيوت اذن في دخوله وقوله م في الدخول ش يرجع
الى الاثنين فاذا كان كذلك فاختل الحرز فلا يقطع م ويدخل في ذلك ش اي في حكم بيت اذن للناس
بالدخول عليه يشترون منه فاذا سرق رجل منهم نهارا لم يقطع وبه صرح الحاكم في الكافي م الا اذا
سرق منها ش اي من الحمام والحوانيت والخانات وهذا استثناء من قوله لا قطع الى اخره وقوله ليلا
قيد للكل م لانها ش اي لان الاماكن المذكورة بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار
دون الليل وفي خلاصة الفتاوى جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع
يحفظه او تحت راسه لا يقطع ولو كان في مسجد جماعة قطع م ولو سرق من بيت واحد بين الخروج لم
يقطع م ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز
الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان م وانما هو محرز بالحافظ واذا كان الحافظ عنده يقظان نائم عنده
متاعه فقد حصل هتك الحرز فيقطع وان لم يكن عنده فلا يقطع لعدم الحرز م بخلاف الحمام والبيت
الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ
وعدم القطع بسبب الاذن في الدخول وقال الشافعي الوجوع في الشارع والمسجد محرز بالحافظ صاحبه
بشرط ان لا يقام ولا يوليه ظهره فيقول اذا نام عند متاعه لا يعد مضيعا عادة ولا يحل الحرز فيجب
القطع م ولا قطع على الضعيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله
ش وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك واحمد في رواية ان سرق من الموضع الذي انزله فيه او موضع لم يحرز عنه
لا يقطع وان كان من موضع حرز عنه قطع م ولانه ش اي ولان الضعيف بمنزلة اهل الدار ش يعني صار كانه
واحد من اهل البيت حيث اكرموه واضافوه م فيكون فعله ش اي فعل الضيف خيانة لا سرقة م ولا قطع على الخائن
لما روي جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس على الخائن قطع ولا كذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار
التي اذن له في دخولها وهو مقفل او من صندوق مقفل لما ذكره القدوري في شرحه وما روي ان اسود بات
عند ابي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حليا فقطعه ابو بكر فتاويله عند اصحابنا انه سرق من دار النساء لان
دار الرجال وفي الدارين المختلفين لا يكون الاذن في احدهما اذنا في الاخرى م ومن سرق سرقة ش اراد بالسرقة
المسروق مرارا كما قال محمد ايضا اذا كانت السرقة مصحفا قاله الاترازي وقال الكاكي سرق سرقة اي مالا
ولذا قال الاكمل والذي قاله الاترازي اوجه لان صاحب المغرب قال سمي الشيء المسروق سرقة مجازا م ولم
يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرزا واحدا فلا بد من الاخراج منها فما لم يوجد الاخراج ولا يوجد الهتك
فلا يجب الاخذ والشبهة دارئة م وان كانت دار ش اي وان كانت الدار المذكورة دارا م فيها مقاصير ش اي
الحجرات والبيوت وهي جمع مقصورة والمقصورة الحجرة بلسان اهل الكوفة فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار
قطع لان كل مقصورة باعتبار صاحبها وساكنها حرز على حدة ش لان الاخراج الى صحن الدار كالاخراج الى السكة
فلو اخرج الى السكة يقطع فكذا هذا ثم في الفصل الاول قال اصحابنا لا ضمان عليه اذا تلف في يد المسروق لمن كان
قطع عليه قبل الاخراج في الدار والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي خلاف القطع فان شرطه
هتك الحرز ولم يوجد م وان غار انسان ش قال صاحب المغرب اغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصحيح من اغار
العدو واما لفظ محمد وان اغار يعني بالعين المهملة والنون وهو الاوجه لان الاغارة تدل على الجهر والمكابرة
والسرقة على الخفية وقال الكاكي وان اغار اي اخذ سرقة على غرة يعني اغار الفرس والثعلب اذا اسرع لغة في
المغرب وقوله فسرق فيها تفسير قوله اغار وقال الاترازي لفظ اغار له وجه بان يدخل اللص مكابرة بالليل
جهرا ويخرج المال فانه يقطع لوجود الخفية من اعيان سائر الناس انتهى **قلت** فيه ما فيه
لان السرقة اخذ مال في خفية وحيلة فكذلك سمي السارق سارقا لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ
في المجاهرة مكابرة ومبادرة واذا حملنا المعنى اغار على ما نقله الكاكي عن المغرب لا يتوجه شيء ويحصل المقصود
م من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا ش اشار به الى قوله لان كل مقصورة الى اخره
م قال ش اي القدوري م واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المتاع وناوله اخر خارج البيت فلا قطع
عليهما ش اي هنا لفظ القدوري اي على الداخل والخارج وقال مالك ان كانا متعاونين قطعا وان انفرد كل
واحد بفعله لم يقطعا وقال الشافعي ان انفرد كل واحد يقطع وبه قال احمد وقال المص لا بالاول لم يوجد منه

الاخراج والاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه الاخراج الاعتراض معتبرة على المال قبل
خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخراج الداخل يده فناولها
للخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها عن يد الداخل فعليهما القطع م وهي ش اي مسالة النقب
البيت وادخال اليد فيه مبنية م على مسالة تاتي بعد هذا ش هي مسالة العامة في الطريق وكذلك قال شيخ العلاء
م وان القاه ش متصل بما قبله اي وان القى المتاع م في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء
غير موجب القطع كما لو خرج ولم يوجد وكذا الاخذ من السكة ش اي ولذا اخذه من السكة اي اخذ سارق المال من
السكة حيث لا يقطع عند زفر كما لو اخذه غيره ش اي من السكة لا يجب عليه القطع م ولنا ان الرمي حيلة يعتادها
السارق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة م لانه خرج
وبيده ثابتة عليه وهذا جواب عن قول زفر كما لو اخذه غيره مما ان هناك اعترض عليه يد معتبرة فاوجب سقوط اليد
الحكمية للسارق وحاصله ان يد السارق لم تزل عنه بالاخذ ثم الرمي الى الطريق ولم يزل بل حكما لعدم اعتراض
يد اخرى على يده م فاعتبر الكل ش اي القاؤه في الطريق ثم اخذه م فعلا واحدا ش كما اذا اخذ المال وخرج معه
من الحرز فانه فعل واحد لذلك هذا م واذا خرج ش اي السارق من الدار م ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق فلا
قطع عليه م وكذا اذا حمله على حمار فساقه واخرجه ش اي يقطع وبه قالت الائمة الثلاثة م لان سيره ش اي سير
الحمار م مضاف اليه ش لسوقه وقال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق الى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى
جا الى منزله لا يقطع م ولذا لو علق شيا على طاير وتركه ثم طار الى منزله م وقال ايضا رجل دخل الدار وجمع المتاع
في الليل وطرح في نهر كان فيها وخرج واخذه وكان ذلك ان كان للماء قوة اخراجه بنفسه لا يقطع وعند
يقطع وفي مبسوط شيخ الاسلام وهو الاصح وان لم يكن للماء قوة اخراج المتاع لكنه اخرجه بتحريكه يقطع م وفي
مبسوط ابي اليسر ولو علقه على عنق كلب في حرج يقطع ولو خرج من غير زجر لا يقطع وبه قال الشافعي واحمد
في وجه م واذا دخل الحرز جماعة فتولى لاحد بعضهم قطعوا جميعا ش هذا لفظ القدوري رحمه الله م قال
المص رحمه الله ش هذا الاستحسان ش اي قطع الجميع هو الاستحسان م والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول
زفر م وبه قالت الائمة الثلاثة م لان الاخراج منه ش اي الحامل م فتمت السرقة به ش اي بالحامل م ولنا ان
الاخراج من الكل معنى اي من حيث المعنى م لكونهم رده للحامل م للمعاونة ش اي لاجل المعاونة وبهم للحامل لان
عادتهم بان يحمل بعضهم ويترصد الباقون لدفع صاحب المال ان انتبه فيكون الاخراج من الجميع لما ذا
م كما في السرقة الكبرى ش وهي قطع الطريق اذا باشر بعضهم القتل واخذ المال والباقون وقوف يجب قطع الطريق
على جميعهم لكونهم رده له فكذا هنا م وهذا اشارة الى الاخراج من الكل معنى لان العادة فيما بينهم ش اي فيما بين
السراق ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع اي دفع من يتعرض له من صاحب البيت او غيره م فاذا
امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ش فاذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار التهمة ادى الى سد باب
الحدود قالوا هذا اذا كان الحامل من اهل القطع عند الانفراد اما اذا كان صبيا او مجنونا لا قطع عليهم بالاجماع
وان كان الحامل بالغا ولكن فيهم صبي او مجنون لم يجب القطع عليهم ايضا عند ابي حنيفة ومحمد لتمكن الشبهة
في فعل واحد منهم فلا يجب على الباقين وعند ابي يوسف يجب القطع على الحامل وغير الصبي والمجنون لذا في
الذخيرة م ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع ش وهذا ظاهر الرواية عند اصحابنا وعن
ابي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود ش اي المقصود اخراج المال في الحرز
ولا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخذ الغطريفي م وفي بعض النسخ واخذ الغطريفي
والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى وبقول ابي يوسف قال الشافعي م ولنا ان هتك الحرز يشترط
فيه الكمال م لوجوب القطع ش تحرزا عن شبهة العدم ش اي عدم هتك الحرز م والكمال في الدخول ش اي الكمال
في هتك الحرز الدخول في البيت م وقد امكن اعتباره ش اعتبارا بالدخول في البيت م والدخول ش اي في البيت هو
المعتاد م في هتك الحرز ش بخلاف الصندوق ش جواب عن قوله كما اذا ادخل يده اي يده في صندوق الصيرفي
م لان الممكن فيه ش اي في الصندوق م ادخال اليد دون الدخول م فيه فانه غير ممكن فيتم هتك الحرز بادخال
اليد والاخراج منه م وبخلاف ما تقدم من حمل البعض من المتاع ش اي بعض القوم دون البعض في هذا ايضا جواب
عما لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم فما وجب القطع فيما تقدم من حمل البعض المتاع دون
البعض بان فيه شبهة العدم فاجاب بقوله م لان ذلك هو المعتاد ش بين السراق اذا كانوا جماعة م وان طرّه

الطر

م الطر الشق ومنه الطرار والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم
وقال الاكمل الطرار هو الذي يطر الهميان اي يشقهما ويقطعهما والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة
اي شددتها م خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر
يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز م فلا يقطع م وفي الثاني ش اي وفي الوجه الثاني م الرباط من
داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم م فيقطع وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور
في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس يجري على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهو ما اذا ادخل يده في الكم
نظرها م ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ش اي من الخارج والداخل م ينعكس الجواب ش يعني اذا
كان الرباط خارج الكم يقطع لانه ياخذ الدراهم من داخل الكم لوقوعها في الكم ولو كان الرباط داخل الكم لا يقطع
لانه لما حل الرباط من داخل الكم فكان اخذها من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز ولم ياخذ منه شيئا وهذا
معنى قوله م لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز ش اي لان المال محرز م اما بالكم
او بصاحبه م اما بالكم ففي صورة طرها خارج الكم او بصاحبه ففي صورة طرها خارج الكم واما بصاحبه ففي صورة
طرها داخل الكم م قلنا الحرز هو الكم لانه ش اي لان صاحب المال م يعتمده ش اي يعتمد الكم في حفظ المال لانه
عند المال وانما قصده ش اي قصد صاحب المال م قطع المسافة ش في المشي م او الاستراحة م في القعود
م فاشبه الجوالق ش اي فاشبه الجوالق بضم الجيم وهو اسم للواحد وجمعه الجوالق بفتح الجيم كالسرادق والسرادق
لذا افاد الشيخ رحمه الله وقال الكاكي في قوله فاشبه الجوالق لانه لا يخلو اما ان يكون صاحب المال في حالة المشي
او غير حالة المشي فان كان الاول فمقصوده قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثاني فمقصوده الاستراحة
لا حفظ المال والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من سرق الجوالق الذي على ابل تسير فاخذ المال منه
يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ولو اخذ الجوالق بما فيه لا
يقطع م ولذا لو سرق الغنم من المرعى ومعها الراعي لا يقطع لان الراعي لا يقصد بالرعي الحفظ وانما يقصد به الرعي
والحفظ تبع بلا خلاف م بخلاف ما لو كانت الغنم في حظيرة بني لها وعليها باب مغلق فاخرج منها قطع لانها بنيت
لاجل حفظ الغنم لذا في المحيط م وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها تكون محرزة فيقطع وما كان
غايبا عن نظره بان كان نايما او مشغولا فليست محرزة ش وعندهم لو اخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطر يقطع
م وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس مقصودا فتمكن شبهة ش اي عدم الحرز وعند الائمة الثلاثة
لو سرق واحدا من الجمال او واحدا من الاحمال او شق واحدا شيئا يقطع في الكل لان الكل محرز بالحافظ وهو
القايد او السايق او الراكب اذا لم يكن نايما فان كان نايما عليه لم يقطع م وهذا ش اي عدم القطع م لان
السايق والقايد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها
للحفظ قالوا يقطع م وان شق الحمل واخذ منه قطع م لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة
فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع م وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نايم عليه
قطع معناه ش اي معنى قول محمد لان المسالة في مسايل الجامع الصغير اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كا
لطريق ونحوه م كالمفاوز م حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد
والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة ولذا النوم بقرب منه م يعد حافظا عادة على ما اخترناه من قبل
ش اي قبل ورقة م وهو قوله لانه يعد النايم عند متاعه حافظا م وذكر في بعض النسخ ش اي في بعض
نسخ الجامع الصغير واراد به فخر الاسلام م وصاحبه نايم عليه او حيث يكون حافظا له ش يعني لم يقتصر
على قوله او صاحبه نايم عليه بل قال او حيث يكون حافظا له م وهذا ش اي وهذا الذي ذكره في بعض النسخ
بقوله او حيث يكون حافظا له م يؤكد ما قلناه من القول المختار لعدم التفرقة بين كون المتاع عنده او تحته
وهو قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله اعلم بالصواب

ش فصل في كيفية القطع واثباته م

ش اي هذا فصل في بيان كيفية قطع يد السارق وفي بيان اثبات القطع م قال ش اي القدوري رحمه الله
م ويقطع يمين السارق من الزند ش وقالت الخوارج من المنكب لظاهر النص اذ اليد من المنكب الى رؤوس
الاصابع وقال بعض الناس يقطع الاصابع فقط لانها آلة البطش ومحل الجناية لكن هذا خالف للنص والمنصوص

قطع اليد لا الاصابع والزند موصل طرف الذراع من الكف وقال تاج الشريعة الزند عظم الساعد وفي
الصحاح الزند موصل طرف الذراع في الكف وهما زندان الكوع والكرسوع والكوع طرف الزند الذي على الابهام
والكرسوع الذي هو مختصر طرف الزند م وحسم ش على صيغة المجهول من الحسم وهو الكي لينقطع الدم يقال حسم
العرق اذا كواه بحديدة محماة كذا في الطلبة والمغرب والمغني لابن قدامة الحنبلي وهو ان يغمس في الدهن الذي اغلي
م فالقطع بما تلوناه من قبل ش يعني قوله تعالى والسارق والسارقة الاية م واليمين ش اي قطع اليمين بقراءة
ابن مسعود ش وهي فاقطعوا ايمانهما وهي قراءة مشهورة جاءت الزيادة بها على الكتاب م ومن الزند ش اي القطع
من الزند م لان الاسم يتناول اليد الى الابط ش حاصله ان اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق
وقد تكون من الرسغ فاذا اطلق يتناول الى الابط باستعمال العرب واللغة والشرع ولكن اراد هذا القدر
ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمله وعمل الصحابة واجماعهم على ان هذا القدر هو متيقن به اشار
اليه المص بقوله م وهذا المفصل اي الرسغ متيقن به ش اي في كونه موضع القطع للارادة اي لارادة الرسغ
على تقدير ارادة اي مفصل كان من مفاصل اليد م كيف ش اي كيف لا يكون هذا المفصل متيقنا به م وقد صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند ش وروى ابن عدي في الكامل باسناده عن مجاهد عن
عبد الله بن عمر وقال قطع النبي صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وروى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده قال كان صفوان بن امية بن خلف كان نائما في المسجد وثيابه تحت راسه فجاء سارق فاخذها
فاتي به رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وفي اخره ثم امر بقطعه من المفصل م والحسم ش عطف على قوله
فالقطع م لقوله عليه الصلاة والسلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم فاقطعوه واحسموه ش هذا اخرجه
الحاكم في مستدركه عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بسارق سرق شملة فقال عليه السلام
ما اخاله سرق قال السارق بلى يا رسول الله قال فاذهبوا فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقال الحاكم صحيح على شرط
مسلم م ولانه ش اي ولان السارق م لو لم يحسم ش بعد القطع م يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف من الكلام عند
اكثر اهل العلم وفعل عمر رضي الله عنه كذلك وقال ابو ثور والرافضة يقطع في نصف القدم من معقد الشراك
م الا ترى انه لا يقطع في الحر الشديد والبرد الشديد وعند شدة المرض توقيا عن الهلاك م وان سرق ثانيا
ش يعني بعد قطع يده اليمنى قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع ويخلد في السجن حتى يموت استحسانا
ويعزر ايضا ذكره المشايخ ش اي ذكروا التعزير وقد روى ابن رستم عن محمد ان التعزير مع الحبس وقد روي
عن علي رضي الله عنه انه ضرب وحبس في المرة الثالثة م وقال الشافعي في الثالثة ش اي في السرقة الثالثة
يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم
من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ش هذا الحديث رواه ابو داود عن مصعب بن
ثابت عن محمد بن المنكدر عن جابر قال جيء بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول
الله انما سرق فقال اقطعوه قال فقطع ثم جيء به الثانية فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق فقال اقطعوه
فقطع ثم جيء به الثالثة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الخامسة فقال
اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في البئر ورمينا عليه بالحجارة وقال النسائي حديث
وقال النسائي حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث م ويروى مفسرا كما هو مذهبه ش اي
يروى هذا الحديث مفسرا كما هو مذهب الشافعي وقال الاكمل هو حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال في المرة الاولى تقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى قلت
حديث ابي هريرة هذا رواه الدارقطني بغير هذا اللفظ فانه عن الواقدي عن ابن ابي ذئب عن خالد بن سلمة اراه
عن ابي سلمة عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا
رجله والواقدي فيه مقال وبقول الشافعي قال مالك وفي المرة الخامسة عندهما يحبس ويعزر وحكي عن
عطاء وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن العاص وعثمان رضي الله عنهم انه يقطع في المرة الثالثة يده اليسرى
وفي الرابعة الرجل اليمنى ويقتل في الخامسة لحديث جابر الذي مضى عن قريب م ولان في الثالثة ش اي ولان
السرقة الثالثة م مثل الاولى ش اي مثل السرقة الاولى م في كونها جناية بل فوقها ش اي بل فوق الاولى
لعدم تقدم الزاجر لانها بعد تكرار الزاجر م ولنا قول علي فيه ش اي قول علي بن ابي طالب رضي الله عنه
في قطع الثالثة م لا استحي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ورجلا يمشي عليها ش هذا رواه محمد بن الحسن

في كتاب الا

في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة الامام عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب رضي
الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن
حتى يحدث خيرا اني لاستحيي من الله ان ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وفي طريق محمد رواه
الدارقطني في سننه م وبهذا ش اي وبقوله هذا م حاج بقية الصحابة ش اي حاجهم به وهذا رواه سعيد
بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب رضي الله عنه
اتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال قتلته
اذن وما عليه القتل باي شيء ياكل الطعام باي شيء يتوضا للصلاة باي شيء يغتسل من الجنابة باي شيء يقوم على حاجته
فرده الى السجن اياما ثم اخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول فقال لهم مثل ما قال في الاول فجلده جلدا
شديدا ثم ارسله م فحجهم ش اي غلبهم بالحجة فلم يرد احد منهم قوله فانعقد اجماعا لانه لو صح
لهم النص في الباب ثبت انه لا تقربيه اذ لو ثبت لبلغهم لانه مبني على الشهرة ولو بلغهم لاحتجوا به فان
قيل ليس اليد اليسرى محل بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة
خرجت اليسرى عن كونها مرادة لمن قال لاخر اعتق عبدا من عبيدك ثم قال عتق سالما فيخرج غيره ولان
الامر بالفعل لا يقتضي التكرار م ولانه ش اي ولان قطع غير اليد اليمنى والرجل اليسرى اهلاك معنى اي
من حيث المعنى لما فيه من تفويت جنس المنافع ش وفي المبسوط ايضا الحق مع ابقاء صاحبه ولهذا يتعلق
بقطع اليدين في العبد قيمة النفس ولا يجوز اعتاق مقطوع اليدين في الكفارات فعرفنا انه استهلاك حكما
شبهة الاتلاف والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات م والحد زاجر ش لانه زاجر لا متلف ولا
وجود الزجر ملازما لا بد زال الوجود لانه تقدير الزاجر ش والزجر فيما يخلفه م وجوده بالاجماع بخلاف
القصاص جواب سوال تقريره لو قطع رجل اربعة اطراف انسان يقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المعنى
هناك موجود لانه لا يبقى له يد ياكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة وتقرير الجواب
واجاب بخلاف القصاص ش يعني حكم القصاص خلاف هذا م لانه ش اي لان القصاص حق العبد فيستوفى حقه
م لان حق العبد تراعى المماثلة بالنقص جبرا لحقه ش اي لاجل جبره بالاستيفاء مثل حقه م والحديث ش
اي الحديث الذي احتج به الشافعي طعن فيه ش الامام الحافظ ابو جعفر الطحاوي ش فقال تتبعنا هذه الطرق
فلم نجد لشيء منها اصلا وطعن فيه النسائي ايضا وغيره من النقاد م او يحمله ش اي يحمل الحديث المذكور على السياسة
وهذا جواب بطريق التسليم م وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع ش اي وان كان اقطع او مقطوع
الرجل اليمنى لم يقطع وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي ومالك واحمد في رواية تقطع يمينه ولا
يمنع ذلك النقصان من قطع يمينه لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني من جهة البطش وهو الاخذ
القوي باليدين اذا كانت يده اليسرى مقطوعة م او شلا ش يعني ان كانت رجله اليمنى كذلك ش وكذا اذا كانت
رجله اليمنى شلا لما قلنا ش اشارة الى قوله لان فيه تفويت جنس المنفعة م وكذا اذا كانت ابهامه
اليسرى مقطوعة او شلا ش اي وان كانت شلا م لم يقطع م والاصبعان منها ش اي وان كانت الا
صبعان من اليد اليسرى سوى الابهام مقطوعتين لم يقطع ايضا لان الاصبعين بمنزلة الابهام
ش وقوله م لان الابهام والبطش بالابهام ش تعليل لقوله وكذلك اذا كانت اليسرى مقطوعة او شلا فان كانت
اصبع واحدة ش يعني من اليد اليسرى م سوى الابهام مقطوعة او شلا قطع لان فوت الواحد ش اي الاصبع
الواحدة م لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما بمنزلة الابهام في نقصان البطش
م وقال تاج الشريعة فان كانت اصبع واحدة الى اخره فرق بين هذا وبين الاعتاق في الكفارة الا ان مقطوع احد
اليدين او الرجلين او الابهام او الاصبعين فاعتقه عن الكفارة يجزيه لان قطع الابهام اهلاك من وجه فاتيح
الاهلاك من وجه مقام الاهلاك من كل وجه م ولذا قال الحاكم للحداد ش اي الذي يقيم الحد فعاد بسمله كاملا
الذي يقيم الجلد هذا في العرف م اقطع يمين هذا في سرقة سرقها ش فيه بقوله يمين هذا لانه لو قال اقطع يده هذا
فقطع الحداد يساره لا ضمان عليه بالاتفاق م فقطع يساره فلا شيء عليه ش اي على الحداد عند ابي حنيفة رضي الله
عنه قطعها عمدا او خطا ولكن يؤدب الحداد وبه قال احمد م وقالا ش اي قال ابو يوسف ومحمد م لا شيء عليه
ش اي على الحداد اذا كان م في الخطا ويضمن في العمد ش ارش اليسار م وقال زفر يضمن في الخطا ايضا ش
يعني يضمن الارش وعند الشافعي في المهذب القصاص عليه وبه قال مالك لانه قطع بغير حق فوجب عليه القود

ولو قاد اخطات او ظننت انها اليسار فعليه الدية لان الخطاء غير موضوع في حق العباد ولو بادر رجل فقطع
اليمنى بغير اذن الامام فلا شيء عليه بالاجماع لكن يرد به الامام على ذلك لانه اساء الادب حيث قطع بلا اذن الامام
كذا في المبسوط م وهو القياس ش اي قول زفر هو القياس م والمراد هو الخطاء ش اي المراد من الخطاء هو الخطاء
في الاجتهاد م يعني قوله تعالى فاقطعوا ايديهما حيث زعم ان الكتاب مطلق في قيد اليمين م واما الخطاء في معرفة
اليمنى من اليسرى فلا يجعل عفوا لان الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع الاشتهار لان كل احد يعرف
اليمين واليسار واليه ذهب فخر الاسلام وفي كل حال عذرا فلا يضمن لانه بنى امره على دليل شرعي اذا في الكافي
اجتهد في جواز قطع اليسرى نظرا الى الاطلاق النص هكذا رايت بخط شيخ العلائي رحمه الله تعالى وقطعنا بعد
ش اي او غيره م انه ش اي ان الحداد م قطع يدا معصومة م ولهذا لو قطع غير الحداد يضمن كما لو رمى صيدا فاصاب
انسانا يضمن م والخطاء في حق العباد غير موضوع فيضمنها ش اي الدية م قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس
النص بعين اليمنى لان النص مطلق والخطاء في الاجتهاد موضوع ش اي معفو شرعا م ولهما ش اي ولابي يوسف ومحمد
م انه ش اي الحداد قطع طرفا معصوما بغير حق لان الحق في اليمنى وهو ليس بمحل القطع لئلا احد ليكون حق قطع
اليسار قصاصا م ولا يتاول له ش اي للحداد فيما فعله م لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات ش وامثلتها
قتله اذ المجتهد لا يعذر في الظلم عمدا كالباغي اذا اتلف مال العادل وكان ينبغي ان يجب القصاص لانه قطع ما
ليس بمحل الا انه امتنع ش اي القصاص امتنع للشبهة م اي لاجل الشبهة الناشئة من اطلاق النص وان كان اليمنى
بعينه بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ولكن ينبغي شبهة اليسار الداخل تحت اسم اليد قال فالشبهة تنفي العدة في
القصاص بخلاف ضمان الاموال م ولابي حنيفة انه اتلف ش حيث قطع اليسار م واخلف من جنسه ش اي من جنس
المقطوع ما هو خير منه ش وهو اليمين لان منفعة اليمين في البطش فوق منفعة اليسرى وقد حصلت له في
ذلك بقطع اليسرى اذ اليمين صارت على شرف الزوال فيكون كالغائب من حيث الاعتبار فلا يعد اتلافا كمن
شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع حيث لا يضمن وبقولنا قال الشافعي في الاصح واحمد وقال مالك والشافعي
لو تقطع لانه وجب قطعهما فلا يسقط الجناية على غيرها فان بقيت اليمنى لم يحصل له بسبب القطع لا كان له حاصل
قبل ذلك والاتلاف يحلف انما لا يوجب الضمان اذا حصل الخلف بسبب حصل به الاتلاف كما في مسالة الشهادة
ونقصان الولادة فاذا حصل الخلف بسبب اخر يضمن قلنا انه من حيث الاعتقاد ولا يلزم اذا اخذ الالف لانه
ما اخلف عوضا ما اتلف بمياه ثم يقطع فان قيل لو قطع رجله اليمنى يضمن وقد اتلف واخلف عوضا وهو اليمنى
يقطع حينئذ قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلمناه فما اتلف ليس من جنس الباقي م وعلى هذا ش وعلى تعليل ابي حنيفة
وهو انه اتلف من جنس خيرا منه م لو قطعه ش اي لو قطع يسار السارق غير الحداد لا يضمن ايضا لانه اتلف واخلف
خيرا منه لان عينا لا يقطع بعود اليسرى قطع يسار او غيره بعد القضاء ذكره فخر الاسلام في جامعه
م هو الصحيح ش احترز به عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى كان في العمد القصاص
وفي الخطاء الدية وسقط القطع عنه في اليمنى لانه لو قطع عنه يده اليسرى ادى الى الاستهلاك وترد السرقة
ان كان قائما وعليه ضمانها في الهالك وان اخرج السارق يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن بالاتفاق
م لانه ش اي لان الحداد م قطعه بامره ش اي قطع يساره بامر السارق فلا يضمن كما لو قطع يد غيره بامره من
ان يكون يده مستحقا للقطع بالسرقة فعند اولى ثم في العمد عنده اي عند ابي حنيفة م عليه ش اي على السارق
ضمان المال ش اي مال المسروق منه م لانه ش اي لان قطع يساره لم يقع حدا وانما حقر ابا حنيفة بالاتفاق
الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن عسى يتوهم ان قطع السارق وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد
فاز اليد للعيان وجوب الضمان ابتداء بان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان
على الحداد باعتبار انه لو اخلف خيرا باعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره
لضمان الحداد في العمد فلا يقع العمد حدا لا محالة فيضمن السارق اعد لو لبره اخرج من الضمان فالقطع حدا وفي الخطاء
على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والقيمي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان
البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا في طرفا ابي يوسف ومحمد لان ضمانا لا يدعي الحداد يبطل بطريق
الاجتهاد والضمان والقطع لا يجتمعان م ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان
الخصومة شرط لظهورها ش اي لظهور السرقة م وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وابو ثور وابن
المنذر وابن ابي ليلى وابو بكر الحنبلي لا يشترط المطالبة لظهورها لعموم الاية كما في حد الزنا قلنا السرقة جناية

على

على ملك الغير بغير اذنه ولم تثبت الجناية الا بمطالبته وذلك ان بالمطالبة يظهر عدم الاباحة اذ
لو لم يحضر تمكنت فيه شبهة الاباحة اما باباحة مالكه او وقفه على المسلمين او على طائفة السارق منهم او في
اذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة اما الزنا لا يستباح بالاباحة فلا يتمكن من الشبهة وعلى
هذا الخلاف لو غاب المالك عند القطع لم تقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي واحمد خلافا لهم لان الامضاء من
باب القضاء في الحدود م ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار م وهذا وجه في
قوله والاصح عندنا ان الاقرار كالبينة م لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومته ش اي بخصومة
صاحب المال م وكذا اذا غاب ش اي المسروق منه م عند القطع ش لا يقطع م عندنا لان الاستيفاء ش اي
استيفاء القطع م من القضاء في باب الحدود ش فاذا قطع قبل حضوره يكون استيفاء الحد مع قيام الشبهة قبل
معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها فيكون
ولهذا التكرار ورد بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كان
معنى واحدا فافهم وهو لا يجوز م وللمستودع بفتح الدال اي الذي عنده الوديعة م والغاصب وصاحب الربا
هو صورته رجل باع عشرة بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع بخصومته وكذا المستودع والغاصب
وهو معنى قوله م ان يقطعوا السارق منهم ش اي من هؤلاء الثلاثة فيقطع بخصومتهم عند علمائنا الثلاثة وقال
الاكمل ولم يذكر العاقد الاخر من عاقدي الربو فكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة
خلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق م ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب
منه لان الملك لهما باق ش وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع ش لان شبهة
الاخذ والتملك قائم من المالك فالقطع لا يجب بالشبهة م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور بيننا
وزفر والشافعي المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع بفتح الضاد ويستعمل وان كان الصواب لسر الضاد
والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك كمتولي الوقف والاب والوصي ش فيقطع
السارق منهم لان هذه سرقة ظهرت بحجة كاملة بخصومة معتبرة الثبوت حق هؤلاء في الاسترداد واليد كالمالك
والقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء المذكورين يعني لو سرق سارق من احد من هؤلاء وخاصم المالك
يقطع لقيام ما ذكرناه م الا ان الراهن م استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن
انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن م في يد السارق م قبل قضاء الدين او بعده ش وفي بعض النسخ حال قيام الرهن
قبل قضاء الدين وقال الكاكي والصحيح من النسخ بعد قضاء الدين بدون قبل لانه ذكر في المبسوط والمحيط والايضاح
اذا سرق من المرتهن له ان يقطعه لا للراهن لانه لا سبيل للراهن على اخذ الرهن ثم قال وان قضى الدين فله ان يقطعه لان
له ان ياخذ الرهن حينئذ وقد نقل ابن المصنف انه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقال تاج الشريعة قوله قبل
قضاء الدين او بعده قيل فيه نظر لان المصنف ذكر في الايضاح وليس للراهن ان يقطع السارق لان حق القبض للمرتهن
ولو قال الراهن للمرتهن ان بالرهن لا قضى الدين كان له ولاية القطع فله قبل القضاء هكذا رايت في بعض المواضع
فلو كان الحكم هكذا رايت في بعض المواضع فلو لم يخرج من النظر وقال الاكمل رحمه الله بعد ان ذكر في بعض النسخ بعد
القضاء استصوبه الشارحون نقلا وعقلا اما نقلا فلانه يوافق لرواية الايضاح وقد ذكرناه واما عقلا فلان
السارق انما يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين انتهى قلت
فانه قال تاج الشريعة م ولانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه ش اي لان الراهن ليس له طلب العين المرهونة
بدون قضاء الدين وقال الاكمل والضمير في بدونه راجع الى قضاء الدين على النسخة الاولى والى قيام الرهن فكان شرط
جواز القطع بخصومة الراهن امرين احدهما قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه
والاخر قضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد والشافعي بناه على اصله ش اشار بهذا الى ان الشافعي وزفر
بعلان القطع في الحكم المذكور كما مر فقد اختلفا في تخريج المناط فالشافعي بناه على اصله م ولانه لا خصومة لهؤلاء
اي المذكورين المستودع والمستعير الى اخر ما ذكر م في الاسترداد عنده ش اذ احد من هؤلاء من المال ما لم يحضر
المالك واذا لم يكن لهم الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم ولكن قال في الوجيز يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل
والمرتهن ولهذا قال في شرح المجمع وترك الخلاف المذكور في المنظومة في انه لا يقطع بالسرقة من يد المودع وقال مالك
يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن والمستعير م وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة
الحفظ ش يعني ولانهم لاجل الحفظ فيظهر في حق الحفظ م فلا يظهر في حق القطع لان فيه م اي لان في ظهورها

في حق القطع م تفويت الصيانة م لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع الصيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت ش اي السرقة عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة م لان خصومتهم معتبرة لحاجتهم الى الاسترداد اذ لان الاعتبار خصومة المالك الى اظهار السرقة لاعادة اليد المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في حق هؤلاء اما المستاجر والمستعير فلاحتياجه الى الانتفاع بالمحل والمرتهن والمودع لاجل الحفظ الملتزم وللتمكن من رده الى المالك ليخرجا عن عهدة الضمان مطلقا فانه لنفي قول زفر فان خصومة هؤلاء عنده في حق الاسترداد دون القطع م اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد ش لاعادة اليد لان اليد مقصودة في ذلك وهم في ذلك كالمالك فاذا كان لذلك فيستوفي القطع ش لان الخصومة مطلقة لا لضرورة الحفظ فقط كما قال زفر م والمقصود من الخصومة ش اي مقصود صاحب اليد من الخصومة م احياء حقه ش اي حق المالك وسقوط الضمان وسقوط مقصود صاحب اليد من الخصومة م احياء حقه ش اي وسقوط العصمة ش جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة تقريره ان سقوط العصمة ضرورة استيفاء القطع ش يعني ان الامام اذا استوفى القطع حقا لله تعالى سقط الضمان لتلك الضرورة فلا يصير المودع مسقطا للضمان فاذا كان سقوط الضمان من ضرورة القطع كان ضمنا م فلم يعتبر ش لان الضمنيات لا تعتبر م ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض ش هذا جواب عن سؤال مقدر ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك لما قيل هذا الاحتمال انه لو حضر واقر للسارق بالسرقة فاجاب بقوله ولا معتبر ش اي لا اعتبار بشبهة موهومة الاعتراض اي بتوهم اعتراض اقرار المالك اذا حضر لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها في الحال لا ما يتوهم اعتراضها في المآل م كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن وهو المودع بفتح الدال فان فيه شبهة موهومة ايضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لا يشترط حضور المؤتمن م فانه يقطع بخصومته ش اي بخصومة المالك في ظاهر الرواية م احترز به عن رواية ابن سماعة عن محمد ان المالك ليس له ان يقطع حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يكن ان يطالب بذلك عندهم م وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة م كلمة واصلة بما قبله اي شبهة الاذن من المؤتمن في دخول الحرز ثابتة فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالقصاص قلنا القطع عقوبة تجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطنا الخصومة لبيان ان المال ليس للسارق لكن لغيره ونحو المودع يملك هذه الخصومة بخلاف القصاص فانه حق العبد م وان قطع سارق بسرقة فسرق منه ش اي من السارق م لم يكن له ش اي للسارق ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني م وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول له يقطع بدعوى المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه سواء قطع السارق الاول او لا وذكر اصحاب الشافعي الخصم في قطع هذا السارق المالك لا السارق والغاصب قال صاحب الحلية وعندي ان كل واحد من المالك والسارق والغاصب خصم م لان المال غير متقوم في حق السارق ش الاول م حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها ش اي فلم تنعقد السرقة موجبة في نفسها للقطع وايضا ان يده لم تبق من الايدي الذي ذكرنا من ملك ووديعة وخصومة من هذه صفة لا يعتبر في القطع م وللاول ش اي وللسارق الاول م ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه م وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان يكون يد ملك او ضمان او امانة ولم توجد م ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول ش اي السارق الاول م او بعد ما درئ القطع ش اي ولو سرق الثاني بعد القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول ش اي بالسارق الاول م لان السقوط بالتقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب والدرء هنا بالشبهة لعدم القطع ولا فرق عند احمد بين القطع وعدمه لان يد السارق على المال لا يد امانة ولا يد ملك فاشبه لو وجده مرميا م ولو سرق سرقة ش اي مسروقة وفي بعض النسخ ولو سرق م فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع م في ظاهر الرواية ش وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا م بما اذا رده بعد المرافعة م بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما بعد الارتفاع وقبله سواء م وجه الظاهر ش اي وجه ظاهر الرواية م ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة م وفي النهاية في بعض النسخ بالواو اي ولان البينة قال الكاكي ولكن النسخة بلا واو هو الاصح



قلت ولذا نسخة شيخي بلا واو وقال هو الاصح ثم رايت بخطه على حاشية الكتاب لان البينة انما جعلت حجة مع قيام احتمال الكذب ضرورة قطع الخصومة وخصومة المالك شرط لاقامة البينة وقد انقطعت الخصومة بالرد الى المالك قبل الارتفاع الى الحاكم فلا تبقى البينة حجة بعد ذلك لانعدام الشرط وهذا الذي اشار اليه لما قال البينة المصير لان البينة م انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة م فلا تبقى حجة م بخلاف ما بعد المرافعة ش يعني لو رده بعد سماع البينة والقضاء يقطع وبعد السماع قبل القضاء يقطع استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بشهادة بعد خصومة معتبرة م لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها قال الاترازي بحصول مقصودها الضمير راجع الى الخصومة اي بحصول المقصود من الخصومة ش لان المقصود من الخصومة استرداد المال الى المالك والشيء يتقرر بانتهائه لا انه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لانه يبطل لكن الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع وهو معنى قوله م فتبقى تقديرا ش اي تبقى الخصومة قائمة تقديرا باعتبار قيام المال م ولو رده على ولده او ذي رحم لم يكن في عيال المالك يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع اليه وان كان في عياله لا يقطع لانه لا بد في عياله كيده حكما ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بالدفع اليه ولذا لو رده على امرأته او عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة ولو دفع الى والده او جده او والدته وجدته وليسوا في عياله لا يقطع لان لهما ولاء شبهة الملك في ماله بالنص فتثبت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لان شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبد ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده لا يقطع ولو سرق من العيال ورده الى من يعولهم فالقطع لان يده عليهم فوق ايديهم في ماله م واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع ش هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير بهذه العبارة وشرحها المصنف بقوله معناه ش اي معنى ما ذكره محمد فيها وهبت له م اذا سلمت ش اي اذا سلمت السرقة اي العين المسروقة لان الهبة اذا لم يتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك م ولذا ش لا يقطع م اذا باعها المالك اياه ش اي اذا باع العين المسروقة مالكها اياه اي السارق م وقال ش اي زفر والشافعي يقطع ش وبه قال مالك واحمد م وهو رواية ش اي ما قاله زفر والشافعي رواية م عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا ش باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذا وضع المسالة في ذلك م وظهورا ش اي لان الفرض انه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها م وبهذا العارض ش وهو ثبوت الملك بالهبة والشراء م لا يتبين فيه قيام الملك وقت السرقة م لان الهبة والشراء يوجب ملكا حادثا فلا يمنع به الاستيفاء كالرد على المالك ولهذا احترز عما اقر به المالك ان المسروق كالسارق فان الاقرار يظهر ما كان على المالك ولهذا احترز عما اقر به المالك وبظهور انما كان ثابت الملك له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فاذا كان الامر كذلك تتمكن الشبهة م فيقطع م ولنا ان الامضاء من القضاء ش يعني ان استيفاء الحد من تتمة قوله اي قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالحد في هذا الباب ش اي في اثبات الحدود م لوقوع الاستغناء عنه ش اي عن القضاء بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يفيد شيئا الا بالاستيفاء م اذ القضاء ش اي لان القضاء م للاظهار ش اي ولا اظهار ههنا لان القطع حق الله تعالى وهو معنى قوله م والقطع حق الله وهو ظاهر عنده ش اي عند الله سبحانه وتعالى لا يعزب عن علمه مثقال ذرة في الارض ولا في السماء فلا حاجة الى الاظهار م واذا كان كذلك ش اي واذا كان الامضاء من القضاء م يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء ش كالشرط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كان الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ولم في الاسلام م وصار ش اي الملك الحادث كما اذا ملكها منه قبل القضاء لانه لما لم يمض فكانه لم يقض ولقائل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن في الاستيفاء تتمة من القضاء حتى اوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجود الحد وما ذاك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان شبهة بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع في درء الحد م ولذلك ش اي ولذلك لا يقطع وهو عطف على قوله فوهبت له م اذا انقصت قيمتها من النصاب ش يعني ان الاستيفاء لهذا القضاء ش اي نقصت من جنس

السعر فانه ذكر في المحيط لو كان نقصان القيمة لنقصان في العين يقطع وان كان لنقصان السعر لا يقطع
وهو قول الشافعي وزفر ش وقول مالك واحمد م اعتبارا بالنقص في العين ش يعني بان هلك درهم من العشرة او
استهلكه وهذا بنا على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة او يوم القطع عشرة دراهم فان نقص
عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك لا يمنع
في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما م ولنا ش اي وهو وجه ظاهر الرواية ان
كمال النصاب لما كان شرطا ش في الابتداء م يشترط قيامه عند الامضا لما ذكرنا ش اراد بقوله ان الامضاء
من القضاء م بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه ش اي على السارق والضمان قائم مقام العين
م فكمل النصاب عينا ش اي من حيث العين وقت الاخذ فيما اذا كان المسروق من ذوات الامثال م ودينا
ش اي من حيث الدين وقت الاستيفاء م كما اذا استهلكه كله ش اي كما اذا استهلك السارق في كل العين اما
نقصان السعر غير مضمون م فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة ش فافترقا ش افترق نقصان
السعر ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الاول م واذا ادعى السارق ان العين المسروق
ملكه سقط القطع عنه ش اي عن السارق م وان لم تقم بينة ش واصل ما قبله وهو رد قول الشافعي
تذكره فيما كان المسروق من ذوات الامثال وهو لفظ القدوري وفسره المص بقوله م معناه ش اي معنى
كلام القدوري م بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة م انما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار
بالسرقة فانه يسقط بالقطع بالاتفاق م وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى ش وفي المغني لابن قدامة
في كتب اصحاب الشافعي رحمه الله يحلف المسروق منه فان نكل لا قطع عليه بالاجماع م وان حلف لا يقطع ايضا
وقال بعض اصحابه فيه وجهان فيلزم ان يقطع وبه قال احمد في رواية لان سقوط القطع بمجرد دعواه يودي الى
سد باب القطع اذ كل سارق لا يعجز عن هذا وعن احمد رواية اخرى انه اذا كان السارق معروفا بالسرقة يقطع
ثم يعلم كذبه بدلالة الحال واولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال الصدق
م لانه لا يعجز عن ذلك ش اي عن قوله انها ملكه م فيودي الى سد باب الحد ش وسمي الحد م وتحقق ش اي الشبهة
بمجرد الدعوى للاحتمال ش اي لاحتمال دعواه الصدق م وسمى الشافعي هذا السارق ظريفا لان اكثر السراق لا
يعلمون هذا م ولنا ان الشبهة دارئة ش بما قال ش اي الشافعي لا يعجز عنه سارق م بدليل صحة الرجوع بعد
الاقرار ش اي بالسرقة مع انه لا يعجز عنه سارق وما من مقر الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك سببا وكان
ذلك معتبرا في ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف
ولا يلزم ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور
بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه وانما النسبة الى المقر فيهما سواء م واذا اقر رجلان بسرقة
ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا ش سواء ادعى قبل القضاء او بعد قبل الامضاء وعند الائمة لم يعتبر دعواه بعد القضاء
م لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فيكون
فعلا واحدا فاذا سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفة الآخر وهو
م قولهما ش وبه قالت الثلاثة م وكان م ابي حنيفة م يقول اولا لا يقطع لانه ش اي لان الغائب لو حضر ربما
يدعي الشبهة ش وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الاخر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز
م وجه قوله الاخر ش اي على ابي حنيفة الاخر م ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب م لان القضاء على
الغائب لا يجوز م فيبقى معدوما ش اي يبقى فعل السرقة م والمعدوم لا يورث الشبهة م في حق الموجود وهذا
الشبهة هي الحقيقة لوجود الا الموهومة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة لانه لو اعتبر للزم اعتبار شبهة الشبهة
الشبهة وهي محيطة غير جائز الاعتبار م على ما مر ش اشارة الى قوله ولا يعتبر بتوهم ذلك لشبهة موهومة الاقرار
م واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها م يعني قائمة بعينها م فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى م وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد
م وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى م وحكي عن الطحاوي رحمه الله وبه قال سمعت استاذي ابا عمران
يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف ما
اخذ به ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه م ومعناه اذا كذبه المولى ش اي معنى قول محمد
والعشرة للمولى اذا كذبه المولى بان قال المولى مالي فالعشرة لي ولا يقطع العبد م ولو اقر ش اي العبد المحجور

مالا مستهلكا قطعت يده م واجمعا مع ابي حنيفة علمائنا الثلاثة قال تاج الشريعة لان الاقرار بسرقة مال مستهلك
مستهلك اقرار بحد منفرد والاقرار بحد منفرد صحيح من العبد المحجور عليه عند علمائنا الثلاثة كما لو اقر او شرب
الخمر ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين ش اي فيما اذا كان المال قائما او مستهلكا م وقال زفر لا
يقطع في الوجوه كلها ش اي فيما اذا كان العبد محجورا او مأذونا والمال او هالك لان الاصل عنده اي عند
زفر اي اقرار العبد على نفسه م مأذونا كان او محجورا ش بالحدود والقصاص لا يصح لانه ش اي لان اقراره م يرد
على نفسه ش يعني في القصاص م وطرفه ش يعني في الحدود م وكل ذلك ش اي طرفه ونفسه م للمولى والاقرار على
الغير غير مقبول ش الا ترى انه لو اقر برقبته للغير وكان اقراره باطلا م الا ان المأذون له يواخذ بالضمان م انه
كان مستهلكا م والمال ش اي يواخذ بالمال ان كان قائما م لصحة اقراره به لكونه ش اي لكون المأذون له م
مسلطا عليه في جهته ش اي لكونه مسلطا على الاقرار من جهة المولى م والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا
ش اي كما لا يصح في النفس ايضا ونحن نقول يصح م اقراره من حيث انه ادمي مخاطب لا من حيث انه مال ادمي م
تعدى الى المالية فيصح انه مال ش يعني لما صح اقراره من حيث انه ادمي صح من حيث انه مال ايضا بالسراية
لانها لا ادمية لا تنفك عن ماليته فالسراية من حيث انه مال تبعا وقد ثبت الشيء تبعا ولا يثبت قصدا ولانه
لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ش اي على العبد لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة
منه فوق ما يلحق المولى م ومثله اي ومثل ما كان ضررا لاقرار فيه سار الى المقر والى الغير م مقبول على الغير
ش ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال
رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في ساير المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم
كالملزم غيره ولذلك الحر المديون واذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون
الغرماء م ولمحمد في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا ش اي ولاجل بطلان اقرار المحجور عليه بالمال م لا يصح
منه الاقرار بالغصب م فلذا لا يصح اقراره بالسرقة فاذا لم يصح اقراره في حق المالية م فيبقى مال المولى على
ملكه م ولا قطع على عبد في سرقته ش اي من سرقة مال حكم به لسيده لان كون المال مملوكا لغير السارق غير
مولاه شرط وجوب القطع م يويده ش اي يويد ما ذكره محمد وهذا اشارة الى ان لكل واحد من اصحابنا الثلاثة
اصلا فابو حنيفة يقول القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم وبدليل انه قال لا ابغي المال ولا ابغي
القطع لم تسقط القطع وابو يوسف يقول كل منهما الاصل اما اصالة القطع فبما قالوا في الحر اذا اقر وقال ثم
سرقت هذا المال من زيد وهو في غيره ولكنه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال واما اصالة المال فلانه
اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا ان المال اصل لوجب القطع بدونها لانه محض
حق الله تعالى وهو يستوفي بلا طلب ومحمد يقول المال اصل والقطع تبع وهو معنى قول المصنف م ان المال اصل فيها
فيها ش اي في السرقة م والقطع تابع منه دون القطع م ويثبت المال دونه ش اي دون القطع كما اذا شهد
رجل وامرأتان بالمال م لا تسمع ش اي الخصومة م ولا يثبت ش اي المال م واذا بطل ش اي الاقرار فيما
الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا م لصحة الاقرار بالمال ش ولابي يوسف انه اي قوله فيصح اي اقرار
في حق القطع م وبالمال ش اي واقر بالمال م وهو ش اي الاقرار بالمال م على المولى ش اي بدون المال م
كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر ش
لصحة اقراره م وان كان ش واصل بما قبله اي وان كان العبد م لا يصدق لاما لا يقبل اقراره في تعيين
هذا المال فيبقى المسروق مستهلكا م ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه م اي من العبد ش لما بينا
اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي م فيصح ش اي اقراره م بالمال عليه ش اي على اقرار الا
قرار بالقطع انما مهد بناه من اصله فيما مضى لان الاقرار بلا في حالة البقا ش اي بقا السرقة لان الاقرار
بالتي الجهاد امر قد كان فلا بد من وجود المخبر قبل الاقرار الا ترى ان اقرار احد الزوجين بالنكاح صحيح
من غير شهادة م والمال في حالة البقا تابع للقطع حتى تسقط م بالرفع لان حتى بمعنى الغاية عصمة المال باعتباره
ش اي باعتبار القطع م ويستوفي القطع بعد استهلاكه ش اي استهلاك المال فلو ابطلنا اقراره في حق القطع
باعتبار المال جعلنا المال في البقاء اصلا وهذا باطل لذا في جامع البرهاني م وفي بعض الشروح وقوله
باعتباره اي باعتبار القطع كما يجي من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق
السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصود به انما يكون

العلوم ولذلك استيفا القطع بعد استهلاك القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للمال
مع عدم وجود الاصل م بخلاف مسالة اخرى جواب عما استشهد به ابو يوسف بقوله كما اذا قال الحرام
الذي في زيد في اخره بيانه ان هذه المسالة ليست نظير تلك المسالة لانه ليس من ضرورة كونه سرقة
عن تخص كونه مالا لجواز ان يكون ههنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون المال مال المولى
حينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا يقطع يده وهو معنى قوله م اما لا يجب لسرقة
العبد مال المولى فافترقا ش اي القطع م ان يكون العبد ماذونا له او محجورا عليه والمال قايم بنفسه او مستهلكا
والمولى يكذبه او يصدقه فاذا صدقه المولى يقطع في هذه الفصول كلها لزوال المانع من القطع ووجود المقتضي
واذا قطع السارق والعين قايمة ش اي والحال ان العين موجودة م ردت على صاحبها لبقايها ش اي
العين على ملكه ش اي على مالك المسروق منه م وان كانت ش اي العين م مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل
رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ش يعني يتناول الاطلاق الهلاك والاستهلاك رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة الاول الحسن
عن ابي حنيفة انه ش اي الضمان يجب بالاستهلاك دون الهلاك يعني قوله وان كانت هالكة يشمل الهلاك والا
ستهلاك لانه لم يجب الضمان في الاستهلاك ففي الهلاك اولى ش اراد به اطلاق القدوري في مختصره بقوله
وان كانت هالكة وقال الشافعي يضمنها ش اي في الهلاك والاستهلاك م لانهما ش اي القطع والضمان م حقان قد
اختلف سبباهما فلا يتمانعان ش اي لا يمنع احدهما بالاخر وبين اختلاف السببين بقوله م فالقطع حق الشرع
وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال ش اي في اختلاف اهل العلم ان المال اذا كان
قايما رده على مالكه وكذا لو باعه السارق او وهبه ياخذ من المشتري والموهوب له ويبطل البيع والهبة الخ
واختلفوا في التالفة فقال الشافعي واحمد وابو ثور ويجب على السارق رد قيمتها او مثلها ان كان مثليا وهو قول
ابراهيم النخعي وحماد والحسن البصري واسحاق والليث ابن سعد وقال علماؤنا والثوري لا يجتمع الضمان
مع القطع ولو ضمنه المالك قبل القطع وان قطعه سقط الضمان وهو قول عطاء ومحمد ابن سيرين وابن شبرمة وعامر
الشعبي ومكحول وقال مالك ان كان السارق معسرا لا ضمان عليه وان كان موسرا يضمن نظرا للجانبين م فصار
اي حكم هذا الوجه المذكور م اي استهلاك صيد مملوك في الحرم ش يعني من حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمته اخرى جزاء
ارتكاب المحظور لله تعالى م او شرب خمر مملوكة لذمي ش يعني على اصلكم كان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عند الشافعي
وان كان لذمي وعندنا يجب قيمته ويحد م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م لا غرم على
السارق بعد ما قطعت يمينه ؛ هذا الحديث غريب بهذا اللفظ بمعناه ما اخرجه النسائي في سننه عن حسان ابن
عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس ابن يزيد عن سعيد ابن ابراهيم عن المسور بن ابراهيم ابن عبد الرحمن ابن
عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد انتهى قال النسائي هذا مرسل
وليس بثابت م واخرجه الدارقطني في سننه بلفظ لا غرم على السارق بعد قطع يمينه م قال والمسور ابن ابراهيم
لم يدرك عبد الرحمن ابن عوف فان صح اسناده فهو مرسل وسعد ابن ابراهيم مجهول ورواه البزار في مسنده بلفظ
لا يضمن السارق في سرقته بعد اقامة الحد قال والمسور ابن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه
ورواه الطبراني في الاوسط قال الا رازي عن عبد الرحمن ابن عوف الا بهذا الاسناد وهو غير متصل لان المسور
لم يسمع من جده عبد الرحمن وقال ابن ابي حاتم في كتاب العلل سالت ابي عن هذا الحديث فقال هو حديث منكر
مسور لم يلق عبد الرحمن وقد طول الاكمل ههنا كلاما ولم يتعرض لبيان حال الحديث وقال الكاكي وذكر ابن قدامة
في المغني عن ابن المنذر سعد ابن ابراهيم مجهول وقال ابن عبد الله الحديث ليس بقوي قلنا ليس كذلك قال الزهري
مروي عن سعد ابن ابراهيم هذا الحديث نقله عبد الباقي وقال عبد الباقي هذا صحيح وقول ابن قدامة ليس اجرة القاطع
عليه قلنا اطلاق الغرم على اجرة القاطع خلاف الظاهر مع انه نكرة في موضع النفي انتهى قلت
روى ابن جرير الطبري هذا الحديث في تهذيب الاثار موصولا فقال حدثنا احمد ابن الحسن الترمذي ثنا سعد ابن
كثير ابن عفير ثنا المفضل ابن فضالة عن يونس ابن يزيد عن سعد ابن ابراهيم حدثني اخو المسور بن ابراهيم عن ابيه
عن عبد الرحمن ابن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا اقيم الحد على السارق فلا غرم عليه واخرجه
ابو عمر ابن عبد العزيز ابن عبد البر من طريق ابن جرير وهذا المسور وابوه على شرط البخاري وابوه ذكره ابن حبان
في ثقات التابعين ثم قال ابن جرير ما حاصله فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه
فيه البيان عن صحة قول من لم يضمن السارق بعد الحد وفساد من لم يضمنه ثم حكى عدم الضمان والتضمين عن ابن سيرين الخ

والنخعي

والشعبي والنخعي وعطا ابو الحسن وقتادة وعليهم مع الاثر القياس على اجماعهم على ان اهل العدل اذا
ظهروا على الخوارج لم يغرموا ما استهلكوه ولذا قطاع الطريق ولو كان السارق في التضمين كالغاصب لغرم
لواجب الضمان على هؤلاء لتعديهم وظلمهم قال وهذا هو الصواب لقوله تعالى فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا
فلم يامر بالتغريم ولو كان لازما لعرفهم به كما عرفهم بالقطع م ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه
ش اي لان السارق تملك المسروق م باداء الضمان ش حال كونه م مستندا الى وقت القطع الى وقت الاخذ ش
اي اخذ السرقة م فتبين انه ش اي ان الاخذ م ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي ش اي والشي الذي يؤدي
م الى انتفايه ش اي الى انتفاء القطع المشروع م فهو المنتفي ش لان انتفاء اللازم دال على انتفاء الملزوم وانتفاء
اللزوم م ولان المحل ش اي المال ش لا يبقى معصوما قبل القطع حال كونه حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا
في نفسه ش اي انه لو كان مباحا في نفسه لانه عرف بالاستيفاء ما هو حرام م فينتفي القطع في الشبهة اي لشبهة
انه مباحا في نفسه حاصله ان الشبهة هو ان يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه وحينئذ يبدو الحديث
وما لم يكن معصوما حقا للعبد م فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه ش اي في المحرم حقا للشرع الا
العصمة ش جواب سؤال تقريره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب
ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روي الحسن عن ابي حنيفة وجوب الضمان فيه كما مر عن قريب وتقرير
الجواب ان يقال ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه ش اي لان الاستهلاك م فعل اخر غير
السرقة ولا ضرورة في حقه وهو عدم وجوب الضمان والاستهلاك كما في الهلاك م ان الاستهلاك ش
اتمام المقصود ش بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض مصالحه فكان تتمة السبب الا انه
فعل اخر فيعتبر الشبهة فيه م لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب م ولذا يظهر سقوط العصمة في حق
الضمان م في فصل الاستهلاك م لانه ش الا ان سقوط العصمة من ضرورة سقوطها في فصل الهلاك م لانتفا
المماثلة بين المال المسروق وبين الضمان لان الضمان مال معصوم حقا للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك
والمال المسروق معصوم حقا لله في حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفت المماثلة يبقى الضمان لانه ضمان العدوان
مشروط بالمماثلة بالنص ولهذا لا يجب الضمان عندنا بمقابلة استهلاك المنافع بالغصب لانتفاء المماثلة م ومن
سرق سرقات فقطع في احداها ش اي في احدى السرقات م يعني لاجل واحدة منهن م فهو ش اي القطع واقع
لجميعها بالاتفاق لان القطع يتداخل بالاجماع وبه قالت الائمة الثلاثة م ولا يضمن شيئا اي لارباب السرقات
عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن كلها ش اي كل السرقات م الا التي الا السرقة التي قطع لها ومعنى المسالة اذا
حضر احدهم ش اي احد ارباب السرقات وادعى السرقة م فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن
شيئا بالاتفاق في السرقات كلها م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان الحاضر ليس بنايب عن الغايب م حتى يجعل خصو
خصومتهم م ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة عن الغايبين فلم يقع القطع لها ش اي للسرقة
كلها اذا لم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة ش والمال المعصوم مال لا محالة م وله ش اي ولابي حنيفة
ان الواجب بالكل ش اي بكل السرقات قطع واحد حقا لله تعالى وكل ما كان كذلك يتداخل م لان معنى الحد
على التداخل والخصومة شرط لظهور عند القاضي م وقد وجدت لذا ايضا بالنسبة الى الجميع قال تاج
الشريعة والشروط تراعي حدوث فراعي وجودها قصدا وبهذا يصح الاعتكاف بصوم رمضان
والصلاة بالوضوء لدخول المسجد م اما الوجوب ش اي وجوب القطع م بالجناية ش على الملك م فاذا استوفى ش
يعني ذلك القطع الواحد م فالمستوفي كل الواجب م الا ترى انه يرجع بالنفقة وهو الارتداد ش اي الكل فيقع عن
الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربوا على الثابت والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولذا لو ابراه لوا حذ
عن ضمان الكل نصا لم يبرا فكيف يبرا اذا ثبت ضمنا اجيب بانه لم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا لبيع الشرب
دون المنقول لو جمعنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعا وهو ثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان فانه
قبل القطع في حق الكل بالاجماع تبعا وهو ثابت في ضمنه فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم بازا الكل لا في
لا يصح البدل من واحد من الكل قلنا بدل الكل بالمال لسقوط عصمته ان شرعي ثبت بناء على استيفاء القطع لا بالا
العبد الا ترى ان يستوفي بخصومة من يملك البدل ومن لا يملك البدل كالوصي والاب م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلا
المذكور بين ابي حنيفة وصاحبيه م اذا كان النصب بضم النون والصاد جمع نصاب م كلها لواحد مخاصم في البعض
ش اي في بعض النصب يعني لو سرق السارق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك تعند

ابي حنيفة لا يضمن النقصان الباقية وعند ابي يوسف ومحمد يضمن فانهم والله اعلم

وبه التوفيق والاعانة

م باب ما يحدث السارق في السرقة ش

ش اي هذا باب في بيان حكم ما يحدث السارق في العين التي سرقها ويحدث بضم الياء من الاحداث م ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين وهو يساوي عشرة دراهم قطع ش قيد بقوله في الدار لانه لو شقه خارج الدار يقطع بالاجماع بلغت قيمته نصابا او لا ولا خلاف فيه للائمة الثلاثة ولهذا لو بلغت قيمته نصابا بعد الشق في البيت وقيد بقوله وهو اي الثوب عشرة بعد الشق لانه لم يساوي عشرة بعد الشق يجب القطع بالاتفاق م وعند ابي يوسف لا يقطع لان له سبب الملك وهو الخرق الفاحش وهو الخرق طولا فانه خرق فاحش م فانه ش اي فان الخرق الفاحش يوجب القيمة المخروق ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره السارق م فصار ش اي حكم هذا م كالمشتري ش بكسر الراء م اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع م ثم فسخ البائع البيع فانه يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م ان الاخذ ش اي هذا الاخذ الذي فيه الخرق الفاحش اللام للعهد بدليل قوله كما تقدم ومثله لا يورث الشبهة لنفس الاخذ م وضع سببا للضمان للملك ش يعني لا لسلوانه اي ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعروف ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك م وانما الملك له ضرورة اذ الضمان في لا يجتمع البدلان م في ملك واحد ش هما البدلان والمبدل م ومثله ش اي ومثل الاخذ الذي هو سبب للضمان م لا يورث الشبهة م لانه ليس بموضوع للملك ش لنفس الاخذ م فانه يحمل ان يصير سببا الضمان ومع هذا فلم يعتبر شبهة م وكما اذا سرق البائع نصيبا باعه ش ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق م بخلاف ما ذكر ش اي ابو يوسف م لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف م الذي بين ابو يوسف وصاحبيه م فيما اذا اختار ش اي المالك تضمين النقصان واخذ الثوب م لا يقال ان الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يقطع في القطع لانا نقول ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهو ما فات في العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب واورد على هذا الجواب لا استهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا وجه ذلك وذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع للثاني بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشيء اخر فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة اذا وهب له بعد تمام السرقة سقط القطع فانه لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى م فاورث شبهة ش دارئة للحد م وهذا كله ش اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات م اذا كان النقصان فاحشا ش والفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة وهو الصحيح وقال التمرتاشي وروي في حد الاتلاف ان لا يكون النقصان الربع بعد القيمة وقيل النقصان الفاحش ان ينقص بالخرق ربع القيمة فصاعدا وما دونه يسير وهو ما لا يصلح الثاني البرّ فهو فاحش وما يصلح يسير م وان كان ش اي النقصان م يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار التضمين كل القيمة م بل يضمن قيمة النقصان ش وان سرق شاة فذبحها م في الحرز ثم اخرجها لم يقطع وان كانت قيمة المذبوح عشرة دراهم م لان السرقة قد تمت على اللحم ولا قطع فيه ش اي في اللحم م ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع م وهو صنعه ش الذهب والفضة لا لفاحلة تعليقه ونعت صنعة الملك للنكرة وجواب المسألة وهو قوله قطع فيه نظر م اي ما يبلغ قيمته عشرة دراهم م فصيغه عشرة دراهم او دنانير قطع فيه ورد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة ش اي القطع عنده وبه قالت الائمة الثلاثة م وقالا اي ابو يوسف ومحمد م لا سبيل الى المسروق منه عليها ش اي على الدراهم والدنانير في نحو شيء عليها وهو الاصح م واصله ش اي واصل الخلاف م في الغصب ش اي في هذه الصنعة يقطع حق المالك في الغصب عنده خلافا لهما فكذا في السرقة م يعني لا بد من صيغة شيء عليها وهو الاحسن م واصله ش اي اصل الخلاف في ذلك م وقيل على قولهما لانه يجب القطع ويعلم يجب لانه صار بالصنعة ايضا شيئا اخر فلم يملك عينه ش اي عين المسروق وفي بعض النسخ اي عين الذهب والفضة وانما لم يملك باعتبار الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة م وان سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن ش اي فيه قيمة الثوب م وهذا ش اي عدم احد الثوب

وتقدر الضمان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه ش اي الثوب م ويعطى ش اي السارق م ما زاد الصبغ فيه ش اي في الثوب م اعتبارا بالغصب ش اي قياسا عليه م والجامع بين المقيس والمقيس عليه م لون الثوب اصل قائما ولون الصبغ تابعا ش وبه قالت الائمة الثلاثة م ولهما ش اي ولابي يوسف ومحمد ولابي حنيفة ان الصبغ قائم صورة ومعنى ش اما صورة فظاهر م واما معنى فرجحت القيمة ش حتى لو اراد ش اي المالك م اخذه اي اخذ الثوب كان لونه مصبوغا ويضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة ومعنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك والاستهلاك م او الاستهلاك ش فرجحنا جانب السارق م لان مراعاة ما هو قائم صورة ومعنى فرجح سارق حول السارق اولا لو جود كالموهوب له اذا صبغ الثوب احمر القطع حق الواهب م بخلاف الغصب لان حق كل واحد م من المالك والغاصب ش قائم صورة ومعنى فاستويا م اي فاستوى المالك من هذا الوجه ش من حيث ان حق كل منهما قائم صورة ومعنى م فلم يمكن الترجيح بالوجود فرجحنا بالبقاء وهو ان الثوب اصل قائم والصبغ تابع وهو معنى قوله م فرجحنا جانب المالك بما ذكرناه ش اشارة الى قوله والجامع لون الثوب اصلا قائما ولون الصبغ تابعا م ولو صبغه اسود ش اي ولو سرق السارق الثوب وصبغه اسود ش اي الثوب م منه اي من السارق م في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء ش يعني ان الحكم في الصبغ الاسود والاحمر سواء عنده لان الاسود منهما زيادة عنده كالحمرة م فلم يوجد الثوب من السارق م وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق الحامل المالك م لما مر من الصبغ تابع وعند ابي يوسف السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك فلم يكن حق السارق فيه قائما معنى فاستويا فرجح جانب المالك كما قلنا قال في المختلف هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فان الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما

م باب قطع الطريق

ش اي هذا باب في بيان حكم قطع الطريق قدم السرقة الصغرى على الكبرى لان الترقي يكون من الاصغر ولان الصغرى اكثر وقوعا من الكبرى م واما كون قطع الطريق سرقة فلانه قاطع الطريق يأخذ المال خفية عن عين الامام الذي عليه حفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته م واما كونه كبرى فلان ضرره يعم عامة المسلمين حين يقطع عليهم الطريق بزوال الامن ولا موجبه اغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف من حيث القتل والصلب م واعلم ولان موجبه ان لقطع شرائط الاول ان يكون لهم شوكة قوة بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم وقطعوا الطريق سواء كان بالسلاح او بالعصي الكبير والحجر وغيرها والثاني ان يكون خارج المصر بعيدا عنه وفي شرح الطحاوي ان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر وعن ابي يوسف ولو كان اقل مسيرة سفر فحكمه حكم مسيرة سفر اما في المصر او في قرية او بين قريتين لا يكون قطع الطريق خلافا لابي يوسف والشافعي ومالك واحمد توقف في ذلك وفي الحلية عن مالك في المصر روايتان والثالث ان يكون في دار الاسلام ٥ والرابع ان يكون الماخوذ قدر النصاب وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وابو ثور وابن المنذر لا يعتبر النصاب لعموم الاية ولنا قوله عليه السلام لا قطع في اقل من عشرة دراهم وربع دينار ولم يفصل ٥ والخامس ان يكون القطاع كلهم اجانب في حق اصحاب الاموال حتى اذا كان فيهم ذا رحم محرم منهم او صبيا او نحو لا يجب القطع خلافا لابي يوسف والثلاثة واذا كانت فيهم امراة ففيه روايتان في رواية يقطع وبه قالت الثلاثة والاصح انها لا تقطع والسادس اذا اخذوا قبل التوبة حتى اذا اخذوا بعد التوبة ورد المال وسقط عنهم الحد لا خلاف فيه ولكن يسقط القصاص وضمان المال والقائم والهالك م واذا خرج جماعة ش هذا لفظ القدوري الى قوله فعلم حتما واطلق اسم الجماعة لتناول المسلم والذمي والحر والعبد وقوله م ممتنعين ش نصب على الحال من الجماعة والعين خرج عن طاعة الامام كانوا ممتنعين والمراد من الامتناع ان يكونوا بحيث يمكنهم ان يدفعوا عن انفسهم بقوتهم وشجاعتهم تعرض الغير م او واحد ش اي او خرج واحد يقدر على الامتناع بنفسه وقوله فقصدوا قطع الطريق على المارة والمسافرين م واخذوا على صيغة المجهول يعني اخذهم الامام م قبل ان ياخذوا م اي قطاع الطريق مالا ولا قتلوا نفسا ش اي وقبل ان يقتلوا نفسا من المارة حبسهم الامام جواب عن قوله م واذا خرج وهذه حالتهم الاولى فان فيها حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة ش وهو المراد بالنفي المذكور بقوله او ينفوا من الارض وهو في قوله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية على ما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى م وان اخذوا مال مسلم هذه حالتهم الثانية ش او ذمي ش اي او مال

والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا ش اي اكثر من عشرة والقضاية على الراوي
بعهدة من له يد في الاعراب م او ما يبلغ قيمته ذلك ش اي او اخذ شيا من المتاع يبلغ قيمته عشرة دراهم وقال الحسن
ابن زياد عشرون لانه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط نصابان م قطع الامام م جواب قوله وان اخذوا
مال مسلم م ايديهم وارجلهم من خلاف يقطع اليمين من الايدي واليسار من الرجل م وان قتلوا ش هذه حالتهم الثالثة
ولم ياخذ واما لا قتلهم حدا ش اي قتلهم الامام من حيث الحد لا قصاصا حتى اذا عفى الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم
وذلك لان الحد حق الله تعالى ولا اثر لعفو العبد في حقه تعالى الله وليس للامام ايضا ان يعفو لما روي ان النبي صلى الله عليه
ولا اثر لعفو العبد تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا ارتفعت الى الامام فلا عفى الله عنه ذكر الاترازي هذا الحديث ولم
ينسبه الى احد من الصحابة ولا الى المخرج معتبر م والاصل فيه ش اي في حد قطاع الطريق م قوله تعالى انما جزاء الذين
يحاربون الله ورسوله الاية ش اي الى اخر الاية م والمراد منه ش اي من قوله تعالى هذا ش اي التقسيم على الاحوال
ش اي احوال المحاربين واشار بهذا الى ان كلمة او في الاية للتفصيل والتقسيم على حسب اختلاف الجناية لا للتخيير كما
قال مالك فانه قال الامام اذا راى القاطع جلدا ذا راي قتله وان كان جلدا لا راي له قطعه الا ... على ان او
للتوزيع وبه قال الشافعي والليث واسحاق وحماد وقتادة وابو مجلز ولاحق بن حميد واصحاب احمد ومثل هذا روي
عن ابن عباس وقال سعيد ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن البصري والضحاك وابراهيم النخعي وابو ثور وداود
الامام مخير فيه لظاهر النص وعن ابن عباس ما كان في القران او فصاحبه بالخيار وقوله يحاربون الله المراد
محاربة الله ومحاربة اوليائه وهم المومنون على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او لما كانوا محاربين
الله تعالى ساعين في الارض بالفساد صاروا كانهم محاربين لله تعالى فاطلاق اسم المحاربة لله تعالى اتساعا وقد ذكرنا ان هذه
الاية نزلت في قطاع الطريق وقيل نزلت في العرنيين ولم يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم سمل اعينهم وليس في
ذلك وقيل في المرتدين فلم يصح ايضا لان الاية ناطقة بالقتل عند التجارات والسعي في الارض بالفساد وليس
ذلك في المرتد لان القتل يسقط عنهم بالنص بالتوبة قبل القدرة عليهم ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقا م وهي
الاحوال م اربعة هذه الثلاثة المذكورة وهي علمت من قبل م ورابعة ش اي حالة رابعة م نذكرها ش اي عن قريب
قوله والرابعة اذا قتلوا الى اخره والاحوال اربعة الاجزية لذلك لذا في الكافي وذكر التمرتاشي م والاحوال خمسة
لا غير وهنا غير زاد في التمرتاشي وحبسوا حتى يتوبوا والثانية اخذ المال فهنا اذا تابوا قبل الاخذ سقط الحد وضمنوا
المال قائما وهالكا ولو اخذوا قبل التوبة قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف وردوا المال القائم ولم يضمنوا الهالك
عندنا خلافا للثلاثة والثالثة جرحوا لا غير وفي القصاص وفيما يجري فيه القصاص والارش فيما لا يجري الا
الى صاحب الحق والرابعة اخذوا المال وجرحوا القطع من خلاف وبطل حكم الجراحات عندنا خلافا للائمة الثلاثة
والخامسة اخذ المال وقتلوا او قتل احدهم رجلا بسلاح او غيره فالامام مخير على ما ذكره في المتن م ولان الجناية
تتفاوت على الاحوال ش اي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق م فاللائق تغلظ الحكم ش اي الجزاء م بتغلظها
ش اي تغلظ الجناية لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف او بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة
م اما الحبس في الاولى ش اي في الحالة الاولى م فلانه ش اي فلان الحبس هو المراد بالنفي المذكور في الاية الكريمة
م لانه ش اي لان الحبس نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها م وعند الشافعي ينفى من بلد الى بلد لا يزال يطلبه
وهو تغاير قولهم م وقال النخعي وقتاده وعطاء واحمد النفي تشريدهم عن الامصار لان النفي يستعمل في الطرد
والابعاد وروي نحو هذا عن الحسن والزهري وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه ينفى من بلده الى بلد غيره وبه قالت
طائفة من اهل العلم م وما قلناه اولى لان تشريدهم بدون الحبس اخراج لهم الى مكان يقطعون الطريق ويوذون
الناس وظاهر الاية يدل على النفي من وجه الارض ولا يمكن ان ينفى من جميع وجه الارض لان ذا لا يتحقق ما دام حيا
والمراد عن بعضها وبه ذلك وهو وبه لا يحصل المقصود وهو اذاه عن الناس وان كان في دار الاسلام الى دار
الحرب ففيه تعريضه على الردة ومصيرونه حربا فعلم ان المراد نفيه عن جميع وجه الارض لدفع شره ولا يمكن
هذا الا بالحبس لان المحبوس يسمى خارجا من الدنيا ش وقال صالح بن عبد القدوس شعر

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها ** فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة ** عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

لمباشرتهم منكر الاخافة ش لا خافة مصدر من اخاف يخيف اخافة وانه منكر لا حد فيه فيجب في مثله الحبس والتعزير

م وشرط القدرة على الامتناع ش اي شرط القدرة قدرة قطاع الطريق على كونهم ممتنعين م
لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة ش لانه اذا لم يكن لهم منعة وقوة على قطع الطريق لا يسمون قطاع الطريق
بل هم لصوص مداراون يترقبون الغفلة عن الناس لياخذوا اشياء م والحالة الثانية كما بيناها ش اي كما بينا حكمها من
قطع ايديهم وارجلهم من خلاف م لما تلوناه ش وهي الاية المذكورة م وشرط ش اي القدوري م ان يكون للماخوذ
مال المسلم او الذمي ليكون العصمة مؤبدة م وليس شابيد لعصمة الا في المسلم والذمي م ولهذا ش اي ولكون الشرط
في المال الماخوذ ان يكون من المسلم او الذمي حتى لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع لان ماله غير معصوم
على وجه التابيد م وشرط ش اي القدوري م كمال النصاب في حق كل واحد م وبه قال الشافعي واحمد وعند مالك
لا يشترط النصاب كما لا يشترط الحرز وبه قال ابن المنذر وابو ثور وعن الشافعي في قول كقول مالك وفي شرح
الوجيز فالمذهب هو الاول م كيلا تستباح طرفه ش اي طرف قاطع الطريق م الا بتناوله ما له خطر ش اي قدر
وقيمة م والمراد ش اي من قوله تعالى ان تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف م قطع اليمنى والرجل اليسرى م ولا خلاف
لاهل العلم فيه لان هذه الجناية لتفاحشها صارت كالسرقتين والحكم في السرقتين هكذا فان قيل ينبغي ان يكون
نصاب كل احد عشرين لانه كالسرقتين قلنا تغلظ هنا الحد باعتبار تغلظ فعلهم بمحاربة الله تعالى ورسوله لا بكثرة
المال م كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة م ولهذا اذا كانت يده اليسرى شلا او مقطوعة لا تقطع يده
اليمنى لان فيه تفويت جنس المنفعة وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي في اليد الشلاء في قطعها روايتان كما
في السارق ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى
مقطوعة قطعت يده اليمنى فقط ولا خلاف فيه م والحالة الثالثة كما بينا ش هي قوله وان قتلوا ولم ياخذوا مالا
م لما تلونا ش من حيث الاية الكريمة م ويقتلون حدا ش يعني في هذه الحالة يقتل قطاع الطريق من حيث الحد حتى
لو عفى الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع ش اي لان الحد حق الشرع فلا مدخل له وعليه اجمع اهل العلم
م والرابعة ش اي الحالة الرابعة م اذا قتلوا واخذوا المال م فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم
وصلبهم وان شاء قتلهم يعني من غير قطع م وان شاء صلبهم م وفي جامع البزدوي او صلبهم وان شاء قتلهم من غير قطع
وان شاء صلبهم وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال احمد في رواية وهو قول زفر ايضا وقال ابي يوسف لانه
من القتل م وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع لانه ش اي لان قطع الطريق جنايته واحدة م وهي قطع الطريق
فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ش فان السارق اذا زنى وهو
محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله م وفي عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير ابي يوسف
مع محمد م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذه عقوبة واحدة م من حيث انها قطع الطريق لكنها تغلظت
لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي ش اي على النهاية م بالقتل واخذ المال ولهذا ش اي ولكونه عقوبة واحدة
م كان قطع اليد والرجل في الكبرى ش اي في السرقة الكبرى وهو قطع الطريق م حدا واحدا وان كان في الصغرى
حدين والتداخل في الحدود ش انما يكون في الحدود لا في حد واحد وهنا القطع والقتل حد واحد فلا يتداخلان
م لو كانا حدا واحدا لم يجز للقاضي ان يقتصر على القتل قلت انما جاز ذلك لان الترتيب ليس بواجب
بين القطع والقتل فاذا ابتدأ بالقتل سقط القطع لعدم فائدته كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات بين انهما
يعني لانه لا فائدة في اتمامه م ثم ذكر ش اي القدوري م في الكتاب ش اي في مختصره م التخيير بين الصلب وتركه
ش وهو قوله وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم م وهو ظاهر الرواية م وعن ابي يوسف انه ش اي الامام لا يتركه
ش اي لا يترك الصلب م لانه ش اي لان الصلب منصوص عليه ش وهو قوله تعالى او يصلبوا م والمقصود التشهير
ليعتبر به غيره م وبه قال الشافعي واحمد ش ونحن نقول اصل التشهير بالقتل م اي يحصل بالقتل ش والمبالغة في الصلب
التشهير بالقتل اي يحصل بالقتل ش والمبالغة في الصلب فيخير فيه ش اي فيخير الامام في الصلب م ثم قال
ش اي القدوري م ويصلب حيا ش اي يصلب قاطع الطريق حال كونه حيا م ويبعج بطنه ش اي يشق من باب
فعل يفعل بالفتح فيهما يقال بعج الارض شقها ومثل قول القدوري حكى الكرخي عن ابي يوسف وروي عن ابي يوسف
انه قال يصلب وهو حي ويطعن في لبته حتى يموت ومرة قال يجب بيده الايسر ويخضخض حتى يموت لذا ذكره
ابو الليث في شرح الجامع الصغير م برمح ش يتعلق بقوله ويبعج ويلازم التبعج م الى ان يموت ش ومثله عن الكرخي
م اي ومثل ما روي عن ابي يوسف روي عن الحسن ابي الربيع الكرخي م وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا
عن المثلة ش اي احترازا عنه م لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة وبه قال الشافعي واحمد وبه اقوال

م وجه الاول ش اراد يصلب حيا م وهو الاصح ش ان الاول هو الاصح م اى الصلب على هذا الوجه ابلغ فى الردع
ش اى الزجر به م اى بالصلب م ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها ش اى بعد ثلاثة ايام م فيتاذى الناس به
ش وبه قال الشافعى فى الاصح وعن احمد انه يوقت فى الصلب وقال اصحابه الصحيح انه يوقت بما يحصل به التشهير والتوقيت
بعد ثلاثة ايام بغيره ليس ذكره ابن قدامة فى المغنى وليس كذلك فان التشهير لا يحصل فى زمان القليل عادة فتعين بالثلاث
كما فى مدة الخيار ومهلة المرتد وغيرهما م وعن ابى يوسف انه م اى المصلوب م يترك على الخشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر
به غيره م وبه قال الشافعى فى وجه م قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه ش اى الصلب ثلاثة ايام م والنهاية غير مطلوبة
لان المقصود نفس الزجر م واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى م لان الحد لما
اقيم سقط عصمة المال كما فى السرقة م وقد بيناه ش اى الضمان مع الخلاف فى السرقة الصغرى م وان باشر القتل احدهم
ش اى احد قطاع الطريق م جرى الحد عليهم باجمعهم ش وبه قال مالك واحمد وقال الشافعى يحد المباشر للقتل احدهم
الا الردء لانه جزاء القتل حد الزنا فلا يجب على غير المباشر قلنا يجب على الكل م لانه جزاء المحاربة وهى تحقق بان يكون
البعض ردءا ش اى عونا م للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم ش اى انضموا اليهم ولم يرد الشراح هنا شيئا على
قوله انضموا اليهم فقوله اذا زلت اقدامهم كناية عن انهزامهم والضمير فيه وفى قوله اليهم يرجع الى المحاربين الذين باشروا
القتال يدل عليه قوله جزاء المحاربة والضمير فى قوله انحازوا يرجع الى الردء لان الردء يستوى فيه الواحد والجمع وحاصل ذلك
وحاصل المعنى اذا اذا ان المحاربين الى الانهزام انحاز الردء فيعتبر بهم وينصرونهم وكذلك يشتركون مع القاتلين فى
الغنيمة م وانما الشرط القتل من واحد منهم ش اى فى قطاع الطريق وقد تحقق اى القتل من واحد منهم لان تمكنه من
القتل حصل بالكل فيقتلون جميعا ولفظ الاصل ومن باشر فى الحكم سواء وذلك لان تمكن القتل حاصل بالكل والقتل حد
قطاع الطريق اذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعا وهذا لان قتلهم وجب حدا عليهم لا قصاصا فلم
يعتبر المساواة فصار من قتل ومن لم يقتل سواء م والقتل ش اى قطاع الطريق م ان كان بعصى او حجر او بسيف فهو سواء
لانه يقع قطعا للطريق بقتل المارة ش يعنى باى شئ قتل قاطع الطريق قتل لانه حد لا قصاص فلا يقتضى المساواة م
والحد يقتل غير المباشر م وان لم يقتل القاطع ش اى قاطع الطريق م ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه ما فيه
القصاص واخذ الارش مما فيه الارش وذلك ش اى استيفاء القصاص واخذ الارش الى الاولياء لانه لا حد فى هذه
الجناية فظهر حق العبد ش اى فى النفس والمال م وهو ما ذكرناه ش اى حق العبد والقصاص والارش م فيستوفيه الولى
اى يستوفى الولى القصاص م فيما يستطاع فيه القصاص والولى فيما يستطاع فيه القصاص ش وبه قالت الائمة الثلاثة
كما اذا قطعوا السارق اللسان والذكر لا قصاص فيه فى الظاهر ويوجب الارش خلافا لابى يوسف فيما اذا قطع الاصل
فى الظاهر ويوجب الارش خلافا لابى يوسف فيما اذا انقطع من الاصل فى الحقيقة قصاص اتفاقا لان موضع القطع
معلوم الا اذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص ولذا اذا ضربوا العين وقلعوها لا قصاص فيه ويوجد الارش
الا اذا كانت العين قائمة فذهب ضوؤها ففيه القصاص لامكان المماثلة ولذلك لا قصاص فى عظم الا فى السن
الا اذا اسودت واحمرت او اخضرت فيجب الارش م وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف
وبطلت الجراحات لان الحد والضمان لا يجتمعان عندنا ش لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس
حقا للعبد كما تسقط عصمة المال م وعند الائمة الثلاثة لا تبطل عصمة النفس والمال لان القطع مع الضمان يجتمعان
عندهم م وان اخذ ش اى قاطع الطريق م بعد ما تاب وقد قتل ش اى والحال انه قد قتل قتلا عمدا م بحديدة او به
شاء الاولياء م وان شاؤوا عفوا عنه لان الحد فى هذه الجناية لا يقام بعد التوبة لاستثناء المذكور فى النص م وهو
قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد فيه خلاف واعترض بالقول
الا الذين تابوا هاهنا فى قوله واولئك هم الفاسقون م الا الذين تابوا فكيف يكون استثناء من قوله ولهم فى الاخرة
عذاب اليم اذ كل منهم جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب ـــــــ بان قوله واولئك هم الكفرون
لا يصلح جزاء خلاف قوله ولهم فى الاخرة عذاب عظيم ولان التوبة تتوقف ان تقدروا عليهم فلما بطل الحد بالتوبة
مرة يستانه تمام برد المال لانه تلك العصمة لا ترتفع الا برد المال فلما رد المال قبل الاخذ بطل عنه الحد كالسارق
اذا رد المال قبل المرافعة م ولا قطع فى مثله ش لانقطاع الخصومة فكذا هذا وهو شرط فيه وظهر حق العبد
فى النفس والمال حتى يستوفى الولى القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك فى يده او استهلكه م وفى المبسوط
فى الحبط رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب المال ولا يقام الحد الا بالخصومة صاحب المال
ولذا انقطعت خصومته برد المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد اما اذا تاب ولم يرد

الك

المال لم يذكره فى الكتاب نصا فقد اختلف المتاخرون فيه قيل لا يسقط الحد قياسا على سائر الحدود فانها
لا تسقط بنفس التوبة وقيل لا يسقط واليه اشار محمد فى الاصل لان التوبة تسقط الحد فى السرقة الكبرى لان
الاستثناء فى النص لان الاستثناء فى غيره وسائر الحدود غير حد القذف لا تسقط بالتوبة عندنا ومالك واحمد فى رواية
والشافعى فى قول وقال احمد فى رواية والشافعى فى قول تسقط لقوله تعالى واللذان ياتيانها منكم فاذوهما فان تابا واصلحا
فاعرضوا عنهما وقال فى حد السرقة فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه ولانه حق الله تعالى فيسقط بالتوبة
كحد المحارب قلنا قوله فاجلدوا فاقطعوا عام فى التائب وغيره والنبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية وقطع
الذى اقر بالسرقة وقد جاؤوا تائبين يطلبون التطهير وعلم النبى صلى الله عليه وسلم توبتهم واقام الحد ولان الحد كفارة فلم يسقط بالتوبة
ككفارة اليمين والقتل ولانه يقدر عليه كل احد فيفسد باب الحد واما الاية فمنسوخة وكان ذلك من بدء
الاسلام والاية الثانية تدل على ان الحد لم يصر مستحقا للمغفرة واما حد القطاع فيثبت بالنص ولم يجئ نص فى غيره وقال
الاترازى فان قلت ليس بمستقيم قول صاحب الهداية لان التوبة تتوقف على رد المال مع قوله اوجب الضمان اذا
هلك فى يده او استهلكه لانه اذا رد المال كيف يهلك فى يده قلت يمكن ان يهلك البعض بعد رد البعض علامة
صحة توبته فاذا اهلك الباقى قبل التمكن منه او استهلكه بعد وجود علامة صحة توبته يكون ذلك شبهة فى سقوط
الحد فيجب المال وقال الاكمل ان لو كانت التوبة متوقفة على رد المال فلا تم ويجوز ان يكون هذا الموضع انما هو
على قول بعض الاخر من المشايخ م وان كان فى القطع صبى او مجنون فى مختصره الا ان لفظه وان كان منهم صبى او
الذى ذكره القدورى ظاهر الرواية عن اصحابنا وقال المص م فالمذكور فى الصبى والمجنون قول ابى حنيفة وزفر وعن
ابى يوسف انه لو باشر العقلا يحد الباقون ش وقال الاترازى والعجب من صاحب الهداية انه قال وعن ابى يوسف
بعد ان قال والمذكور فى الصبى والمجنون قول ابى حنيفة وزفر وكان القياس ان يقول وقال ابو يوسف ولم يذكر قول محمد
وقوله مع ابى حنيفة وقد صرح الشيخ ابو نصر بذلك انتهى قلت ـــ تعجبه عجيب لان القدورى ذكر فى شرح مختصر الكرخى
عن ابى يوسف ولذلك ذكر البيهقى فى كفايته بلفظ عن ابى يوسف ويحتمل ان يكون قول ابى يوسف رواية عنه بعد
ان كان مع ابى حنيفة م وعلى هذا السرقة الصغرى ش وعلى هذا الخلاف حكم السرقة الصغرى ان ولى الصبى او المجنون
والمجنون ايضا وقالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبى والمجنون وذو الرحم لان هذه بعينه
اختصها واحدا فلم يسقط الحد عن الباقين كما لو اشتركوا فى وطى امراة اخراج المتاع وان ولى غيرها الا الصبى له
ش اى لابى يوسف م ان المباشر والردء تابع ش اى المباشر فى الفعل والردء للمباشر تابع م ولا خلل فى مباشرة العاقل
المكلف م ولا اعتبار بالخلل فى التبع م وهو الصبى والمجنون لعدم القصد الصحيح منهما وسقوط الحد عن التبع لانه لا يوجب
سقوط الحد على المتبوع ش وفى عكسه م وهو ان يباشر الصبى او المجنون م ينعكس المعنى والحكم وهو انه لا يجب الباقين
والمعنى هو العلة وهو ان سقوطه عن الاصل يوجب السقوط عن التبع م ولهما ش اى ولابى حنيفة ومحمد م انه ش اى ان
قطع الطريق جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا لكان الشبهة كان فعل الباقين بعض العلة
ش اى وبعض العلة م لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد م كما اذا رمى رجل سهما الى انسان عمدا ورماه آخر خطأ او ما
التهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لما ان الفعل واحد فيكون فعل المخطئ يورث شبهة فى حق العامد
واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله م الذى قاله ابو بكر الرازى رحمه الله فانه قال وتاويل المسألة م واذا كان المال مشتركا
بين المقطوع عليهم م وفى قطاع الطريق ذو رحم محرم لا يجب باعتبار نصيب الرحم المحرم شبهة اى فى نصيب الباقين
فلا يجب الحد عليهم بالمال الماخوذ منه واخذوا المال فى حق احدهم بسبب القرابة يمتنع فى حق الباقين فاما اذا لم يكن
المال مشتركا بينهما فان لم ياخذوا المال الا من ذى الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا من غيره يحدون باعتبار المال
الماخوذ من الاجنبى والاصح انه مطلق ش اى يجرى على اطلاقه وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة
فى حق القطاع شىء واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة لان الجناية واحدة على ما ذكرناه ش اشار به الى قوله ولهما
الجناية واحدة قامت بالكل م فالامتناع ش اى امتناع الحد م فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين م لانه
بعض العلة لا يترتب عليه الحكم م بخلاف ما كان منهم مستامن ش اى فى القافلة وهو جواب سؤال مقدر بان يقال القطع
على المستامن فلا يوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ثم وجود هذا فى القافلة م لان الامتناع فى حقه م اى امتناع
الحد فى القطع على المستامن وحده م لخلل فى العصمة ش اى فى عصمة ماله وهو خاص به وهو معنى قوله م وهو مخصوص به
اى الخلل فى العصمة بحق المستامن م اما هاهنا م اى فى ذى الرحم ش الامتناع م اى امتناع الحد لخلل الحرز م وهو
القافلة والقافلة حرز واحد م والشبهة تمكنت فيه م واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد

على ما ذكرنا اشار به الى قوله لان الجناية واحدة م ان شاء قتلوا وان شاء عفو ش لان الحق لهم م واذا قطع بعض
القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة كما لو سرق من دار بعض
السارق فيها فاذا لم يجب الحد وجب القصاص ان قتل عمدا ورد المال ان اخذه وهو قائم والضمان ان اهلكه
م ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة ش اي او قطع الطريق بين الكوفة م والحيرة ش وهي
التي يسكنها النعمان ابن المنذر وهي اول منازل الكوفة وقال تاج الشريعة الحيرة بكسر الحاء مدينة على راس ميل من
الكوفة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطعا للطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة اي
لوجود القطع من حيث الحقيقة م وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه ش اي بقرب المصر
م لانه لا يلحقه الغوث م وهو اسم من الاغاثة م وعنه ش اي وعن ابي يوسف وهي السرقة م رواه القدوري ش ان قاتلوا
نهارا ش اي في المصر م بالسلاح او بنا به ش اي ان قاتلوا ليلا بالسلاح او بالخشب فهم قطاع م بضم القاف وتشديد
الطاء جمع قاطع م لان السلاح لا يلبث ش من اللبث م والغوث يبطئ بالليالي م فيتحقق القطع وبه قال الشافعي واحمد
اكثر اصحابه يثبت المحاربة في اي موضع لا يلحقه الغوث وفي الحلية ذكر الحاوي ان القرى التي لا يلحق اهلها حكمها حكم
الصحراء يتحقق المحاربة واما الامصار الكبار فمن قصد بنواحيها جهارا فكذلك واما الامصار الكبار في المواضع
التي يكابر الناس فيها في اسواقهم ودورهم اذا اغتنموا اسواقها ونهبوها او دورها وهبوط فيه وجهان اصحهما
حكمهم حكم المحاربين ش حقيقة اي عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال والفتوى على قول ابي يوسف
لمصلحة الناس واختاره القفال من اصحاب الشافعي م ومن خنق رجلا حتى لو قتله والدية على عاقلته عند ابي حنيفة
ش لانه لا يوجب القصاص بالمثل اشار اليه بقوله م وهي مسالة المثقل وسنبين ذلك في الديات ان شاء الله تعالى
م وان خنق في المصر غير مرة ش قال الاترازي خنق بالتشديد سماعا وتخفيفا لان التفعيل للتكثير قلت التكثير
استفيد من قوله مرة فلا حاجة الى التشديد م قتل به ش اي بسبب الخنق لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع
شره بالقتل م وفي الكافي يقتل سياسة لانه ذو آفة وفساد وفي المحيط عشرة نسوة قطعن الطريق واخذن المال
قتلوه وضمن المال وبه قالت الثلاثة ولو كانت فيهم امراة قتلت واخذت المال ولم يقتل الرجال يقتل في المراة
عند ابي حنيفة وعند الثلاثة يقتل ايضا وعند محمد يسقط الحد عن الرجال ايضا خرج رجل باطفال للطريق
على ان يسلب اموال الناس فاستقبلوا الناس فقتلوا الاثنى عليهم واهل لو فر رجل من القطع الى موضع لا يقدر على قطع
الطريق ثم قتلوه كانت عليهم الدية

باب السير ش

اي هذا باب في بيان احكام السير وهو جمع سيرة على ما يذكر المصنف وهو الطريقة سمي بهذا الكتاب اي كتاب السير
بيان سيرة النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم والتابعين والمسلمين ويقال السيرة فعلة من السير
وقد يراد به السير الذي هو قطع المسافة وقد يراد به السنة في المعاملات وسميت المغازي سيرا لان اول
امرها السير الى العدو وان المراد بها سير الامام الى العدو ومع الغزاة وفي المغرب اصل السيرة حالة السير
الا انها غلبت شرعا على امور المغازي كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع الغزاة من غزوت العدو وقصدته
للقتال غزوا وغزوة وغزاة ومغزاة وسمي كتاب الجهاد ايضا لما فيه من بيان المجاهدة مع الاعداء لاعزاز الدين
تقدم قواعد المسلمين وهذه قواعد المشركين وهي كذلك لما تقدم وفي التحفة الجهاد شرعا هو الدعاء الى الدين
الحق والقتال مع من لا يقبله فان قلت ما المناسبة بين الكتابين قلت المناسبة بينهما في كون كل منهما اخلاء العالم
عن المعاصي وقدم الحدود لانها ادنى والترقي يكون من الادنى الى الاعلى وقيل قدم الحدود لانها معاملة مع
المسلمين في الاغلب والجهاد مع المشركين فقدم ما يختص بالمسلمين م السير ش بكسر السين وفتح الياء م جمع سيرة وهي الطريقة
في الامور خيرا كان او شرا ومنه سيرة العمرين اي طريقتهما وفي الشرع يختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه
م وقد مر الكلام فيه م قال ش اي القدوري م الجهاد فرض على الكفاية م اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين
م اي هذا كلام القدوري في مختصره ثم شرع المصنف رحمه الله يفسره بقوله اما الفريضة فلقوله تعالى اقتلوا
المشركين م كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مأمورا في الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى
فاصفح الصفح الجميل وقال واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء بالموعظة والمجادلة بالطريق الاحسن قال الله
عز وجل ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت
البداءة منهم فقال اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم بالدفع وقال فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالبداية بالقتال قال
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون ولقوله تعالى وقاتلوهم

حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله م ولقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم معناه فرض عليكم لقوله كتب
عليكم الصيام ولقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا في سبيل الله باموالكم وانفسكم في سبيل الله م ولقوله عليه
السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الجهاد ماض الى يوم القيامة ش هذا الحديث اخرجه ابو داود مطولا
في سننه حدثنا سعيد بن منصور ثنا ابو معاوية انبانا جعفر بن برقان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثلاث من اصل الايمان الكف عمن قال لا اله الا الله ولا نكفره بذنب ولا نخرجه من الاسلام بعمل والجهاد ماض منذ
بعثني الله الى ان يقاتل آخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان
بالاقدار وقال ابن المنذر في مختصره يزيد بن ابي نشبة في معنى المجهول وقال عبد الحق يزيد بن ابي نشبة هو رجل من بني سليم
لم يرو عنه الا جعفر بن برقان م اراد به فرضا باقيا ش هذا تفسير من المصنف لقوله عليه السلام الجهاد ماض يعني فرض دائم
الى يوم القيامة م وهو على الكفاية ش اي الجهاد فرض كفاية وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي الجهاد عندنا
فرض على الكفاية مثل على الولي والصلاة على الموتى الصلاة عليهم ودفنهم ومثل طلب الدين والقيام به وتعليمه وحكي عن
ابن شبرمة والثوري ان الجهاد تطوع وليس بواجب انتهى قلت ولذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما وسئل عطاء وعمرو بن
دينار ان الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما في قوله تعالى كتب عليكم
القصاص وكما في قوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية وعند اكثر اهل العلم فرض على الكفاية الا ابن
المسيب فانه قال فرض عين للعمومات في النصوص م لانه ش اي لان الجهاد م ما فرض لعينه اذ هو ش اي لانه م افساد
في نفسه م لانه تعذيب عباد الله وتخريب بلاده ش وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد ش واليه الاشارة
في قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله م واذا حصل المقصود بالبعض ش اي ببعض الناس والمقصود
هو الذي ذكره من اعزاز دين الله ودفع الشر عن عباد الله سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام فان
البعض اذا قام بهما سقط عن الباقين وان لم يقم به احد ش اي بهذا الفرض الذي هو يسمى فرض كفاية م اثم جميع الناس
بتركه لان الوجوب على الكل ش اي كل الناس م ولان في اشتغال الكل به ش وفي بعض النسخ في اشتغال الكل به اي اشتغال
كل الناس بالجهاد م قطع مادة الجهاد من الكراع م والمراد به الخيل هاهنا والكراع كراع الشاة والبقر م والسلاح
ش اي وقطع مادة الجهاد من السلاح فاذا انقطعت مادة الجهاد تنقطع الجهاد فينبغي ان يتولى بعض الناس الى
ش السلاح فاذا تولى الجهاد وبعضهم تحصيل اسبابه من التجارة والزراعة والحرف التي تحصل بها آلات الجهاد فاذا
كان الامر كذلك م فيجب على الكفاية ش حتى اذا قام به البعض سقط عن الباقين م الا ان يكون النفير عاما ش بان
لا يندفع شر الكفار اذا هجموا ببعض المسلمين فحينئذ يصير من فروض الاعيان فيفترض على كل واحد فيقاتل العبد بلا
اذن سيده والمراة بدون اذن الزوج م لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية ش اي ركبانا ومشاة او شبانا وشيوخا
او مهازيل او سمانا او صحاحا او مراضا فقال انفروا الى العدو نفرا ونفرا اي خرج وقيل عزاة او مشاهير وقيل
اغنياء وفقراء واعترض بان الولاية عام فما وجه تخصيصه بالنفير العام لكيف حصر به واجيب بانها لو لم يخص
لوقع الناس في حرج ولانه عليه السلام كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة ولو كان فرض عين لم يدع احد منهم
م وفي الجامع الصغير قال ش اي محمد م الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم م فاول الكلام ش اي اول
كلام محمد في آخر الكتاب الجامع الصغير م يدل على ان الجهاد يجب على الكفاية واراد باول الكلام قوله الجهاد واجب
الا ان المسلمين في سعة وذلك لانه قال انهم في سعة يتوسع لبعضهم لانه قال حتى يحتاج اليهم معناه اذا احتيج اليهم
في النفير العام لا يكون لهم سعة من فرض الجهاد حينئذ م وهذا ايضاح لما قبله من جواب الجهاد على الكل عند
النفير المقصود لان المقصود عند محمد ش اي عند النفير العام م لا يحصل الا باقامة الكل ش اي كل الناس فاذا
كان كذلك م فيفترض ش اي الجهاد م على الكل ش اي على كل الناس م وقتال الكفار ش واجب وان لم يبدؤا
يعني الكفار الذين امتنعوا عن قبول الاسلام وعن اداء الجزية يجب قتالهم او بدؤا بالنوبة وان لم يبدؤا بالقتال لا
يجوز قتالهم في الاشهر الحرم فانهم حتى يبدؤا القول لقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال عطاء في الاشهر الحرم م للعمومات
ش اي للعمومات الواردة في ذلك من الآيات والاخبار لقوله اقتلوا المشركين وقوله وقاتلوهم وقولهم فقاتلوا ائمة
الكفر وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا
الله فان قيل العمومات متعارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وهذا يدل على ان قتالهم انما يجب اذا بدؤا بالقتال
كما قاله الثوري اجيب بانه منسوخ بقوله فقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وبقوله وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية
م ولا يجب الجهاد على صبي ش لان الصبي بكسر الصاد وفتح الباء مظنة المرحمة وقال ابن الاثير المظنة بكسر الظاء

موضع النفي ومعذبة معفلة في الظن بمعنى العلم وكان القياس فتح الطاء وانما كسرت لاجل الهاء م ولا عبد ش اي لا يجب على عبد ولا امراة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد م ولا اقطع فيحرم ش وهذا كله باجماع الاربعة وقال صاحب الديوان المقعد الاعرج م فان هجم العدو ش من قولهم هجمت على القوم اذا دخلت عليهم والمغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير استيذان على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد ش اي يخرج العبد م بغير اذن المولى لانه صار فرض عين على جميع الناس وملك اليمين في العبد وملك النكاح م في المزوجة م لا يظهر في حق فروض الاعيان واراد بذلك الفروض المعينة مقدمة على حق السيد والزوج كما في الصلاة والصوم م الفرض فانهما مقدمة على حقهما م بخلاف ما قبل النفير لان بغيرها ش اي العبد والمراة مقنعا ش اي كفاية وهما حق السيد والزوج مقدم لعدم الاحتياج اليهما م فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ش بغير ضرورة م او بكسبه جعل ش بضم الجيم وسكون العين وهو ما جعل في عين الانسان على بعمله والمراد هنا ما يضربه الامام على الغزاة مما يحصل به التقوي للخروج الى الحرب ما دام للمسلمين في اسم المال المصارف من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية والسنة ما يصاب منهم بالقتال بغير اذا كان في بيت المال كالخروج الى الحرب بتقويتهم الى المسلمين بعطيهم الامام من ذلك المال لانه ما لبيت المال معد لنوايب المسلمين مع وجود ذلك الجعل الذي ذكرناه لان فيه شبهة الاجرة وهو معنى قوله م لانه يشبه الاجرة م لان الجهاد حق الله تعالى لا يجوز اخذ الاجرة عليه فان المحصن جعله كما ذكرناه فاذا كانوا يكرهونها وهو الى الحرام اقرب ولا ضرورة اليه ش الى الجعل لانما بيت المال معد لنوايب المسلمين م والنوايب جمع نايبة وهو ما ينزل ش اي ينزل به من المهمات والحوادث وقد نابه نوبة نوبا فاذا لم يكن في بيت المال شي فلا باس بان يقوي بعضا لان فيه ش اي فيما اذا قوي بعضهم بعضا م دفع الضرر الاعلى ش وهو شر الكفر م بالحاق الادنى ش اي الضرر الادنى والمعنى دفع الضرر العام بالضرر الخاص محمل بونيه ش اي يويد ذلك م ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من صفوان ش هذا الحديث رواه ابو داود والنساي عن شريك عن عبد العزيز ابن رفيع عن امية ابن صفوان ابن امية عن ابيه صفوان ابن امية ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه دروعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد فقال بل عارية مضمونة م وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد ش هذا رواه ابن ابي شيبة باسناده الى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ولفظه كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه للمسافر واخرجه ابن سعد في الطبقات ولفظه كان يغزي الاعزب على ذي الحليلة ويغزي الفارس على ذي القاعد قوله اغزى من الاغزاء يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو والاعزب الذي لا امراة له ووقع في بعض النسخ الاعراب ووقع في نسخة شيخنا العزب بدون الالف واللام وهو الصحيح وقال في المغرب رجل عزب بالتحريك لا زوجة له ولا يقال اعزب وقال ابن الاثير ايضا يقال رجل عزب ولا يقال اعزب والحليلة الرجل امراته والشاخص اسم فاعل من شخص من مكان الى مكان اذا سار في ارتفاع شاخص وهو هابط لذا قاله ابن دريد وشخص الرجل بصره اذا احد النظر رافعا طرفه الى السماء ولا يكون الشاخص الا كذلك والمراد هنا الاول يعني الذي يبعث الى العدو

باب كيفية القتال

اي هذا باب في كيفية القتال ولما فرغ عن بيان فريضة القتال وشرايطه شرع في بيان كيفيته ش واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا ش يقال حاصرا العدو اذا احاط به م وضيق عليه والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان اذا اقام به فعلى هذا هي فعيلة وقيل مفعلة من قولهم دينت اي ملكت والامة يقال لها مدينة ذكره في الجمهرة والحصن معروف وقال الكاكي والحصن بالكسر كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة الحصن دعوهم الى الاسلام لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا سفيان الثوري عن ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم ورواه الحاكم في مستدركه وقال حديث حسن صحيح الاسناد ورواه احمد ايضا في مسنده والطبراني في معجمه وفي هذا الباب احاديث لشيخ عبد احمد بن فروة ابن سيله وعند عبد الرزاق ايضا عن علي رضي الله عنه م وعن الطبراني عن انس رضي الله عنه وعند احمد ايضا عن سلمان ايضا عن سلمان رضي الله تعالى عنه فان اجابوا ش اي فان اجابوا الى الاسلام م كفوا عن قتالهم ش اي امتنعوا ولف ما لازما ومتعديا فعلى الاول بفتح الكاف وعن الثاني جهادا على الله على معنى منعوا انفسهم عن قتالهم لحصول المقصود م وهو اعلاء كلمة الله تعالى واظهار الدين في بلاد الكفر ثم الدال المعنى قوله كفوا عن قتالهم بقوله م وقد قال عليه السلام ش اي وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ش امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث

هذا الحديث رواه ابو هريرة اخرجه البخاري ومسلم عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فمن قال لا اله الا الله فقد عصم مني ماله ونفسه الا بحقه وحسابه على الله م وفي لفظ لمسلم حتى يشهدوا ان لا اله الا الله ويؤمنوا بي وبما جيت به فاذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها وحسابهم على الله وروي عن ابن عمر ايضا اخرجاه عنه ايضا وروي عن جابر ايضا اخرجه الترمذي عن ابي الزبير عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله بلفظ وزاد ثم قرا انما انت مذكر لست عليهم بمسيطر وحديث ابي هريرة الاول في قوم لا يقولون لا اله الا الله عز وجل اما اليهود والنصارى فمالم يقروا برسالته عليه السلام لعدا التوحيد ولم يسروا من دينهم فلا يحكم باسلامهم لانهم يقولون ان محمدا رسول الله الى العرب دون سايرهم تعليمه لفظة المذكور قوله الا بحقه قوله وحسابهم على الله يعني فيما استسروا في قلوبهم م فان امتنعوا ش اي عن الاسلام م دعوهم الى اداء الجزية به ش امر رسول الله صلى الله عليه وسلم امراء الجيش ش هذا قطعة من حديث مطول اخرجه الجماعة الا البخاري عن سليمان ابن بريدة عن بريدة رضي الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر اميرا على جيش او سرية اوصاه بتقوى الله تعالى الحديث بطوله وفيه فاسالهم الجزية فان هم اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم الحديث الى الغير فانهم يسيرون حرب من جانب العدو اذا علمت فانه باح الشريعة واحذخ من المعرب م ولانه ش اي ولان الدعا الى الجزية احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص م وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون م وهذا ش اشارة الى الدعا الذي يدل عليه قولهم دعواهم الى الجزية ش في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فايدة في دعايهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون اي الى ان يسلمون فان بذلوها بالذال المعجمة ش اي فان قبلوها اي الجزية والمراد من البذل القبول لان القتال ينتهي بمجرد القبول وقيل اجود الاعطاء والبذل لما الاجماع فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا هذا غريب وقد صح عن الرازي وقد صح عن علي رضي الله عنه انه قال انما بذلوا الجزية اي اخرج بعم احمد الدارقطني في سننه عن الحكم عن حسين ابن ميمون عن ابي الجنوب عن عبد الله ابن عبد الله مولى بني هاشم قال علي رضي الله عنه من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا ومع هذا ايضا ضعيف م قال الدارقطني ابن الجنوب ضعيف والمراد بالبذل اي في قول القدوري فان بذلوها القبول والمراد بالاعطاء المذكور فيه قال الرازي اي في الجزية وبذكر العين في تاويل المذكور قلت لو قال في ادا الجزية لما احتاج الى التاويل المذكور في القران والله اعلم م وهو قوله عز وجل حتى يعطوا الجزية والاحوال القاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الى ان يدعوه م اي يدعوهم من لم تبلغه الدعوة ش لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم في وصيته امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله وهذا الحديث من حديث بريدة المطول الذي مر بعضه عن قريب اي الجماعة غير البخاري م ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فيكفى مؤنة القتال ش فيكفي بالنون على صيغة المجهول ومؤنة القتال بالنصب على انه مفعول ثان م ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي وهو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا عمر ابن ذر عن يحيى ابن اسحاق ابن عبد الله ابن ابي طلحة عن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه لا تقاتل قوما حتى تدعوهم انتهى والدعوة بالفتح الى الطعام وبالكسر في النسب وقال الجوهري وقيل بالضم في الحرب م ولا غرامة ش لا غرامة موجبة بقتلهم قبل الدعوة وان كان فيه الاثم لعدم العاصم ش اي لعدم العاصم عن الغرامة وقال الكاكي ولا غرامة لما اتلف من الاموال والدماء م لعدم العصمة المقومة ش وهو اي العاصم هو الدين والاحراز بالدار م وقال الشافعي يضمن لحرمة القتل قبل الحرمة بالدين او بالاحراز ولم يوجد فصار حكم هذا م كالصبيان والنسوان ش اي كما لا غرامة في قتل الصبيان والنسوان فانه لا قصاص ولا دية وان كان النهي ورد في قتلهم م ويستحب ان يدعوا اي الامام او رئيس الجيش او السرية م من بلغته الدعوة مبالغة الانذار م لا ينفع فالقلب مبادا الى المحاسن م ولا يجب ذلك ش اي دعا من بلغته الدعوة ش لانه صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اغار على بني المصطلق وهم غارون ش هذا اخرجه البخاري عن ابن عون قال كتبت الى نافع اساله الى الدعاء قبل القتال فكتب الي انما كان في اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما وكان في ذلك الجيش وقال المنذري في حواشيه غارون بتشديد الراء هكذا قيده غير واحد وقال الفارسي اظنه عادون بالدال المهملة لحفه فان صحت رواية الدال فوجهه انهم ذوو اعزة الى اباءهم الجنس على غرضهم فان الغار هو الذي بغير عزة بلا وجه له هنا وهذا الذي قاله تكلف فان معنى غارون هنا غافلون قال الجوهري وغيره الغار الغافل والغرة الغفلة وبنو المصطلق بضم الميم وسكون الصاد المهملة وفتح الطاء المهملة م وعهد الى اسامة على ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق ش هذا اخرجه ابو داود وابن ماجة عن صالح ابن ابي الاخضر عن الزهري عن عروة عن اسامة ابن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

كان عهد اليه فقال اغز على ابنى صباحا وحرق ثم عمد الى اسامة واوصاه واسامة بن زيد ابن حارثة مولى النبي صلى
الله عليه وسلم وامه ام ايمن حاضنة النبي صلى الله عليه وسلم واسامة وايمن اخواه ومات اسامة بالمدينة زمان
النبي صلى الله عليه وسلم كان اسامة ابن عشرين سنة وابنى بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة وفتح النون مقصورا على وزن
حبلى ويقال يبنى بالياء اخر الحروف المضمومة موضع الهمزة وقال الرازي موضع بالشام وهو فلسطين بين الرملة و
م والغارة لا تكون الا بدعوة كان فيها تغير الامر والاسراع والغارة اسم مصدر الاغارة التغلب اذا اسرع في الغارة
ش فان ابوا ش اي فان امتنعوا عن الجزية م استعانوا بالله تعالى عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه
وسلم في حديث سليمان ابن بريدة فان ابوا فادعهم الى اعطاء الجزية ش الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله تعالى عليهم وقاتلهم
قد تقدم حديث سليمان ابن بريدة عن قريب هو حديث طويل وفيه فان هم ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم الحديث
ش ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه المدمر على اعدائه م اي المهلك وهو اسم فاعل من التدمير والاصوب المدبر على اعدائه
في قوله تعالى دمرناهم تدميرا م فيستعان بالله في كل الامور فيستعان على صيغة المجهول وامر النبي صلى الله عليه وسلم في حديث
سليمان ابن بريدة بالاستعانة ايضا حيث قال فان هم ابوا فاستعن بالله وقاتلهم م قال ش اي القدوري م ونصبوا عليهم المجانيق
وهو جمع منجنيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف ش هذا ذكره الترمذي في الاستئذان معضلا ولم يصل سنده
فقال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور عن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قال قتيبة
قلت لوكيع من هذا الرجل قال صاحبكم عمر ابن هارون ورواه ابو داود في المراسيل عن مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم
نصب المجانيق على اهل الطائف ورواه ابن سعد في الطبقات عن مكحول وزاد اربعين يوما ورواه العقيلي في الضعفاء
مسندا من حديث عبد الله ابن خراش عن العوام ابن حوشب عن ابي صادق عن علي رضي الله عنه قال نصب رسول الله صلى الله عليه
وسلم المنجنيق على اهل الطائف وروى الواقدي ان سلمان الفارسي رضي الله عنه هو الذي عمل المنجنيق بيده فنصبه على حصن
وروى الواقدي ان سلمان الفارسي ويقال قدم بالمنجنيق يزيد ابن زمعة وقيل عمرو م وحرقوهم ش من كلام القدوري
مختصره وعلل المصنف بقوله م لانه عليه السلام ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م احرق البويرة ش وهذا اخرجه الائمة الستة
عن الليث ابن سعد عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع نخل بني النضير وحرق وهي البويرة الحديث
م وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم ش كل ذلك من كلام القدوري وقال الشافعي في قول واحمد
في رواية لا تفعلون ذلك الا اذا كانوا يفعلون ذلك م وعلل المصنف بقوله ش لان في جميع ذلك الحاق الكبت م وهو الذل والهوان قال
الاتراري قال تعالى كبت الله اي اهلكه والمعنى اللائم ما ذكرناه م والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا
فيهم مسلم اسير ولا دفع في الذمي دفع الضرر العام بالذب م بالذال المعجمة والتشديد الباء يقال ذب عنه يذب ذبا اذا
امتنع عنه عن بيضة الاسلام ش اي عن مجمع الاسلام وفي المغرب بيضة الاسلام مجتمع اهل الاسلام بيضة بتشبيهها ببيضة النعامة وغيرها
لان تلك مجمع الولد م وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص م وفي الذمي عليهم دفع ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام
وروى الحسن ابن زياد انه اذا كان فيهم مسلم تاجر مستأمن او اسير او من اسلم فيهم انه لا يجوز لان قتل المسلم حرام وقتل الكافر
مباح والمحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالرجحان للمحرم وان قتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه وقتل الكافر يجوز تركه الا ترى ان الامام
ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى وورد عليه بان قتالهم فرض بالنص فلو كان هذا العارض
معتبرا لادى الى سد باب الجهاد فلا يجوز ذلك لانه ماض الى يوم القيامة م ولانه قل ما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتبار
ش اي فلو امتنع الرمي باعتبار المسلم التاجر والاسير م لانسد بابه ش اي باب الجهاد فلا يعتد به بخلافه ان الرمي اليهم جائز
كان فيهم نساؤهم وصبيانهم وكذا اذا كان مسلم م والظاهر انه من لا يجوز قتلهم فيه م وان تترسوا ش اي وان تترسوا بصبيان
المسلمين وبالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا م اشار الى قوله لانسداد باب الجهاد م وقال الشافعي اذا فعلوا ذلك لم يجز الرمي
بالرمي فان تترسوا جاز الرمي ونقل الكرخي عن احمد في اصابة المسلم وتخصيص المسلم وقوله كان في واحد عند الشافعي لا يجوز الا لما
ضرورة القتال لا الابتر المسلم م ويقصدون بالرمي الكفار ش لانه ان تعذر التمييز فعلا فقد امكن قصدا اذ الطاعة بحسب
الطاقة م لان الله عز وجل لا يكلف الا وسعها م وما اصابوه منهم ش اي وما اصاب المسلمون من صبيان الكفار واساراهم الذين هم
المسلمون منهم م لا دية عليهم ولا كفارة ش اي لا يجب عليهم الدية ولا الكفارة وعندنا فيجب الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان
وفي المهذب لو رمى في حال الضرورة وهو يعلم انه مسلم حيث القود وان ظنه كافرا فلا قود وتجب الكفارة وفي الدية
قولان وعن المزني ان علم انه مسلم ورمى للضرورة تجب الدية وقال ابو اسحاق ان قصده لزمته الدية والا فلا لقوله عليه السلام
الاسلام [illegible] وقيل [illegible] المهملة اي مثقل ضيقة وان لم يقصده بعينه بل رمى الى الصف لم تلزمه الدية [illegible] في شرح
ش لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض م اي على الانسان بالفروض لا تقرن به الغرامات لان الفروض مامور به

الغرامات عدوان محض منهي عنه وبين الامرين منافاة فان قلت هذا التعليل في مقابلة قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج
والتعليل في مقابلة النص لا يجوز قلت هذا عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص محل النزاع لما قلنا بخلاف حالة
المخمصة هذا جواب عما قال الشافعي رحمه الله قياسا على [illegible] وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينافي لضرورة تناول مال الغير حالة
المخمصة لمكان الضرورة وجب الضمان وتقرير الجواب ان حالة المخمصة خلاف هذا م لانه ش اي لان صاحب المخمصة لا
يمتنع م عن كل مال الغير مخافة الضمان ش لاجل الخوف عن الزامه ش وهو شفقة عظيمة يحمل بسببها بدل الضمان م اما الكمي
على اتلاف النفس ش اي التي الكفار م وقد يكون فيهم مسلم ش فيمتنع ش اي عن الجهاد الفرض م حذار الضمان ش اي لاجل حذر
عن الضمان وهو منصوب على انه مفعول له [illegible] لا يجوز وجوب الدية والكفارة على الامام فيما مات الرامي من حلاف
زحفه ولو وجب لامتنع عن القضاء ولا يتقلد احد ويجوز ان يكون المعنى ان الجهاد ان مبني على اتلاف النفس مطلقا الا ان الجهاد
اما ان يقتل او يقتل فلو الزمنا الضمان امتنع من الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا
نقض م ولا بأس باخراج المصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه ش اي على العسكر م اخراج النساء والمصاحف
لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية ش وهو عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار
قال في المبسوط وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلاثة ولو بعث ما دونه جاز وعن ابي حنيفة
اقل السرية مائة وقال الحسن ابن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الاف وفي فتاوى قاضي خان
قال ابو الحسن على قول ابي حنيفة م لا يؤمن عليها ش اي على السرية لقلتهم م لان فيه ش اي في اخراج ذلك م تعريضهن على
تعريض النساء على الضياع والفضيحة م وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة على المسلمين اي
غيظا لهم وهو التأويل الصحيح م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو
هذا الحديث رواه الجماعة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان تسافروا بالقرآن الى ارض العدو ويخاف ان يناله العدو واعلم ان المصنف رحمه الله حمل الحديث الصغير الذي لا يؤمن عليه
واستاعيه معناه في ذلك واخذا لما لكيه باطلاقه وقال القرطبي ولا فرق بين الجيش والسرايا عملا باطلاق الحديث وهو ان
العدو ولكن الجيش العظيم بادر بايانه وسقوطه ليس بنادر فكلت الظاهر مع المالكية على ما لا يخفى والمراد بالقرآن الحديث
المصحف وقد جاء مفسرا وقد جاء في بعض الاحاديث واشار اليه البخاري بقوله باب السفر بالمصاحف الى ارض العدو وفي المحيط
ويكره ادخال المصاحف وكتب الفقه في سرية ذكره في السير الكبير واما قيد التأويل بالصحيح احترازا عما قيل ان النهي كان
في ابتداء الاسلام لقلة المصاحف كي لا ينقطع عن ايدي الناس فاما الان فقد كثرت فلا بأس باخراجها مطلقا وقد قال ابو الحسن
الكرخي الطحاوي قلت هذا ظاهر لا يخفى وكذا دخل المسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر
عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة ش اي مداواة الجرحى م واما
الشواب فاقامتهن في البيوت ادفع للفتنة م وان كانوا يريدون المباضعة فعليهم بالاماء كل الا بالحرائر م ولا يباشرن ش اي
العجائز القتال لانه مستدل به ش اي بقتال العجائز ش على ضعف المسلمين الا عند الضرورة م وقد روي ان ام سليم قاتلت يوم
حنين شادة على بطنها حتى قال لها النبي صلى الله عليه وسلم مقامها خير من مقام فلان وفلان اي من المنهزمين ولا يستحب اخراجهن
اخراج النساء الشواب م للمباضعة ش اي للجماع م والخدمة فان كانوا لا بد من خروجهن فالاماء دون الحرائر ش والا ما جمع به
الحرائر حرة م ولا يقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن مولاه لما بينا ش اشار الى قوله لتقدم حق المولى والزوج
الا ان يهجم العدو للضرورة م هذا استثناء من قوله ولا يقاتل المرأة يعني عند الضرورة يقاتلان لان الجهاد يكون فرض عين
المسلمين ان لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تغدروا ولا تغلوا ولا
تمثلوا م ولا تغلوا ولا تمثلوا م والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة
بالنهي المتأخر ش كانه جواب عن سؤال مقدر كان القائل يقول هذا الحديث يدل على حرمة المثلة وحديث العرنيين يدل على اباحتها فاجاب
وحديث العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر عن حديث العرنيين والدليل على تأخر النهي ما رواه عمران بن حصين انه قال ما قام رسول الله
صلى الله عليه وسلم خطيبا بعد مثل العرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في خطبته يدل على تأكد
والمثلة من مثلت بالرجل اذا ... مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه او ما اشبه ذلك ذكره في الفائق م ولا تقتلوا امرأة
ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى هذا كله كلام القدوري في مختصره وعلله المصنف بقوله لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب
ولا يتحقق منهم ولا يقتل يابس الشق ش اي المفلوج وبراد بالشق بطلان حسه وذهاب حركته الا انه ميت حقيقة لذا في المغرب
والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر اي المبيح
الشافعي الكفر هذا قول من قولي الشافعي وفي قوله الاخر كقولنا وبه قال مالك واحمد وفي شرح الوجيز وفي الشيخ والضعفاء والعميان

والزمنى ومقطوعة الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال احمد في رواية وفي قول لا يجوز والحجة عليه
اي على الشافعي ما بينا وهو قوله لا يقتل بالسن الشيخ فان قلت احتج الشافعي بقوله عليه السلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا
شرخهم الحديث في السنن عن سمرة ابن جندب رضي الله عنه قلنا المراد منه الشيوخ الذين يقاتلون توفيقا بين الحديثين او من له راي
للحرب كما قتل دريد ابن الصمة يوم اوطاس ودريد هو ابن مائة وعشرين سنة لانه كان اخرج ليستعان برايه في الحرب وقتله ربيعة
السلمي وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الصبيان والذراري ⁂ هذا حديث بهذا اللفظ ولم يتكلم احد من الشراح
غيره ان بعضهم قالوا المراد بالذراري النساء مجازا باعتبار النسبة اذ النساء سبب لحصول الذراري اذ لا يمكن حربه
بدليل عطفه على الصبيان قلت هذا التكلف كله لاجل قول المصنف وقد صح ولم يصح بهذا اللفظ وانما صح ما رواه الجماعة
الا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان امراة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم
قتل النساء والصبيان وفي لفظ الشيخين فانكر قتل النساء والصبيان وحين راى النبي صلى الله عليه وسلم امراة
قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت ش هذا الحديث رواه ابو داود والنسائي باسنادهما الى رباح بن الربيع
كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فراى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء فقال
قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل واخرجه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وفي لفظه
ما كانت لتقاتل ورباح بالباء اخر الحروف ويقاتل بالباء الموحدة وقال الدارقطني ليس في الصحابة احد يقال له
الا هذا مع اختلاف فيه وقال ابن ماكولا رباح بالباء الموحدة ابن ربيع اخو حنظلة الكاتب له صحبة روى عنه المرقع
وقيل فيه رياح بالياء المعجمة باثنين من تحتها قوله هاه كلمة تنبيه والهاء في اخرها للسكت م الا ان يكون احد هؤلاء
راي في الحرب ⁂ هذا لفظ القدوري في مختصره استثناه من قوله ولا تقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى ولا مقعدا
الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب وقد نقل المصنف قوله ولا تقتلوا امراة الى اخره ثم ذكر ما ذكره بعده ثم نقل استثناه
الا ان يكون الى اخره وقال ابو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي اما الشيخ الفاني فاما ان يقتله اذا كان ذا راي في
الحرب او كان كامل العقل ومثله نقله اذا ارتد والذي لا يقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزاد عن حد العقلاء فهو
هذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون والصبي فلا يقتل اذا كان حربيا ولا اذا ارتد واما الزمنى فهم بمنزلة الشيخ ويجوز قتلهم
اذا راى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ويقتلهم ايضا اذا ارتد لذا في شرح الطحاوي م ويكون
هذا ايضا من جملة كلام القدوري ذكره بعد قوله الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب يتعدى ضررها
صور المراة الملكة ش اي العباد م باعتبار حكمها ولذا يقتل من قاتل من هؤلاء ش اشار به الشيخ الفاني والاعمى والمقعد والمراة
م دفعا للشر اي بقتل المقاتل من هؤلاء الاحاد دفع شره عن المسلمين م ولان القتال مبيح حقيقة ش اي لان قتال هؤلاء مبيح
لقتلهم من حيث الحقيقة لكفرهم واذاهم ولا يقتل المجنون لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا للشر غير ان الصبي
والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان م دفعا لشرهم وغيرهما ش اي وغير الصبي والمجنون م لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل
العقوبة لتوجه الخطاب نحوه م بالعقل والبلوغ ولعل الرهابين اذا قاتلوا حيث يباح قتلهم بعد الفراغ ايضا على
السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا يقتلون كالقسيسين
الرهبان ان دل على عورة المسلمين جاز قتله ش اي المجنون يجن ويفيق م في حال افاقته كالصحيح ش يعني يقتل حال افاقته سواء
وجد منه القتال او لا لكونه مخاطبا ولا خلاف فيه للائمة الاربعة م ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله
نصب اللام لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا م وفي السير الكبير المراد الابوان المشركان بدليل قوله تعالى وان جاهداك
على ان تشرك وليس من المعروف ان يقتلهما ويتركهما جزر السباع وروي انه عليه السلام منع ابا بكر رضي الله عنه عن قتل
يوم بدر ولا خلاف فيه م ولانه ش اي ولان الابن م يجب عليه احياؤه ش اي على احياء ابيه م بالانفاق عليه ولا الانفاق
فيناقضه الاطلاق في افنائه ش اي يناقض الاحياء قتله بافنائه ولزوم التناقض لا يجوز وقال الاترازي لاطلاق في افنائه
في افناء الاب م فان ادركه ش اي فان ادرك الابن اباه في الحرب م امتنع عليه ش اي امتنع الابن عن قتل ابيه ووافقه عليه
قوائم فرسه ونحو ذلك حتى يقتله غيره ش اي غير الابن لئلا يلحقه ماثم مباشرة قتل ابيه م وفي الذخيرة لو ظفر على قتل ابيه لا
ان يعاجله بالقتل ولا ينبغي ان يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا علينا لكنه يلجئه الى موضع يمسكه حتى يجيء غيره فيقتله
ش اي من قتله بحل العقم ش اي بغير الابن م من غير اقتحام الماثم ش اي من غير دخوله في الاثم بقتل ابيه م وان قصد الاب قتله ش اي
ابنه م بحيث لا يمكنه دفعه ش اي بحيث لا يمكن الابن دفع ابيه عنه الا بقتله لا بأس اي بقتله لان مقصوده الدفع عن نفسه الا
انه لو شهر الاب سيفه على ابنه م فقصد قتل ابنه ش لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس بقتله لما بينا وفي شرح الطحاوي وما
الذين من ذي الرحم المحرم فلا بأس بقتله هذا الكافر واما في اهل الخوارج والبغي فقد تقدم الكلام عليهم اولا والبغي ايضا

كل ذي رحم محرم كالاب سواء واما في الرحم في باب الزنا فان البداية في الشهود شرط فلو كان الشاهد هو الولد
فلا باس بان يرمي ولا يحصل القتل

باب الموادعة ومن يجوز امانه

ش اي هذا باب في بيان جواز الموادعة
اي المصالحة وسميت المصالحة الموادعة لانه متاركة من الوداع وهو الترك بان يدع كل واحد من فريقي المقاتلة
والكافرين القتال مع الاخر وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر لان ترك الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء سابقا لا محالة
قوله ومن يجوز امانه اي في بيان من يجوز امانه م واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة
للمسلمين فلا باس به ش اي بالصلح دل عليه قوله ان يصالح وفي بعض النسخ وكان في ذلك مصلحة فعلى النسخة الاولى لفظة
مصلحة منصوب بانه خبر كان وعلى النسخة الاخرى خبر كان وانه مرفوع لانه اسم كان وخبره قوله في ذلك وقيد بقوله
مصلحة لانه اذا لم تكن مصلحة لا يجوز والمصلحة بان يكون للمسلمين ضعف او كانت الموادعة خيرا للمسلمين ذكره الكرخي في
مختصره م لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ش اي وان مالوا للصلح يقال جنح له واليه اذا مال وفي السلم ثلاث لغات
فتح السين وكسرها وفتحهما جميعا وهي مما تذكر وتؤنث فكذلك قيل فاجنح لها فان قيل هذه الاية منسوخة في قول ابن عباس
بقوله قاتلوا الذين لا يؤمنون وفي قول مجاهد بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث وجد الاحتجاج
فاجيب بان هذه الاية محمولة على ما اذا كانت المصلحة مصلحة للمسلمين بدليل اية اخرى وهو قوله تعالى فلا تهنوا
وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ان كنتم مؤمنين وبدليل الايات الموجبة للقتال والا لزم التناقض لما ان موجب
الامر بالقتال يخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بدليل ما ذكرنا بدليل موادعة النبي صلى
الله عليه وسلم الاسلام اهل مكة على ما ذكر في الكتاب وقال في الكشاف ان الامر موقوف على ما يراه الامام من صلاح
الاسلام واهله من حرب او سلم وليس بحتم ان يقاتلوا ابدا او يجابوا الى الشهداء ابدا قلت وادع رسول الله صلى
الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ش الحديث رواه
احمد في مسنده مطولا من حديث محمد بن اسحق وفيه خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية يريد زيارة
البيت لا يريد قتالا وساق الهدي معه سبعين بدنة وكان الناس سبعمائة رجل الى ان قال هذا ما اصطلح عليه
محمد بن عبد الله وسهيل ابن عمرو على وضع الحرب عشر سنين يامن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض الحديث
وقال الاترازي فيه نظر اي في الذي ذكره صاحب الهداية لان الصحيح عند اصحاب المغازي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وادعهم على ترك القتال سنتين هكذا ذكره معتمد ابن سليمان في كتابه عن ابيه انتهى قلت كلامه
يدل على انه ابن عشر سنين غير صحيح ولم يطلع في كتب الحديث هذا في رواية احمد عشر سنين وفي سيرة ابن هشام
عشر سنين وفي سنن ابي داود عشر سنين وفي مغازي الواقدي عشر سنين نعم وقع في رواية البيهقي في دلائل
النبوة سنتين في رواية موسى ابن عقبة وكذلك في رواية ابن عائذ عن محمد ابن شعيب ان مدة الصلح
كانت سنتين يعني ذلك قال ابو الفتح اليعمري اهل النقل مختلفون في تحديد المدة بعشر سنين وقال السهيلي في
الروض الانف اختلف العلماء هل يجوز الصلح الى اكثر من عشر سنين ووجه المتابعين اي منع الصلح هو الاصل
بدليل اية القتال وقد ورد التحديد بالعشر في حديث ابن اسحق فحصلت الاباحة في هذا القدر وبقي الزائد
على الاصل انتهى وهذا هو التحقيق في تحرير الاسلام في هذا المقام فان احدا من الشراح لم يسلك مسلكا فيه
لهم من تكلم عنه بالكلية م ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع
الشر حاصل به ش اي المراد عنه واتى بذكر الضمير باعتبار معنى الصلح ولذا الكلام في تذكير الضمير في قوله اذا
كان خيرا م ولا يقتصر الحكم على المدة المروية ش يعني عشر سنين لان هذه المدة تدبر مع المصلحة
وهي قد تزيد وقد تنقص ش لتعدي المعنى م وهو دفع الشر ش الى ما زاد مثلها م اي على المدة المروية
ش بخلاف ما اذا لم يكن خيرا م متصل بقوله اذا كان خيرا يعني لا يجوز الصلح اذا لم يكن خيرا للمسلمين ش
لانه ترك الجهاد حقيقة م واما ظاهرا حيث ترك القتال واما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن
في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد يعني ايضا م براي وان صالحهم مدة ش اي وان صالح الامام اهل الحرب مدة
معينة ش ثم راى اي نقض الصلح انفع م للمسلمين ش نبذ اليهم م من النبذ وهو الطرح والمراد نبذ
العهد وهو الاعلام بنقضه لكنه لما امرهم طرحه اليهم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وادع قريشا
لما اراد النبذ بعث الى مكة من نادى بنقض الصلح على ما يجيء ش وقاتلهم لانه عليه السلام م اي لان النبي صلى الله
عليه وسلم ش نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة م كانت هذه الموادعة في يوم الحديبية وكان بعضها

من شاء ان يدخل من عهد محمد صلى الله عليه وسلم وعهده دخل ومن شاء ان يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فدخل
جماعة في عهد محمد صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة والثمانية عشر
شهرا ثم ان بني بكر وثبوا على خزاعة وقاتلوهم وجاء الخبر بذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم امر الناس
بالجهاز فقال ابو بكر رضي الله عنه يا رسول الله الم يكن بينك وبينهم مدة فقال الم يبلغك ما صنعوا ابن مردويه
البيهقي في دلائل النبوة ورواه ابن ابي شيبة مرسلا وفيه فقال ابو بكر ما قاله الان فقال عليه السلام الم يغدروا
غدروا ونقضوا العهد فانا غازيهم الحديث م ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا ش اي ابقاء العهد
والمفروض ترك الجهاد م صورة ومعنى ش اما صورة فظاهر لان فيه ترك القتال واما معنى ولان فيه
القتال واما معنى ولعدم دفع الشر وتقرير الجهاد من حيث المعنى م ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ش ليس هذا الحديث من النبي صلى الله عليه وسلم وانما هو من كلام
عمرو بن عبسة وله قصة رواها ابو داود وابو داود والنسائي والترمذي عن شعبة اخبرني ابو الفيض عن سليم
ابن عامر رجل من حمير قال كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد
غزاهم فجاء رجل على فرس او برذون وهو يقول الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا عمرو بن عبسة فارسل
معاوية اليه فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة
ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس وقال الترمذي حديث حسن صحيح
ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ
من انفاذ الخبر التي مملكته لان بذلك ينتفي الغدر ش قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على
سواء منكم وبينهم في العلم بذلك تعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقيل ليعلموا بذلك ليعودوا الى ما لا امر
عليه في التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر قوله خيانة اي نقضا للعهد م وان بدأوا بالخيانة قاتلهم
م اي الامام ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك ش اي نقض العهد م باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد
فلا حاجة الى نقضه ش اي نقض العهد م بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم ش اي من اهل دار الحرب
فقطعوا الطريق م في دار الاسلام ش ولا منعة لهم م اي والحال انهم لا قوة لهم ولا شوكة ش حيث
لا يكون هذا نقضا للعهد م لا في حقهم ولا في حق غيرهم لذا في نقض العهد في دارنا ش ولو كانت لهم
منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم من اهل الحرب منهم م لانه
ش اي لان نعلم هذا م بغير اذن ملكهم فعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين
للعهد في حق جميعهم لوجود الرضى منهم موادعة اهل الحرب ش لما ذكر هذا بعدان بين حكم موادعة
اهل الحرب لان القدوري لم يذكر الموادعة على المال ولم يذكر الموادعة مع المرتدين ايضا وذكر
ذلك كله في الجامع الصغير فلذلك ذكر موادعة الحرب وذكر الموادعة على المال بقوله م وان يأخذ
على ذلك مالا ش واذا رأوا ايضا ان يأخذوا مالا في الموادعة فلا بأس به لانه لما جازت الموادعة
بغير اذن المال فكذا بالمال م فلا يجوز بالمال لكن بعد اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن
ش اي الحاجة م لا يجوز ش لانه الاخر م لما بينا من قبل ش اشار به الى قوله انه ترك الجهاد صورة
ومعنى هكذا فسره الاكمل وقال الكاكي لما بينا من قبل وهو انه لا يحل قتالهم قبل النبذ الا ان الرازي قوله لما
بينا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل هذا بخطوط بقوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وبجوزان يكون
اشارة الى قوله لانه منسوبة الاخر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط وكتب شيخي بخطه في هذا انه
ترك للجهاد اشارة الى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى م والماخوذ من المال ش منهم على الموادعة
م يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا باحتهم ش اي بدارهم للحرب والاخير فيه لانه في معنى
الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذ المال فهو غنيمة يخمسها ش اي يخرج الخمس منها م ويقسم الباقي بينهم
ش اي بين الجيش المجاهدين الغانمين لانه ماخوذ بالقهر معنى ش اي من حيث المعنى لانه ماخوذ
الفتح بالقتال م واما المرتدين فيوادعهم الامام ش اذا طلبوا ذلك رجاء الاسلام منهم فيوخر القتل عنهم

٢٦٨

م حتى ينظروا في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
هذا اذا غلب المرتدون على مدينة وصارت دارهم دار الحرب يدل على ما ذكره الفقيه وضع المسألة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون
على دار من دور الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف م ولا ياخذ عليه مالا ش اي ولا ياخذ الامام على ما فعل من موادعتهم مالا لانه م
ش اي لان الشان م لا يجوز اخذ الجزية منهم ش فيكون اخذ الجميع المال منهم في معنى الجزية فلا يوخذ م لانه لا يجوز اخذ الجزية من اهل الردة لما بين
ش اي في باب الجزية م ولو اخذه لم يرده ش اي لو اخذ المال الامام منهم م لان المال غير معصوم ش لانه مال لهم في المسلمين اذا
ظهروا على ذلك الاطلاق ما اخذ من اهل البغي حيث يرده عليهم بعدما وضع الحرب اوزارها لانه ليس بفيء الا انه لا يرده حال الحرب لئلا يكون
اعانة لهم على المعصية م ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام ش يعني لا يدفع اليهم شيئا
لانه من اعطاء الدنية ش اي النقيصة م والحاق الذلة باهل الاسلام ش ولا يجوز ذلك م الا اذا خيف الهلاك ش يعني اذا كان المسلمون بحال
على انفسهم الهلاك فلا بأس بذلك لان الضرورات تبيح المحظورات م لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ش وهذا لا يجري على عمومه فانه
لو لم يكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر ينبغي ان يجب ولا يجب بل هو مرخص به وكذا لو اكره بقتل نفسه او بقتل غيره لا يجب عليه
الصبر عن قتل الغير مراحمة حتى لو صبر في الصورتين كان شهيدا فعلم ان المراد باي طريق كان سوى المستثنيات التي لا اباحة في مباشرتها شرعا
م ولا ينبغي ان يباع السلاح لاهل الحرب ولا يجهز اليهم ش اي لا يحمل اليهم التجار للجهاد وهو الباغ يعني هذا السلاح وفي الجامع الصغير
يكره بيع السلاح من اهل الفتنة م لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ش هذا حديث غريب بهذا اللفظ ورد
البيهقي في سننه والبزار في مسنده والطبراني في معجمه من حديث بحر بن كنيز السقا عن عبد الله اللقيطي عن ابي رجاء عن عمران بن حصين ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة وقال البيهقي رفعه وهم والصواب موقوف وقال ابن البزار لا نعلم احدا يرويه
عن النبي صلى الله عليه وسلم الا عمران بن حصين وعبد الله اللقيطي ليس بالمعروف وبحر بن كنيز ليس بالقوي وقد رواه سالم عن زرين ابي رجاء عن عمران
موقوفا م ولان فيه ش اي في بيع السلاح لاهل الحرب تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك م اي من بيعه م وكذا الكراع ش اي وكذا لا يبيع
الكراع منهم لا يبيعه ولا يجهزه اليهم والكراع الخيل م لما بينا م اشارة الى قوله لان فيه تقويتهم ش وكذا الحديد ش اي ولا ينبغي
ان يباع الحديد منهم م لانه اصل السلاح ش وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير بيع ما يقاتل به الا بصنعة
لا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير ليس لما قاله في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس باله للمعصية وانما يصير آلة للمعصية بعد ما يصير خمرا واما هنا
فالسلاح آلة الفتنة في الحال فاذا كان هكذا ايكره ممن يعرف بالفتنة فيما هذا نعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره لان نفسه ليس بآلة للمعصية
كالعصير انتهى قلت هذا الذي قاله مثل ما قاله فخر الاسلام وهذا هو التحقيق الا ان ظاهر الرواية بخلاف ذلك الا ترى ان الحاكم
لم ينص على التشريك للحديد والسلاح واليه ذهب المصنف حيث قال ولذا الحديد لانه اصل السلاح لكن يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذ
المعازف حيث لم يكره ولذا لا يكره بيع العصير ممن يتخذه خمرا م وكذا بعد الموادعة كما اذا باع السلاح والكراع منهم قبل الموادعة فكذلك بعد
الموادعة م لانها ش اي الموادعة م على شرف النقض ش يتبدل المصلحة م او الانقضاء ش اي وعلى شرف انقضاء مدة الموادعة فكانوا
حربا علينا ش اي بعد ذلك م وهو القياس ش يعني كان القياس في الطعام اي في بيع الطعام منهم م والثواب ش ولذا بيع الثوب منهم وحمل ذلك
اليهم مكروها م الا انا عرفناه ش اي عرفنا جواز ذلك م بالنص ش وفسر النص بقوله م فانه عليه السلام م اي فان النبي صلى الله
عليه وسلم م امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه ش اي على النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ م لم يتكلم احد من الشراح
في حديث ثمامة هذا الذي خرجه ولم يرووه وما قصته وما رواه البيهقي في دلائل النبوة في طريق ابن اسحق حدثني سعيد المقبري عن
ابي هريرة رضي الله عنه فذكر قصة ثمامة بلفظ الصحيحين وفي آخره فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وآمنت به
والذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف اهل مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى
جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بارحامهم انه يكتب الى ثمامة يخلي اليهم حمل الطعام فقبل رسول الله صلى الله عليه
وسلم مختصر وذكر ابن هشام في اواخر السيرة وفيه والله لا يصل اليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم خرج
الى اليمامة فمنع اهلها ان يحملوا الى مكة شيئا فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب
اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يخلوا بينهم وبين الحمل ورواه الواقدي ايضا مطولا وفيه فكتب
الى رسول الله صلى الله عليه الى ثمامة انه يخلي بين قريش وبين الميرة فلما جاء الكتاب قال سمعا وطاعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم مختصر فلت
تمت الثلاثة اسل

م فصل ش اي هذا فصل في بيان احكام الامان ولما كان الامان نوعا من الموادعة
لان فيه ترك القتال كما في الموادعة ذكره فصل على حدة م واذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة اي وامن جماعة
ان يمن بقا اهليه اي بالبر واي بالطعام

م واهل حصن ش وامن اهل حصن م او مدينة صح امانهم لم يجز لاحد من المسلمين قتالهم ش وصح امان جماعة من الكفار او اهل الحصن والنصارى والمصدر مضاف الى مفعوله وطوى ذكر الفاعل وسوا كان الرجل الحر الذي منهم صبي او شيخا او مريضا واذا كان عبدا فيه كلام ان شا الله تعالى والاصل فيه اي في حكم الامان قوله عليه السلام اي قول النبي صلى الله عليه وسلم والمسلمون تتكافى دماوهم ويسعى بذمتهم ادناهم هذا الحديث اخرجه البخاري ومسلم عن ابن رضي الله عنه ما لنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم الا قراءة وما في هذه الصحيفة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة حرم الحديث وفيه ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم الحديث واخرج البخاري عن انس واخرج مسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة حرم الحديث وفيه ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم واخرج ابن ماجة وحذيفة في حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون تتكافى دماوهم وهم يد على من سواهم يسعى ادناهم ويرد عليهم اقصاهم وروي ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يد المسلمين على من سواهم تتكافى دماوهم ويجير على المسلمين ادناهم ويرد على المسلمين اقصاهم قوله تتكافى دماوهم اي تتكافى وتتساوى في القصاص والديات لا فضل للشريف على الوضيع لذا قال ابو عبيد قوله يسعى بذمتهم الذمة العهد والامان ولهذا سمي المعاهد ذميا لانه اعطي الامان على ماله ودمه والحرمة التي يوخذ منه ومنه قول سلمان الفارسي ذمة المسلمين واحدة وفسر المصنف ادناهم م اي اقلهم وهو الواحد ش لانه اقل منه وانما فسر بالاقل احترازا عن تفسير محمد رحمه الله تعالى حيث فسر العبد لان ادنى المسلمين العبد الادنى تفاضل من الدناة وجعله قوله من الدنو قوله وهم يد على من سواهم اي كلهم ونصرتهم واحدة على جميع الملل المحاربة لهم يتعاونون على ذلك ولا يخذل بعضهم بعضا قوله ويرد عليهم اقصاهم معناه اذا دخل العسكر ارض الحرب فوجه الامام السرايا فاغتنموا شيئا جعل لها ما سمي لها ورد ما بقي على العسكر لانهم ردء في السرايا قوله ويجير من فلان على فلان اذا اجنه منهم ومنعه م ولانه ش اي ولان كل واحد من الرجل والمراة م من اهل القتال ش اما الرجل فظاهر واما المراة فبالسبب اما بنفسها فان تخرج للمداواة والخبز والطبخ ومنها جهادا او بعبدها فان قلت في قوله عليه السلام هذه ما كانت هذه تقابل المادي اراه معقوله قلت معناه اما تقابل بنفسه ش فيخافونه وهو ش من اهل المنعة فيتحقق الامان منه م الضمير المنصوب في فيخافونه وقوله اذ هو وفي قوله منه وكلها يرجع الى ما يرجع الضمير الذي في قوله ولانه م لملاقاته محله ش اي لملاقاة الامان محل الامان ومحله هو الحربي الخائف م ثم يتعدى الى غيره ش اي لم يتعدى الامان الى غير الذي امن من المسلمين كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم م شهد منه ثم يتعدى منه الى غيره ش ولان سببه م اي سبب الامان لا يتجزى وهو الايمان ش اي التصديق بالقلب م وكذا الامان لا يتجزى ش فاذا تحقق بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فتحقق الثاني وهو معنى قوله م فيتكامل ش اي ينفرد وكل مسلم به تكامل بيته في حقه م كولاية الانكاح فيما اذا وجد الانكاح من احد الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سببه ولايته وهو القرابة غير متجز فلا يتجزى في الولاية فلذلك هاهنا وقال الاكمل رحمه الله واعلم ان المصنف رحمه الله استدل بالمعقول على وجهين حمل المنادي في احدهما لون من يعطي الامان ممن يخافونه وفي الاخر الايمان فالاول يقتضي عدم جواز العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو وجعل الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره فان اولى ان يمكن ان يحمل الاول علة والاخر شرطا او سماه سببا مجازا والتي مبني على عدمه عند عدم شرطه م الا ان يكون في ذلك مفسدة ش استثنا من قوله صح امانهم اي الا ان يكون في الامان فساد في حق المسلمين م فينبذ اليهم ش اي يعلمهم بالنبذ اي يعلم الامام اهل الحرب بالنبذ وهو نقض العهد وقد بيناه م اي في اول فصل الموادعة عند قوله وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم ش ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ش اي والحال ان فيه فساد م ينبذ اليهم الامام لما بينا ش اي في فصل الموادعة لما ذكرنا الا ان قال الاكمل رحمه الله وتبعا لعلم رضي عنه قبل قوله ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد الجيش تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون فيه مفسدة انتهى قلت اراد بهذا القائل الاترازي حيث قال هذا تكرار محض لا محالة لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة ثم قال الاكمل بعد نقله هذا عنه واقول يجوز انه يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز ان يكون اعادة تمهيدا وتوطئة لقوله م ويرد به الامام لافتياته على ذلك اي يود الامام ذلك الواحد من الجيش لافتياته اي لتقدمه على راي الامام في الحل لافتيات اي التسبعه على راي الامام قال في الحل لافتيات افتعال من الفوت وهو السبق الى الشيء دون ايتمار من قوله تعالى الاية لافتيات على فلان فقلبت الواو يا لتحركها وانكسار ما قبلها بخلاف ما اذا كان فيه نظر اي خلاف ما اذا كان في امان هذا الواحد في الجيش نظر للمسلمين ومصلحة لهم حيث لا يوديه الامام م لانه ش لان هذا الواحد لم ينتظر الى راي الامام م وربما يفوت المصلحة بالتاخير ش اي بتاخير الكلمات م فكان هذا هو الواحد معذورا ش في الاقدام على الامان م ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم ش لانه من جلتهم وان حضر لمعونة المسلمين وهو متهم لا يحتج ذلك لانه يشتغل بتقوية الكفر وعن مالك يصح لان له ذمة فكان تابعا للمسلمين والمشهور عنه انه لا يصح ش ولذا لا ولاية له على المسلمين لان

الامانة

الامانة نفاذ وهو قول الامان على الغير شاء او ابى ولا ولاية للكافر الى ولا يصح ايضا امان اسير ولا امان تاجر قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا فلا يصح امانه ولا اسير ولا تاجر اي ولا يصح ايضا امان اسير ولا امان تاجر ش يدخل عليهم ش اي على اهل الحرب لانهما مقهوران تحت ايديهم ش لان الامان لدفع الخوف م ولا يخافونهما ش اي ولا يخاف اهل الحرب الاسير والتاجر م والامان يختص بمحل الخوف ش والاسير والتاجر ليس بمحل الخوف لانهما مقهوران م ولانهما ش ولان الاسير والتاجر يجبران عليه ش اي على الامان اذا احتاجا اليه م فيعرى الامان عن المصلحة ش لان الامان شرع لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في امان حصل عن اكراه مستهد للرضى م ولانهم ش ولان اهل الحرب كلما اشتد الامر عليهم ش من ضيق الحصار وشدة الحال م يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون عن الشدائد م بامانه ش اي بامان الاسير او التاجر م فلا ينفتح باب الفتح ش لا ينسد بالامان فيوقع العدد ويبطل الجهاد م ومتى اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ش اشارة الى قوله والامان يختص بمحل الخوف م ولا يجوز امان العبد ش المحجور عليه من القتال م عن ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال وهو قول محمد يصح وهو قول الشافعي رحمه الله ش وبه قال مالك واحمد م وابو يوسف منه ش اي مع محمد م في رواية ش وهو رواية الكرخي م مع ابي حنيفة في رواية ش وهو رواية الطحاوي وهو الظاهر عنه واعتمد عليه في المبسوط م لمحمد قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م امان العبد امان ش رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ش هذا الحديث غريب واسم ابي موسى عبد الله بن قيس وروى ابي موسى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا طويلا عن فضيل عن يزيد الرقاشي وفيه اجاز امانه اي امان العبد البيهقي باسناد ضعيف عن علي رضي الله عنه مرفوعا ليس للعبد من الغنيمة الا خرثي المتاع وامانه في المراة جائز اذا هي اعطت القوم الامان قوله خرثي المتاع بضم الخاء المعجمة وسكون الراء وكسر الثاء المثلثة وتشديد الياء الحروف قال ابن الاثير الخرثي اثاث البيت ومتاعه واستدل الاترازي لمحمد بقوله عليه السلام ويسعى بذمتهم ادناهم وادنى المسلمين العبد فيصح امان العبد ايضا مما كان لا اطلاق الحديث م ولانه ش اي ولان العبد م مومن ممتنع ش يعني ذو قوة وامتناع يعني بنية صالحة للقتال م فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال ش والجامع اعلاء كلمة الله ودفع الكفار والمراد بالامان ش اعتبار بالموبد بالتاء والخلاف يعني عقد الذمة بان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقيل العقد منه صح هذا العقد والقبول من العبد لا يصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك م بالايمان ش مرفوع على الابتداء ش يعني شرطنا الايمان في قولنا ليصح امانه م لكونه ش اي لكون الايمان م شرطا للعبادة ش والجهاد عبادة ش والامتناع ش اي الامتناع شرط ايضا ش ليتحقق ازالة الخوف به ش اي بالامتناع م والتاثير ش يعني في صحة قياس المحجور بالماذون وقيل يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على الماذون له ش اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة ش اي حالة المصلحة وهو الامان في الحر فاذا وجد في المحجور عليه صح تتعقد اليه السنة في باب الاقيسة م وانما لا يملك المسايفة م جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة وهي المضاربة بالسيف وهو لا يملكه فكذا لا يملك الامان ايضا فتقرير الجواب انما لا يملك المسايفة م لما فيه ش اي في السلة م تعطيل منافع المولى ش وهو لا يملك ذلك م ولا تعطيل ش اي المنازعة م في مجرد القول ش وهو ظاهر ولابي حنيفة انه ش اي ان العبد م محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم ش اي لان اهل الحرب م لا يخافونه ش اي العبد م فلم يلاق الامان محله ش ومحله الخوف وما قال الاكمل قول ابي حنيفة انه محجور عن القتال صح الى قوله ما به وتقرير لا ينافي وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لازالة الخوف وهم لا يخافونه وان تكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقرير انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه وفيه تصرفات للخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه بالكفار من اين يعلمونه انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما راوا شابا مقتدرا على القتال والامان نوع قتال المكان لا يباشر انا المذهب ابي حنيفة ومحمد فتامل م بخلاف الماذون ش في القتال لان الخوف منه متحقق م فيصح امانه ولانه ش اي ولان العبد وهو عطف على قوله لانهم لا يخافونه م انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف مع الشاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتل علما انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف انه ممنوع عن القتال في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر ش اي في حق المولى م والامان نوع قتال ش وذلك لان القتال لدفع شر الكفرة وفي الامان دفع شرهم ايضا م وفيه ما ذكرنا ش اي في الامان احتمال الضرر لان الامان نوع قتال لانه قد يخطى ش اي لان العبد قد يخطي ش في القتال لعدم ممارسته بامر الحرب م وهو الظاهر ش كان اشتغاله يحدثه اولى منعه عن العلم اداب الحرب م وفيه اي وفي الامان منه م تفويت الاستغنام على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا للضرر للمولى فكيف يصحح لما يتضرر المولى والمسلمون توضيحه انه امانه يوجب تحريم القتال والاستغنام بعد ذلك والاستغنام اكتساب مال الحاج فبعد صحة الامان لا ينبغي للمولى استعمال عبده في الاستغنام وهو ضرر للمولى لا محالة م بخلاف الماذون لانه رضي به ش اي بخلاف امان الماذون لان المولى رضي به ش اي بما م والخطا نادر م اي الخطا المادون نادر لمباشرته ش اي لمباشرة الماذون ش القتال لانه لما باشر عرف مصلحته

للامان فكان الخطاء نادرا م وبخلاف المؤبد ش اي الامان المؤبد وهو عقد الذمة وللوجوب قوله والمؤبد
بالامان ولانه ش اي لان الامان المؤبد م خلف عن الاسلام ش من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به بطل الحربي
م فهو بمنزلة الدعوة اليه ش اي على الاسلام وهو نفع للمسلمين لا مر فصح ذلك الامان ذلك م ولانه ش اي ولان الامان
المؤبد م يقابل الجزية م وفيه نفع للمسلمين م ولانه م ولان الامان المؤبد مفروض ش اي فرض عند مسالتهم ش اي
مسئلة اهل الحرب م ذلك ش اي الامان وقال الاترازي هنا شئ اذا طلب الحربي الاسلام عليه من المحجور عليه يفترض عليه العرض
وقال الامام الاكمل ولانه مفروض عند مسالتهم ذلك يعني ان الكفار اذا ارادوا وطلبوا عقد مفترض على الامام اجابتهم اليه وفي اسقاط
العرض نفع وقال تاج الشريعة اذا طلبوا يفترض على الامام اجابتهم فيكون العبد مسقطا للفرض وفي اسقاط الفرض نفع لكونه
منجيا عن العذاب ولا كذلك الامان لانه ليس فيه اسقاط الفرض م فافترقا ش اي افترق امان العبد المحجور عليه عن امان
وامان الماذون له في القتال وافترق الامان الموقت من المحجور عليه والامان المؤبد منه م ولو امن الصبي وهو لا يعقل
لا يصح ش اي امانه م كالمجنون ش وعدم صحة امانه وبه قالت الثلاثة وقال الناطفي في الاجناس نقلا عن السير الكبير
قال محمد الغلام الذي راهق وهو يعقل الاسلام وصفته جاز امانه ثم قال وهذا قوله واما عند ابي حنيفة وابو يوسف لا
يجوز وقال في كفاية البيهقي لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد اذا كان يعقل الاسلام وصفه
م وان كان ش اي الصبي م يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف م اي الخلاف المذكور في العبد المحجور فعند ابي حنيفة
لا يصح امانه وعند محمد يصح وبه قال مالك واحمد فعند ابي حنيفة يصح امانه في وجه بقول ابي حنيفة وقال الشافعي واحمد
في وجه وبقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه م وان كان ش اي الصبي م ماذونا له في القتال في ذلك اوجه كرم
فالاصح انه يصح بالاتفاق ش اي باتفاق اصحابنا وقال على الخلاف انه تصرف دائر بين الضرر والنفع كالبيع فيملكه الصبي بعد
الاذن فائدة والفاظ الامان لا تخف ولا توجل او مترس يعني لا تخف ولكم عهد الله وذمة الله او تعال
فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير

باب الغنائم وقسمتها

ش اي هذا باب في بيان احكام الغنائم
وهو جمع غنيمة والغنيمة اسم المال ماخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفيء اسم المال يوخذ منهم بغير قتال كالخراج
والجزية وخمس الغنيمة واربعة اخماسه للغانمين والفيء لا يخمس بل هو لكافة المسلمين والنفل ما يعطى الامام الغازي زيادة
على سهمه ش واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين الغانمين قوله عنوة العنوة لغة
ولاء عني يعني ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد بل يكون هو تفسير في طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر وان القهر
الذل مستلزم للقهر قوله قسمه اي قسم البلدة بتاويل البلد لا كان ينبغي ان يقال قسمها لما فعله رسول الله صلى الله عليه
وسلم بخيبر اخرجه ابو داود في سننه عن يحيى ابن زكريا عن يحيى ابن سعيد عن بشير ابن يسار عن سهل ابن حثمة قال
قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما وان شاء
اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج لذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق م اخرج ابو عبيد
في الصفات باسناده الى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بعث عثمان ابن حنيف على سواد الجراح الحديث وفيه ان جرير
الخراج على كل جريب الى ان قال وافرض على اغنيائهم على المؤمنين ثمانية واربعين درهما وعلى من دون ذلك اربعة وعشرين
درهما وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما الحديث ورواه ابن ابي حيونة في كتاب الاموال ايضا م وسمي سواد العراق
لخضرة اشجاره وروي عنه وحد طولا من حديثة الموصل الى عبادان وعرضا من العذيب الى حلوان وهو الدفع على عهد عمر
رضي الله عنه وهو اطول من العراق بخمسة وثلاثين فرسخا موافقة من الصحابة رضي الله عنهم اذا ان عمر رضي الله عنه لما
وضع الخراج والجزية على اهل سواد العراق بعد الفتح وافقهم على ذلك الصحابة رضي الله عنهم وما خالفه في ذلك الا بلال
واصحابه وقال اقسم بيننا فانه الغنيمة حقنا وكان عمر يقول ما فعلت والحق لم يهتد الى الحكمة فيما فعل عمر رضي الله عنه وتمسكوا
بالظاهر فيما فعل بطريق الحتم لما خالفه عمر رضي الله عنه وقد روى البخاري في صحيحه باسناده الى زيد ابن اسلم عن ابيه قال قال
عمر رضي الله عنه لولا اخر المسلمين ما فتحت قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر ولما لم يرجع بلال واصحابه
عما قالوا ولم يتركوا المنازعة مع عمر رضي الله عنه دعى عمر رضي الله عنه عليهم وقال القاضي ابو زيد روي ان عمر قال اللهم اكفنا
بلالا واصحابه فما حال الحول ومنهم عين تطرف ماتوا كلهم وقال تاج الشريعة فدعا عليهم عمر رضي الله عنه على المنبر وقال اللهم
اكفني بلالا واصحابه فماتوا جميعا قبل تمام السنة واشار المصنف الى ذلك بقوله م ولم يحمد من خالفه ش اي من خالف عمر رضي الله عنه
في كل من ذلك قدوة اي الغنيمة بين الغانمين واقرار اهلها عليها قدوة اي اتباع لما فعله عمر ومن وافقه من الصحابة فاذا
كان ذلك قضى م ش الامام بين القسمة واقرار اهله عليه وللقائل ان يقول لا نسلم ان احدا من الصحابة يبصر قدوة
على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي

صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم انه عليه السلام على اي جهة فعله فعله يحمل على ادنى منازل افعاله وهي الاباحة وحينئذ لا يستوجب لا محالة
اذا جاز دليل الصحابي جاز ان يعمل بخلافه قلت فيه تامل والاحسن ان يقال ان عمر رضي الله عنه قد علم من النبي صلى الله عليه وسلم انه
ما فعله باهل خيبر لم يكن على وجه الحتم لما ذكرنا الان الوجه الثاني انه على تقدير انه عليه السلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضي الله عنه فعل
ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاءوا من بعدهم بعد علم بعد قوله تعالى وما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى فكل
ثابتا باشارة النص وهو تقييد القطع فيكون الواجب احدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله
عليه وسلم احدهما وفعل الاخر هكذا ذكره الاكمل وقال صاحب النهاية روي ان عمر رضي الله عنه استشار الصحابة مما امر نوح جمعهم اتاني بلو
اية من كتاب الله عز وجل استغنيت بها عنكم ثم تلا قوله تعالى وما افاء الله على رسوله من اهل القرى الى قوله للفقراء المهاجرين الى قوله
والذين تبوءوا الدار والايمان وهكذا قراءة عمر رضي الله عنه الى قوله والذين جاءوا من بعدهم اري لمن بعدكم في هذا نصيبا ولو قسمتها
لم يكن لمن بعدكم نصيب فمنها عليهم وجعل الجزية على رؤسهم والخراج على اراضيهم ليكون ذلك لعامة من ياتي من بعدهم من المسلمين
ولم يخالفه على ذلك الا نفر منهم بلال ولم يحمدوا على خلافه م وقيل ش في التوفيق بينهما الاول ش اي القسمة لما فعل رسول الله صلى
الله عليه وسلم بخيبر م اولى عند حاجة الغانمين ش اي عند احتياجهم اليها وفي بعض النسخ وقيل الاول هو الاول م والثاني ش اي اقرار اهل
البلد عليه بالمن ووضع الجزية والخراج لما فعل عمر رضي الله عنه م عند عدم الحاجة ش اي الحاجة الغانمين اليه م ليكون عدة في الزمان
ش اي في الذي بعدهم م وهذا ش اي اقرار اهل البلد على انفسهم بالمن م في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم
يرد الشرع عليهم به ش اي بالدفع اليهم مجانا وبعيه عليهم وانما قيد المنقول بالمجرد لانه لا يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية
العقار على ما ياتي عن قريب م في العقار خلاف الشافعي ش فان عنده لا يجوز اقرار اهل البلد على انفسهم بالمن في العقار بل يقسم الاراضي
العقار والاشياء التي في ايديهم وبه قال احمد وعن مالك يقسمها وعنه لقولنا م لان في المن ابطال حق الغانمين ش اي عندنا لانه لا يثبت الملك
قبل الاحراز بدار الاسلام م او ملكهم ش اي وابطال ملكهم عند الشافعي لان الغنيمة ملك عنده قبل الاحراز بالدار م ولا يجوز ش اي المن م
من غير بدل يعادله ش اي يعادل حق الغانمين فان قيل الخراج يعادله اجاب بقوله م والخراج غير معادل لقلته كان قيل ما الحق او الملك
ثبت في رقابهم ايضا وجاز ان يعمها فاجاب بقوله م بخلاف الرقاب م ان حقهم لم يتعلق بها ش لان للامام ان يبطل حقهم راسا م في الرق بالكلية
بالقتل م ولكنا له ان يبطل بالخلف وهو الجزية وهذا لانه خلف في الاطراح والثابت بعكس الامام اذا استرقهم فيه بدل حكم الاصل
اذا حطهم احرارا فيه بقي حكم الاصل لكان جائزا م والحجة عليه ش اي على الشافعي ما رويناه ش من فعل عمر رضي الله عنه بموافقة الصحابة
م ولان فيه ش اي في اقرار اهله عليه م نظرا لهم ش اي للمسلمين لانهم ش اي لان الكفار لولا م كالاكرة ش بفتح الهمزة والكاف والراء
اي كالمزارعين م العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة ش حاصل الكلام ان تصرف الامام على وجه النظر في اقرار اهلها عليها
لانه لو قسمها بين الغانمين اشتغلوا بالمزارعة وقعدوا عن الجهاد وكان يكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم
وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة المزارعين للمسلمين العالمة بوجوه المزارعة م والمؤن ش اي مؤن المزارعة م مرتفعة م عن
الامام عن المسلمين مع انه يحظى م بالطا العجمة م ويدر الدين ياتون من بعدهم ش قال السغناقي اشارة الى قوله تعالى والذين جاءوا
من بعدهم م والخراج دائم ش هذا جواب عن قول الشافعي والخراج غير معادل للقلة تقريره ان الخراج م وان قل حالا لكونه
بعض ما يمكن انه يخرج في سنة م مندمجات ش بالجيم ش اي في المستقبل م لدوامه ش في وجوبه كلية م وان من ش اي الامام م عليهم
ش اي على الكفار بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات قدر ما يهيا لهم العمل م لانهم لا يتمكنون من الانتفاع بالاراضي الا
بآلات الزراعة ولابد من ان يدفع لهم ما يتقوتون على ذلك م ليخرج من حد الكراهة ش معناه من الامام الممن ياتي فان من عليهم
برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذراري وسائر الاموال جاز ولكن كره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بلا اموال ولا بقاء لهم بدون
ما يكون به رحمة العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي ولا عمر رضي الله عنه لم يفعل لهو الامام من هذا الباب وله فيه
لعين الحيوان بلا فائدة م وهو ش اي الامام م وفي بعض النسخ م قال القدوري وهو م في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه
عليه السلام م اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م قتلهم ش اخرج البخاري ومسلم عن الزهري عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
دخل عام الفتح على راسه مغفر فلما نزعه جاء رجل فقال يا رسول الله ان ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال اقتلوه رواه البخاري في
مسلك ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله اعلم يومئذ محرما واخرج ابو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قتل يوم بدر ثلاثة من قريش صبرا ابن عدي والنضر ابن الحارث وعقبة ابن ابي معيط ورواه ابو عبيد القاسم ابن سلام في
كتاب الاموال هكذا بقوله هشيم المطعم ابن عدي وهو غلط وانما هو طعيمة ابن عدي وهو اخوه واهل المغازي ينكرون
قتل المطعم ابن عدي يومئذ ويقولون مات بمكة قبل بدر والذي قتل يوم بدر اخوه طعيمة فقتل صبرا وانما قتل في
الغزو والله اعلم م ولان فيه م اي في قتل الاسارى ش حسم مادة الفساد ش اي قطع مادته م وان شاء الامام م استرقهم لان فيه
ش اي في استرقاقهم م دفع شرهم من وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين ش اي فعل عمر رضي الله عنه

فان قيل فاقتلوا المشركين ناف ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك القتل في حق اهل الذمة والمكاتب فكذا في الشارع فيه بفعل عمر
رضي الله عنه وقال الاتراري واما جعلهم اهل ذمة على الجزية بوضع الجزية والخراج فلما روي عمر رضي الله عنه انه فعل ذلك بارض
السواد وهو معنى قوله لما بينا لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وغير المرتدين لانه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية ولا
يقبل منهم الا الاسلام او السيف واشار اليه المصنف بقوله م الا ان مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ش اي في باب الجزية ان
شاء الله م ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا اي فان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم لاندفاع الشر
بدونه اي بدون القتل لان الغرض فيهم دفع شرهم وقد حصل ذلك بالاسلام بدون القتل فلا حاجة اليه لكن يجوز
استرقاقهم وهو معنى قوله م وله ش اي للامام ان يسترقهم توفيرا للمنفعة ش للمسلمين م بعد انعقاد سبب الملك وهو اخذهم
وهم كفار م بخلاف اسلامهم قبل الاخذ ش حيث لا يجوز استرقاقهم م لانه لم ينعقد السبب بعد ش اي سبب الملك وهو الاستيلاء
والاخذ بعد الاسلام م ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة ش المفاداة تكون بين اثنين لانه من باب المفاعلة فاذا كان الامر
كذلك فقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته كذا قال المطرزي وفدى الاسير استنقاذه بنفس او مال والفدية اسم ذلك
المال وجمعها فدى وقد نابت وعن المبرد المفاداة ان تدفع رجلا وتاخذ رجلا والفداء ان تشتريه وقيل هما بمعنى وتكون
من الاسير الفداء بالمد والكسر والمد والفتح مع القصر فكان الاسير فعال فداه يفديه فداء وفدى وفاداه يفاديه مفاداة
اذا اعطى فداءه وانقذه وفداه بنفسه وفداه اذا قال له جعلت فداك وقيل المفاداة ان يقتل الاسير باسير مثله اعلم ان اخذ
الفدية بمقابلة اطلاق اسارى المشركين لا يجوز عند ابي حنيفة وهو المشهور عنه م يفادي بهم ش اي بالاسارى التي في ايدينا
م اسارى المسلمين وهو قول الشافعي ش وقول مالك واحمد الا بالمال م فانه لا يجوز المفاداة بالمال عندهم ومنع احمد المفاداة
بصبيانهم م لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به ش اولى من قتل الكافر الاسير في ايدينا والانتفاع
بالكافر م وله ش اي ولابي حنيفة ان فيه ش اي في رد الاسارى المسلمين اليهم م معونة للكفرة ش وفي بعض النسخ معونة م لانه
ش اي لان الاسير الذي يدفع اليهم يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء
ش من الله تعالى في حقه ش حال كونه م غير مضاف الينا ش اي الى فعلنا م والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضافة الينا ش بطريق
التسبب فلا يجوز فان قلت حديث الطحاوي في تصحيح الاثار عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فادى رجلا من
رجل من المسلمين قلت هو منسوخ بدليل ما اخرج عمران بن حصين في شرح الاثار معتبرا ان النبي صلى الله عليه وسلم فدى بذلك المأسور
بعد ان اقر بالاسلام وقد نسخ ان يرد احد من اهل الاسلام الى الكفار بقوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار انما المفاداة ما اخذه
م منهم ش اي باخذ الامام من الكفار م لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا ش اي بقوله ان فيه معونة للكفرة م وفي السير الكبير
ش عن محمد م انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ش وانه عليه السلام فادى اسارى بدر بالمال والفداء
وكان اربعة الاف درهم وبه قال الشافعي واحمد وقال الاتراري وهذا استدلال عجيب مع نزول الاية بالانكار على المفاداة
قلت وهي قوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم فيه عذاب عظيم فقال صلى الله عليه وسلم لو نزل العذاب ما نجى منه الا عمر لان
عمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل كان يغير بالقتل ولو اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير لانه لا يفيد ش لانه لا فائدة في
في تخليص المسلم بالمسلم م الا اذا طابت نفسه به ش اي الا ان يرضى بذلك نفس الاسير المسلم م وهو مامون على اسلامه ش لا يخاف عليه ان
م ينبغي ان يكون هذا على قولهما لان في المشهور عن ابي حنيفة لا يفادى الاسير لا بالنفس ولا بالمال م قال ش اي القدوري م ولا يجوز
المن عليهم ش هذا قول القدوري وقوله م اي على الاسارى ش من كلام المص رحمه الله والمن هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا
بدون اجراء الاحكام عليهم من القتل او الاسترقاق او تركهم ذمة للمسلمين م خلافا للشافعي ش ومالك واحمد وقال الشافعي
يحكم احد الامور الاربعة القتل او الاسترقاق والفداء بالاسارى او بالمال والمن وعندهما احد الامور الثلاثة ولا يجوز المن
وعند ابي حنيفة احد الامرين القتل او الاسترقاق ولا يجوز الفداء والمن فانه اي قال الشافعي بقول من رسول الله صلى الله
عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر وروي انه عليه السلام من على ابي عزة الجمحي يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم م ولانه ش اي ولان المأسور كذا قاله في الكافي والاولى ان يقال ولان الشان م بالاسر والقسر ش اي القهر م
ثبت حق الاسترقاق فيه م اي في المأسور م فلا يجوز اسقاطه ش اي اسقاط الحق بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة
ولان في ذلك تقوية لهم على المسلمين فلا يجوز كورود السلاح اليهم م وما رواه ش اي الشافعي م منسوخ بما تلونا ش وهو قوله تعالى
اقتلوا المشركين لانه متاخر نزوله بعد ذلك لان سورة براءة اخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله
فاقتلوا المشركين فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز
ان يخص منه الاسير قياسا عليهم او بحديث ابن عزة او غيرهما والجواب ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه
دون الاسير وهي المناط وكذا على المستأمن لعدم استحقاق قتله وحديث ابن عزة متقدم على الاية وغيرها غير موجود

عني

او غير معلوم فلا يصح التخصيص بشيء من ذلك م واذا اراد الامام العود ش اي الى دار الاسلام م ومعه مواش م وجميع ماشيته
وهي الابل والغنم والبقر م فلم يقدر على نقلها ش الى دار الاسلام بعدها ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها
ش وبه قال احمد وقال مالك يجوز عقرها لا حرقها م لانه عليه السلام ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م نهى عن ذبح الشاة الا لماكلة
هذا غريب وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد قال حديث ان ابا بكر رضي الله عنه
بعث جيوشا الحديث وفيه لا تعقرن شاة ولا بقرة الا لماكلة والماكلة بفتح التاء مصدر كالاكل م ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض
صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ش والحاق الغيظ بهم فيذبح ثم يحرق بالنار وينقطع لسبيل منفعته عن الكفار وصار كتخريب
البنيان م والجامع قطع المنفعة عنهم ش بخلاف التحريق قبل الذبح وحيث لا يجوز م لانه منهي عنه ش اي لان الحرق بالنار منهي عنه
وفيه احاديث منها ما رواه البخاري عن سليمان بن يسار عن ابي هريرة بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال
ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا
فاحرقوهما وفي لفظ فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله واخرجه البزار في مسنده وسمى الرجلين هبار فيه ان و
هبار بن الاسود نافع عبد القيس م وبخلاف العقر وحيث لا يجوز م لانه مثلة م وهو حرام ويحرق الاسلحة ايضا ش ليقطع
نفعهم هذا اذا كان الامام لا يستطيع عن اخراجها الى دار الاسلام وكان مما يحرق بالنار م وما لا يحرق منها ش بان كان من الحديد
م يدفن في موضع لا يقدر عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ش لان قطع قوتهم بهذا السلاح يكون بالدفن م ولا يقسم غنيمة
في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رحمه الله لا باس بذلك ش اي بالقسم في دار الحرب بعد تمام انهزام المشركين
وبه قال مالك واحمد وقال مالك تجعل قسمة الاموال في دار الحرب ويؤخر قسمة السبي الى دار الاسلام م واصله ش اي اصل الخلاف ان
الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده ش اي وعند الشافعي يثبت ويبنى على هذا الاصل مسائل من
المسائل ش منها ان احدا من الغانمين اذا وطئ امة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عندهم وصارت الامة ام ولده
وعندنا لا يثبت نسبه لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها البيع لو باع الامام او واحد
من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يجوز عندنا خلافا لهم ومنها الارث اذا مات احد الغزاة في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا
خلافا لهم ومنها لو لحق المدد قبل القسمة لا يشارك عندنا ويشارك عندهم ومنها لو اتلف واحد شيئا في الغنم قبل الاحراز لا
يضمن عندنا خلافا لهم م ذكرنا في الكفاية بتوفيق الله ش اراد بالنهي والكفاية كفاية المنتهي وهو كتاب مصنف ثم يقع في دار
القرار والشام ومصر له ش اي للشافعي ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيد ش والاحتطاب
م ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ش اي الاستيلاء م ولنا انه عليه السلام ش اي النبي صلى الله عليه وسلم
م نهى عن بيع في دار الحرب م هذا غريب لم يعرف له اصل م والخلاف ش اي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي م ثابت فيه ش اي
في البيع فاذا حرم البيع حرمت القسمة م والقسمة بيع معنى ش اي من حيث المعنى لاشتمالها على الافراز والمبادلة لا محالة فتدخل
تحته ش اي فيدخل القسمة تحت البيع فلما لا يجوز لا يجوز القسمة م ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة ش وهي اليد التي تثبت بها
حفظ العين م والناقلة اليد الناقلة وهي التي تنقل العين من شخص الى شخص قاله الاتراري وقال الكاكي والناقلة بان ينقله
ليبيعه ومتصرفا فيه وقيل الناقلة بالاحراز الناقل الى دار الاسلام م والثاني ش اي اثبات اليد الناقلة منعدم
لقدرتهم ش اي لقدرة الكفرة م على الاستنقاذ ش اي الاستخلاص لانهم قاهرون بالدار معنى في ايديهم م ووجوده ش
عطفا على قوله وقدرتهم اي ولوجود الاستنقاذ م ظاهرا ش لكون الدار في ايديهم لان الدار انما تضاف الينا او اليهم
باعتبار القوة والاستيلاء ولما بقيت هذه البقعة منسوبة اليهم عرف ان القوة لهم الا يرى انه يحل للامام ان يرجع الى
دار الاسلام ويترك هذه البقعة في ايديهم والقوة على الاسترداد ظاهر يمنع ثبوت يد المسلمين بخلاف ما اذا افتتحت
البلد لانها صارت كدار الاسلام بفتحها واجراء الاحكام منها فكان فتح البلدة كالاحراز بدار الاسلام اشار في المبسوط وفي
السير الكبير الارض التي يخاف فيها المسلمون في ذلك من ارض العدو ودار الحرب ودار الاسلام غلب عليها المسلمون
وكانوا فيها امنين م ثم قيل موضع الخلاف ش قال الاكمل اي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد
هل يترتب حكم الملك من ثبوت القسمة في مصيبة الاكل والوطء وسائر الانتفاع اولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقال
الاتراري ثم قيل الخلاف يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قال بعض المشايخ المراد منه عدم جواز القسمة
حتى لا يثبت الاحكام المترتبة على القسمة كما في الملك من ملك الغير او مبادلة الملك بلا على وجه يظهر اثره في حق
الوطء ونفاذ البيع والهبة وغير ذلك وقال بعضهم المراد منه الكراهة بدونه اي بدون زوال الملك انتهى قلت تفسير الاكمل
يشعر بان معنى قوله ثم قيل موضع الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي وتفسير الاتراري يشعر بان المراد موضع الخلاف اختلاف
المشايخ مطلقا بالنظر عن خلاف الشافعي والذي قاله الاكمل اوجه على ما لا يخفى لانه لا خلاف بيننا وبينه فيما اذا قسم الامام عن

احتهاد انه يجوز والخلاف فيما اذا قسم لا عن اجتهاد كما صرح به المصنف بقوله م ترتب الاحكام على القسمة م ارتفاع
ترتب الاحكام على انه خبر لقوله موضع الخلاف واراد بالاحكام احكام الملك وهي سائر الانتفاعات بالملك م اذا قسم
الامام لا عن اجتهاد ش لان حكم الملك لا يثبت بدونه م اي بدون الملك معناه ان ترتب الاحكام دليل ثبوت الملك
المستلزم لجواز القسمة وعندنا مترتبة بجملة القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا السبب قد تم
قد كان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف
العلة عن المعلول وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وقيل الكراهة م
انما قيل حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما ان في القسمة من قطع شركة المدد فيقل
رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا من وراء ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها
ثم اشار المصنف الى الخلاف في الكراهة هل هي كراهة تنزيه او كراهة تحريم فقال وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال
اي فان محمدا قال في السير الكبير على قول ابي حنيفة وابو يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم
في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى قول ان قول محمد على قول ابي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس كذلك
فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابي يوسف وايضا قوله على
قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة تدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو
عن تسامح والمخلص عنه ان المشايخ اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة
حتى لا يثبت الاحكام المرتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز
القسمة انما يصح على قول الاولين فافهم م ووجه الكراهة ان دليل البطلان م راجح م على دليل جوازها لعدم تمام الاستيلاء
م الا انه ش اي ان دليل البطلان ش تقاعد عن سلب الجواز ش اذ القسمة تجوز بالاجماع اما عنده فظاهر واما عندنا
اذا كانت عن اجتهاد نظيره قوله عليه السلام الهرة سبع فانه تقاعد عن سلب الطهارة المعارضة قوله عليه السلام
الهرة ليست بنجسة قلنا بالكراهة ثمة كذا هنا فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة م لانه لما لم يثبت بقي الجواز بالاتفاق
الكراهة لانه لا يلزم من بقاء الجواز نفي الكراهة لان دليل المرجوح لم يسقط اصلا فحصل من معارضة الدليلين الراجح
والمرجوح والكراهة كما في سور الهرة وهذا الذي ذكرناه من الكراهة عند عدم الحاجة اما لو احتاج الغزاة الى الانتفاع
بالمتاع او الثياب والدواب قسمتها بينهم في دار الحرب لتحقق الحاجة م والردء بكسر الراء وسكون الدال المهملة وفي آخره
همزة وهو العون يقال ردء ردأه اعانه والردء بالفتح مصدر والردء مرفوع على الابتداء وقوله م والمقاتل عطف
عليه وقوله م في العسكر ش ظرف الاثنين وقوله م سواء ش بالرفع خبر المبتداء والقياس ان يقال سواءان ولكن
جاء في الاستعمال بالافراد ايضا قال الجوهري وهما في هذا الامر سواء وان شئت سواءان وهم سواء للجميع وهو سواء
وهم سواسية اي اشباه مثل ثمانية على غير قياس م لاستوائهم في السبب ش اي سبب الاستحقاق اي مجاوزة الدرب
بنية القتال عندنا م او شهود الوقعة عند الشافعي والوقعة صدمة الحرب لا في الحمل اللغوي م على ما عرف ش
اي في طريقة الخلاف م وكذلك ش وكذلك يستوي مع المقاتل في الحرب م اذا لم يقاتل احدهم م لمرض ش اي لاجل كونه
مريضا م او غيره ش اي او غير المرض بان بعثه الامام الى جانب ولم يحضر الوقعة م لما ذكرناه من قبل ش من الاستواء
في السبب م واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها ش اي شارك المدد
الغنيمة وما اسند الفعل الى ضمير الجماعة لان المدد يقع على الجماعة م خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال م لعنده انما
لحقوا بعد انقضاء الحرب وجمع الغنا يحرم بشركوهم واذا لحقوا العدو قضي الحرب قبل احراز الغنائم فعنه قولان وهو
م اي المذكور من الخلاف بناء على عندنا من الاصل م ان سبب الغانمين تمام القهر وذلك بالاحراز بدار الاسلام
عندنا وعنده تمام الانهزام م وانما ينقطع حق المشاركة عندنا في الاحراز ش بدار الاسلام م او بقسمة الامام في
دار الحرب ش قبل لحاق المدد م او بيعه الغنائم فيها ش اي او ببيع الامام الغنيمة في دار الحرب قبل لحاق المدد ش
ش اي لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة م يتم الملك ش اي ملك الغزاة م وينقطع شركة المدد ش ولا يستحقون
شيئا م قال ش اي القدوري م ولا حق لاهل سوق العسكر الا ان يقاتلوا ش اي ولا سهم ولا رضخ وبه صرح
في المبسوط لما قاتلوا استحقوا السهم وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وقال الشعبي الذي لا يستحق احد منه
شيئا وان قاتل لعدم قصده الجهاد م وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم
م الغنيمة لمن شهد الوقعة ش الصحيح ان هذا ليس بحديث مرفوع وانما هو موقوف على عمر رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة
في مصنفه فقال حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب ان اهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم

اهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه الحديث وفيه فكتب عمر رضي الله عنه ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه
الطبراني في معجمه والبيهقي في سننه وقال هو الصحيح من قول عمر رضي الله عنه م ولانه وجد الجهاد منهم بتكثير السواد ش اي
سواد العسكر م ولنا انه توجد المجاوزة ش اي في الدرب م على قصد القتال ش لان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين ولا ارهاب
العدو م فانعدم السبب الظاهر ش وهو مجاوزة الدرب بنية القتال كما هو مذهبنا او شهود الوقعة بنية القتال كما هو مذهب
الشافعي فاذا كان كذلك م فيعتبر السبب الحقيقي كما هو القتال فيفيد الاستحقاق ش اي بقيد القتال استحقاق السهم على حسب حاله
اي حال السوقي في حال كونه م فارسا او راجلا عند القتال ش ان قاتل فارسا فكذا سهم الفرسان وان قاتل راجلا فله سهم الرجال م وما
رواه ش اي الشافعي موقوف على عمر رضي الله عنه كما ذكرناه فاذا كان موقوفا عليه يكون كلام الصحابي وتقليد الصحابي ليس بحجة
عنده علينا م او تاويله ش اي تاويل هذا الذي احتج به الشافعي ان صح م لمن شهدها على وجه القتال م فان ش اي لمن شهد الوقعة على
نية القتال بل للامام حمولة ش بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل وحمار م يحمل عليه ش اي على الحمولة م الغنائم ش جمع غنيمة
قسمها ش اي الغنائم بين الغانمين قسمة ايداع ش اي على وجه الغنيمة والوديعة لا قسمة تمليك م ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم
ش اي من الغانمين م فيقسمها بينهم بعد ذلك قال ش اي المصنف رحمه الله م هكذا ذكر في المختصر ش اي هكذا ذكره القدوري في مختصره حيث
قال وان لم يكن للامام حمولة الى اخر ما ذكره المصنف رحمه الله م ولم يشترط م اي القدوري م رضاهم ش اي رضى الغانمين بذلك مطلقا
ش رواية السير الكبير م حيث قال فيه يكرههم على ذلك لكن باجارة وهو اختيار القدوري وذكر في مختصره لان فيه دفع الضرر
العام بالخاص لان منفعته عائدة اليهم فله ان يفعل ذلك لهم نظرا كما لو اضطروا الى تناول الطعام الغير حيث يتناولها بالقيمة م
والجملة في هذا ش اي في جملة الكلام في هذا الموضع م لان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل حمولة الغنم عليها لان الحمولة والحمول
مال لهم ش ومن النظر حمل مال لهم على مال لهم م وكذا ش اي الحكم م اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه ش اي لان بيت المال مال المسلمين
فيحمل مال لهم على مال لهم م ولو كان ش اي ما يحمل عليه م للغانمين امر بعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير م لا يكرههم عليه لعدم
حل الانتفاع بمال الغير لا بطيبة من نفسه فيكون هذا اجبر الاجارة ابتداء وهي معنى قوله م لانه ابتداء اجارة ش فلا يجوز كما اذا نفقت
دابة ش كما اذا هلكت دابة انسان م في مفازة ومع رفيقه م حيث لا يجبرهم على الاصل على الحمل باجر المثل بلا رضاه فكذا هنا
وقوله ابتداء او اجارة احترازا عن اجارة في حالة البقاء حيث يجوز الجبر فيه باتفاق الروايات لو استاجر سفينة شهرا فمضت المدة
في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى بغير رضى المالك باجرة المثل ذكره في المحيط م ويجبرهم ش اي الامام في رواية
السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ش اي لان الاجبار على الاجارة دفع الضرر العام بتحميل الضرر الخاص وفيها
مسالة السفينة في وسط البحر والدابة في وسط المفازة عند مضي مدة الاجارة او مات صاحب الدابة او السفينة
فانه يبقى الاجارة والاجرة من الغنيمة م ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها ش اي قبل القسمة ومع
هذا اذا باع الامام صح لانه مجتهد فيه ذكره في شرح الطحاوي فعلم بهذا ان المراد بقوله لا يجوز بيع الغنائم الكراهة لا نفي
ترتب الاحكام والكراهة ايضا فيما اذا باع لا لحاجة الغزاة واذا باع لدفع حاجتهم ينبغي ان لا يكره لانه مال اهل الحرب يباح
بالضرورة يباح المحظور فلان يباح المباح اولى ولا كراهة مع الاباحة م وفيه ش اي في بيع الغنائم قبل القسمة خلاف
الشافعي فعنده يجوز لان سبب الملك عند الاستيلاء وقد بينا الاجل ش ان الملك للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام لا يثبت عندنا
ملكا لهم م ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ولا حق لهم في اخراجها ش اي بعد اخراج الغنيمة الى دار
الاسلام بنصيبه لورثته ش اي لورثته الذي كان من الغانمين الذين مات منهم ايضا م لان الارث يجري في الملك ولا ملك
قبل الاحراز ش بدار الاسلام وانما الملك ش يثبت م بعده ش اي بعد الاحراز بدار الاسلام م وقال الشافعي رحمه الله من مات
بعد الاستقرار اي استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام عنده ش اي عند الشافعي وقد بيناه ش اي في مسالة قسمة
الغنيمة في دار الحرب م ولا باس بان يعلف ش يقال علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب يضرب اذا اطعمها العلف وقال
ابن دريد لا يقال اعلفها والدابة معلوفة وعليف والعلف بفتح اللام كلما اعلفته الدابة والعلف بسكون اللام مصدر لما
ذكرناه وقوله م العسكر ش بالرفع فاعل يعلف والفاعل محذوف وهو الدابة ولفظ يعلف يدل عليه لان العلف يكون للدابة
م في دار الحرب وياكلوا ما وجدوه من الطعام م قال ش اي المصنف م ارسله ش اي القدوري يعني اطلقه ولم يقيده بالحاجة
م وقد شرطها ش اي شرط الحاجة محمد في رواية ش وهي رواية السير الصغير م ولم يشترطها في الاخرى ش اي في الرواية الاخرى
وهي الرواية وهي رواية السير الكبير واختارها الكرخي في مختصره وتبعه القدوري حيث اطلقها م وجه الاولى ش اي وجه
الرواية الاولى وهي رواية السير الكبير م انه ش اي ان واحدا من العلف والطعام م مشترك ش بين الغانمين م فلا
يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب ش اي كما في الاباحة الاستعمال في الثياب والدواب والسلاح الا للحاجة
م وجه الاخرى اي الرواية الاخرى وهي رواية السير الكبير م وقوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم وذكر

في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها م هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة باسناده عن عبد الله ابن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا م ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره ش اي دابته قال في ... الظهر الراحلة وقال في المغرب لفظ الظهر مستعار للدابة لانه مقامه فيها ش اي في دار الحرب م والميرة ش اي الطعام منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة ش اي للاحتياج م بخلاف السلاح م حيث لا يستعمله لانه ش اي لان الغازي يستصحب السلاح م فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه ش وقد تمس الحاجة اي الى السلاح بان سقط السيف من يده او انكسر او ذهب ونحو ذلك م فيعتبر حقيقتها اي حقيقة الحاجة لا دليل الحاجة فيستعمله اي فيستعمل السلاح ثم يرده الى الغنم اذا استغنى عنه اي عن السلاح والدابة مثل السلاح اي فيعتبر فيها حقيقة الحاجة وهذا اذا اعتبر فيها الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام حتى يجوز ذبح الابل والبقر والغنم للاكل ذكره في المحيط والايضاح م والطعام ش اي المراد من الطعام المذكور فيما مضى من قوله ويأكلوا ما وجدوه من الطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه ش اي في الخبز كالسمن والزيت م قال ش اي القدوري وليستعملوا الحطب م لتعذر نقله في دار الاسلام م وفي بعض النسخ ش اي وفي بعض نسخ القدوري م الطيب ش اي وليستعمل الطيب وهذا ليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعد جواز الانتفاع بالطيب م ويدهنوا بالدهن ش وهو ايضا لفظ القدوري المراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما صار مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة لهذا ذكر القدوري في شرحه وفي المحيط لو اصابوا سمسما او زيتا او دهن سمسم او فاكهة يابسة او رطبة او سكرا او بصلا او غير ذلك من الاشياء التي يؤكل لا باس به اي بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز التي من الادوية والطيب ودهن البنفسج او دهن لان هذه الادهان لا يؤكل لا يستعمل للحاجة الاصلية بل يستعمل للزينة وكل ما لا يؤكل ولا يشرب فلا ينبغي ان ينتفع منه بشيء قل او كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيط والمخيط وقال فيه وما استملكه في دار الحرب مما له قيمة وليس له قيمة فذلك هدر م ويوقحوا به الدابة ش هذا ايضا لفظ القدوري ويوقحوا من التوقيح وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي اي رق من المشي وفي الجمل استوقح الحافر اي صلب قال الاترازي والمال والراخطاء كذا في المغرب ونسخة الامام حافظ الدين الكبير رحمه الله بخط يده بالراء من الترويح وهو المنقول عن المصنف قال هكذا قراناه على المشايخ قال في الجمهرة رجع فلان غنمه ترويحا اذا اصلحه وقال الكاكي قال شيخي العلامة صاحب النهاية ولكن صحح شيخي مولانا حافظ الدين بالراء من الترويح وهو الاصلاح وهو اصح لانه اعم وقال الاترازي رأيت في نسخة ثقة من نسخ مختصر الكرخي مكتوبة في تاريخ سنة احدى واربعمائة بالواو كما قال صاحب المغرب لا بالراء انتهى ولذا رأيت بخط شيخي العلامة انه بالواو اولى لمناسبة الحاجة الى جميع ذلك اشار به الى جميع ما ذكر من قوله والطعام كالخبز الى هنا م ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح ش هذا لفظ القدوري معطوف على قوله بان تعلف العسكر كل ذلك بلا قسمة ش ايضا لفظ القدوري اي كل ما قلنا من علف الدابة وكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن والقتال بسلاح الغنيمة قبل قسمتها م وتاويله ش اي تاويل قول القدوري بما يجدونه من السلاح م اذا احتاج بان لم يكن له سلاح وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقد بيناه ش اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره م ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ش ايضا لفظ القدوري واشار بذلك الى ما ذكر من قوله من التعلف للدواب واخذ الطعام للاكل للاستعمال والدهن للادهان والسلاح للقتال م ولا يتمولونه ش هذا ايضا لفظ القدوري وهو من التمول وهو صيانة ذلك وادخاره الى وقت الحاجة قال الاترازي ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله ان يبيعوا لان ذلك عكس العرض اي لا يبيعون ولا يتمولون فلو كان عطفا على ان يبيعوا كان الاثبات التمول لان نفي النفي اثبات م لان البيع يترتب على الملك ولا ملك ش اي هنا على ما بيناه ش من قوله انه لا يملك قبل الاحراز وانما هو اباحة ش اي الانتفاع بالاشياء المذكورين اباحة ش لضرورة الحاجة وقد زال الحاجة فلا الاباحة م وصار هذا كالمباح له الطعام ش يعني كما اذا اباح طعامه لغيره لا يجوز له ان يبيع ويتمول م وقوله اي قول القدوري رحمه الله م ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك البيع لئن هذه الاشياء لانه يفضي الى التمول ولا حاجة الى ذلك فان باعه احدهم اي فان باع شيئا من الاشياء التي لا يجوز بيعها ش احدهم م اي احد الغانمين م رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة ش اي عوض عن شركة بين الغانمين واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك ش اي لاجل اشتراك الغانمين فيها م الا انه ش اي غير ان الشان م يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى ش بان يستباح م وهذا لان حق المدد ش هذا جواب عن سؤال مقدر بان يقال لم لا يقال ابطال حق الغنيمة وفيه قطع حق الغير وهي المدد لان المدد اذا لحقهم لشركهم فاجاب بقوله وهذا ش اي جواز القسمة لان حق

المد

المدد الذي يأتي محتمل وحاجة هؤلاء ش اي العسكر الموجودين م متيقن بها ش اي بالحاجة م فكان اي المتيقن بها م اولى ش بالرعاية م لانه لا اعتبار للاحتمال مع وجود اليقين م ولم يذكر ش اي محمد في كتاب السير القسمة في السلاح ش اذا احتاجوا اليه م ولا فرق في الحقيقة م بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب في جواز القسمة عند الحاجة م فانه اي فان الشان م اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع والدواب ش وان احتاج الكل اي كل الغزاة م يقسم في الفصلين ش المذكورين م بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه ش اي الى السبي من فضول الحوائج ش لا من اصولها وفي المبسوط لا يقسم السبي وان احتيج اليه قبل الاحراز لانه لا تقع حاجة الاحياء اليه ولا يبيعهم لانه لا يملكهم قبل الاحراز فان خافوا الشيء منهم لان في الارتكاب اعزازا وهم اهل الصغار اي الذل فان لم يطيقوم وليس معه فضل حمولة ولم تطب نفس من معه بفضل حمولة ولم تطب نفس من معه حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان لانه صلى الله عليه وسلم قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان فهل يكره من عنده فضل حمولة عن الحمل فيه روايتان م قال ش اي القدوري م ومن اسلم منهم م اي من الكفار هذا لفظ القدوري في دار الحرب ش هذا لفظ المتن اي شيء قوله ومن اسلم منهم اي اسلم في دار الحرب انما احتاج الى هذا التاويل ليقع الاحتراز به عن شيء ما من اسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على دار الحرب كان امواله واولاده عليهم كلها فيا احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق م احترز به عن استرقاق بقاء لان الاسلام لا ينافيه وفي الان الرق جزاء الكفر الاصلي فانهم لما استنكفوا ان يكونوا عبيدا لله عز وجل جازاهم الله تعالى بان يكونوا عبيد عبيده في حالة البقاء فانه صار من الاموال الحكمية م واولاده الصغار ش بالنصب عطفا على قوله نفسه اي واحرز ايضا اولاده الصغار واحترز به عن اولاده الكبار على ما يجي م لانهم مسلمون باسلامه تبعا اي باسلام الاب بطريق التبعية له فصاروا احرارا م وكل مال ش بالنصب اي احرز كل مال هو في يده لقوله عليه وسلم اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم من اسلم على مال فهو له هذا الحديث رواه ابو يعلى الموصلي في مسنده حديث ياسين الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم على شيء فهو له وروى ابن عدي في الكامل واعله بياسين الزيات واسند تضعيفه عن البخاري والنسائي وابن معين م ورواه البيهقي وقال انما روي عن ابن ابي مليكة وعن عروة مرسلا م ولانه م اي ولان الذي اسلم م سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه م اي على المال الذي اسلم م او وديعة م بالرفع عطفا على قوله هو في يده م في يد مسلم او ذمي م لانه اي لان الوديعة ذكر الضمير باعتبار المودع ش في يد صحيحة ش احترز به عن يد الغاصب م محترمة ش احترز به عن الحربي اي يد كل واحد من المسلم والذمي م يده ش لانهما عاملان له ونائبان في الحفظ فان كانت وديعته عند حربي يصير غنما على رواية ابي حفص وعلى رواية ابي سليمان لا يكون فيا م وان ظهرنا على الظاهر م فان علينا دار الحرب التي اسلم المذكور منهم م فعقاره في ش هكذا ذكروا في شرح الجامع الصغير ولم يذكر روايته خلافا بين اصحابنا وليس في الاصل ايضا ذكر الخلاف الا ان الفقيه ابا الليث في شرحه للجامع الصغير قال هو ابو يوسف في الامالي لا يصير فيئا وهو قول الشافعي واشار اليه بقوله وقال الشافعي قوله ش اي العقار للذي اسلم وبه قال مالك واحمد لانه في يده قلت اي لان العقار في يده م فصار كالمنقول م حيث يكون له بلا خلاف م ولنا ان العقار في يد اهل الدار ش اي دار الحرب م وسلطانها ش اي في يد سلطانها م اذ هو ش اي العقار م من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة م بخلاف المنقول م وقيل هذا ش اي قول القدوري بعقاره في م قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر ش اي القول الاخر انما ذكر بقوله قيل لان الظاهر عن اصحابنا لا خلاف فيه وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول م هو م اي في العقار ش كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يثبت م وفي شرح الطحاوي ما كان غير منقول في مثل هذا الدار والعقار والزرع فالاعتبار لحصر وعندهما بمحل المنقول وغير المنقول سواء م وزوجته في لانها كافرة حربية لا تتبعه ش اي لا يتبع زوجها ش في الاسلام فيكون فيا ش وكذا حملها ش اي حمل المراة م فيه خلافا للشافعي ش فانه يقول غير في م وهو ش اي الشافعي يقول لانه ش لان الحمل م مسلم تبعا ش اي لابيه م كالمنفصل ش اي كالولد المنفصل م ولنا انه ش اي بان الحمل جزؤها ش اي جزء امه م فيرق برقها م والمسلم محل للتملك ش هذا جواب عن قول الشافعي انه مسلم تبعا تقريره قلنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل للتملك اي لكونه ملكا م تبعا لغيره ش كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا تبعية للام وان كان مسلما باسلام ابيه م بخلاف المنفصل ش في جواب عن قوله المنفصل تقريره م لانه ش اي لان المنفصل احرز له لدار الجزية عنده ذلك اي عند الانفصال م واولاده الكبار في لانهم كفار حربيون ولا تبعية م لانهم ش ومن قاتل

عنده اي من عبده الذي اسلم م وهي لانه تمرد على مولاه حرج في يده وصار تبعا لاهل الدار ش اي لاهل دار الحرب وما كان من ماله في يد حربي غصبا كان او وديعة لان يده ش اي يد الحربي ليست محترمة اعترض عليه بان ما كان مغصوبا فانما يعمل بوصف الفعل الاصل كالتراب مع الماء مع التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب ان يكون يده ليد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي والعا الحكمي سبعها والعصمة لم تزل ثابتة لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك اما بالقرب السببية ان لم يثبت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما او حكما ايضا مع الاحترام لانه بدون الاحترام بقي على حكم الاباحة الاصلية فلا يثبت بالشك وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عن ابي حنيفة م وقالا لا يكون فيئا م قال ش اي المصنف رح لذا ذكر الخلاف في السير الكبير يعني ذكر الخلاف بين ابي حنيفة وابو يوسف ومحمد حيث جعل ابي حنيفة في ناحية وجعل ابا يوسف ومحمد وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة ش حيث جعل الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وجعل ابا حنيفة وابا يوسف في ناحية وجعل محمد في ناحية وقال الاتراري وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيئا وليس ذلك بصحيح انتهى اراد ان الصحيح ما ذكره اولا مصدرا وهو قوله الخلاف بين ابي حنيفة وبين محمد ولكن قول المص بعد هذا المساق بعينه له يدل على الصحيح قوله هو فيء عند ابي حنيفة وابي يوسف بقرينة ذكره بقولهما وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة قلت قال الاكمل في قوله وله انه مال ابي ولابي حنيفة فدل على ان المراد من قوله لهما اي لابي يوسف ومحمد فدل هذا كله ان الذي مال اليه المص هو الخلاف الذي بين ابي حنيفة وبين ابي يوسف ومحمد وذا معنا ان الذي قاله الاتراري ذي بعض نسخ الهد وقالا لا يكون فيئا ليس بصحيح غير صحيحة امل بدر م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد ان المال تابع للنفس وقد صارت ش اي نفسه م معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها ش اي يتبع ماله نفسه في العصمة م وله ش ولابي حنيفة م انه مباح فيملك بالاستيلاء يعني ان الدين عصمة الاسلام والدين من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس معصوم والمباح يملك بالاستيلاء فكان فيئا للغزاة م والنفس لم تصر معصومة بالاسلام م جواب عن قولهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها اي في العصمة وتقرير الجواب انا لا نسلم ان النفس صارت معصومة بالاسلام ودفع ذلك بقوله م الا ترى انها ش اي النفس م ليست بمتقومة لا يثبت الابدار الاسلام فلهذا اذا قتله عمدا او خطأ لا يجب القصاص ولا الدية عندنا خلافا للشافعي ولكنها معصومة بالعصمة المؤثمة واشار اليه بقوله الا انه محرم التعرض في الاصل هذا في الحقيقة جواب عما يقال لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحربي وليس كذلك وتقرير الجواب انه محرم التعرض في الاصل يعني في نفس الامر م لكونه مكلفا ش اي لكون الادمي مخلوقا لتحمل اعباء التكليف ولا يتمكن من اقامة منها الا بالبقاء ولا بقاء الا بالعصمة وحرمت التعرض م انما هي م لتعارض شره وقد اندفع بالاسلام ش فنادت الى الحرمة لا باعتبار انها معصومة م بخلاف المال م لانه خلق في الاصل عرضة للامتهان ش بانواع الانتفاعات فكان محلا للملك فكان المقتضي موجودا والمانع مضعف لان المانع لونه في يده حقيقة وحكما وليست في يده حكما لان يد الغاصب ليست نائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة ش فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا م واذا خرج المسلمون دار الحرب لم يجز ان يعلفوا ش اي دوابهم م من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبار اي باعتبار الضرورة م ولان الحق م اي حق المسلمين قد تاكد وتقوى حتى يورث نصيبه ويعني اذا مات في هذه الحالة ولا كذلك قبل الاخراج ش الى دار الاسلام للضرورة م ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة ش هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المصنف رحمه الله معناه ش اي يعني قول القدوري رده الى الغنيمة م اذا لم تقسم ش اي الغنيمة لانها اذا قسمت لا يتاتى الرد م وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ش كما اذا الواحد والاثنان دار الحرب بلا اذن الامام بمنعة الغارة فاخذوا شيئا فلا يكون ذلك مشتركا بين الغانمين لانه من مباح سبقت يده اليه ولا يخمس لانه ليس بغنيمة م ولنا ان الاختصاص ش اي اختصاص القدر والطعام وحيران لحقوق للقدر وان الاختصاص ش اي اختصاص القدر والطعام حاملا وكاين وقوله م ضرورة الحاجة ش على انه منصوب وعلى انه مفعول لراي الضرورة الحاجة م وقد زالت ش اي الضرورة هكذا فاد شيخي العلاء بخطه م بخلاف المتلصص ش يعني فيما ناله المتلصص غير صحيح لوجود العارف لانه ش اي لان المتلصص م كان احق به ش اي بالذي اخذه م قبل الاحراز بدار الاسلام وبعده ش اي بعد الاحراز من سائر الغانمين وبعد القسمة ش ابدا استعمله بما لها ش اي بعد قسمة الامام شيئا ذا جاد بما فضل من علف او طعام من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام م تصدقوا به ما فضل من ذلك بعينه ان كان قائما م ان كانوا الاغنياء وانتفعوا به ان كانوا محتاجين اي كانوا محتاجين الى الله

في الد

في المغرب يقال حاج يحوج حوجا اي احتاج والحاجة والحوجاء والحاجة بمعنى واحد وعلى هذه اللغة قيل حوايج في جمع حاجة لذا نقل ابن دريد عن الاصمعي والحاجة جمع حاجة ولم يذكر ابن دريد الحوايج وكلها جمع محوج اسم فاعل باسا الياء لان احوج يجي لازما ومتعديا يقال احوج الرجل اذا احتاج واحوجه اليه غيره م ولانه ش اي لان الذي يفعل بعد القسمة صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لانهم تفرقوا شغر بغروان كانوا العشوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كانوا لم يقتسموا وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه القسمة لقيامه مقام الاصل اي الفقير الساد لمن قيمته لان الغنيمة يقوم مقام الاصل فاخذ حكمه اي اخذ القيمة حكم الاصل واما ذكر ضمير القيمة على تاويل ما يقوم او على تاويل المذكور لما قاله الاكمل قلت هذا القدر ان يكون تامر بعد لاما فيما وقال الاتراري واخذ حكمه ولا اخذ حكم الاصل لو جعله مصدرا مجرورا عطفا على ما قبله وضبط شيخي في نسخه على ما قاله الاكمل رحمه الله

باب القسمة

ش اي هذا فصل في بيان كيفية قسمة الغنائم والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين وقال بعض اوائل الحساب القسمة تفريق احد العددين بقدر ما في الاخر من الاحاد يعني تفريق المال المقسوم على عدد احاد المقسوم عليه وهذا الابتاني الا في الصحاح والصحيح ان يقال معرفة نصيب الواحد قال ش اي القدوري م ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ش اي اخرجه استثناء الاستثنا للاخراج لوجود معناه فيه وكان استثناء معنى لا لفظا وقال السكاكي ويحتمل ان يكون من استثنيته الشيء اي زويته لنفسي من ثنى العود اذا اجناه وعطفه اي استثنى الله الخمس لنفسه بقوله فان لله خمسه وقال تاج الشريعة قوله فان لله خمسه استثناء من حيث المعنى للاخراج الخمس مما غنموا ولان حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه وهنا كذلك لان حكم الخمس ان يكون لغير الغانمين وحكم الاربعة الاخماس ان يكون للغانمين فيكون مخالفا م ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م قسمها بين الغانمين ش اي قسم اربعة اخماس الغنيمة بين الغانمين واخرجه الطبراني في معجمه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسه ثم قرا واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه الاية فجعل سهم الله وسهم الرسول واحدا ولذي القربى سهم ثم جعل هذين سهمين قوة في الخيل والسلاح وجعل سهم اليتامى وسهم المساكين وسهم ابن السبيل لا نعطيه غيرهم ثم جعل الاربعة سهم الباقية للفرس سهمان وللراكب سهم م ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة ش وبه قال زفر م وقالا ش ابو يوسف ومحمد م للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي ش وهو قول الشافعي ومالك واحمد وابي الليث والمشهور واكثر اهل العلم م لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ش الحديث رواه الجماعة الا النسائي عن نافع ابن عمر وفي لفظ لاصحاب السنن عن ابن عمر ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم الرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه م ولان الاستحقاق م بالغناء ش اي الكفاية م وهو بالفتح والمد وهو بالعين المعجمة يقال اغنيت عنك مغنى فلان ومغناته اذا اجزاه عنه وبيت منابه وكفيت كفايته م وغناؤه ش اي غناء الفارس اي كفايته م على ثلاثة امثال الراجل ش اي لان الفارس للكر والفر ش الكر بالتشديد الرجوع بعد الفرار والفر بالفتح الراء والتشديد الفرار قال امرؤ القيس في قصيدته المشهورة مكر مفر مقبل مدبر معا كجلمود صخر حطه السيل من عل م والثبات ش اي وللثبات في الحرب والراجل للثبات لا غير فان قلت الفرار غير محمود ذلت به الفارس قلت الفرار في موضعه ممدوح في الارض النهي في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة م ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم اعطى للفارس سهمين ش هذا حديث غريب من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وفي الباب حديث ومنها ما رواه الطبراني باسناده الى المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس له يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم في اسناده محمد بن عمر الواقدي ومنها ما رواه ابن مردويه في تفسيره من سورة الانفال عن ابن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسم بين الغانمين من المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها ما رواه ابو داود في سننه عن مجمع ابن يعقوب عن مجمع ابن يزيد الانصاري قال سمعت ابي يعقوب ابن مجمع يذكر عن عمه عبد الرحمن ابن يزيد الانصاري عن عمه مجمع ابن جارية الانصاري وكان احد القراء الذين قرؤوا القران قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فقسمت خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما قال ابو داود العرا وهم انما كانوا مائتي فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى صاحبه سهما قال وحديث ابن عمر انه عليه السلام اعطى الفارس ثلاثة اسهم اصح والعمل عليه وقال ابن القطان في كتابه وعلة هذا الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع

ولا نعرف م تعارض بعلاه فيرجع الى قوله ش اي تعارض فعلا النبي صلى الله عليه وسلم وهما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما
الذي احتج به المصنف لابي يوسف ومحمد المذكور انفا وحديث ابن عباس المذكور لابي حنيفة رضي الله عنهما وليت شعري
هذه المعارضة حديث ابن عباس رضي الله عنه ليس له ليس له الاصل كما ذكرنا وعن هذا الاكمل وطريقة استدلاله لابي
حديث ابن عباس مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر الترجيح والتوفيق يصار الى ما
بعده لا الى ما قبله وهو تعارض فعلا فيرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله لان القول اقوى وقد
قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم م هذا لاجل بيان قوله فيرجع الى قوله وهو الحديث غريب جدا وقد اخطا
من عزاه الى ابن ابي معضلة ولفظ هذا الحديث من حديث ابن عمر الذي ذكره بعد هذا وكيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين ش اي وكيف يحتج لابي يوسف ومحمد بحديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
وسلم اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما والحال انه قد روى ابن عمر ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين رواه
ابي يوسف وابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابو اسامة ابن عمرو لا وحدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما من طريق ابن ابي شيبة رواه الدارقطني في سننه وقال قال ابو بكر النيسابوري
هذا وهم من عبد ابن ابي شيبة لان احمد ابن حنبل وعبد الرحمن ابن بشر وغيرهما رواه ابن نمير خلاف هذا وكذلك رواه ابن
وغيره عن ابي اسامة خلاف نقل العيني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم م واذا تعارضت روايتاه ش اي روايتا ابن عمر م ترجحت
رواية غيره م رواه الاترازي اي سلم رواية ابن عباس عن التعارض فيعمل بها وقال صاحب النهاية قوله واذا تعارضت روا
اي رواية ابن عمر وهي روايته عنهما اي رواية ابن عمر وهي روايتهما عنه ان وافق مذهبهما ورواية ابي حنيفة عنه ان وافق
ورواية ابي حنيفة ايضا على وفق مذهبه فلذا ترجحت اي رواية غيره وهو ابن عباس رضي الله عنهما ثم قال ومعنى قوله رجح اي ال
رواية ابن عباس عن المعارضة فيعمل بها لان المرجح لا بد من الرجح ورواية ابن عمر بعد التساقط بالتعارض لا يصلح مرجحا انتهى
قلت لا معارضة ابن عمر لان الصحيح وهي رواية التي فيها رواية ثلاثة اسهم للفارس وكيف يعارضها التي فيها سهمان وهي عندنا
تامة على الصحة لما ذكرنا وكيف يعارضها التي فيها سهمان وهي عندنا تامة على الصحة لما ذكرنا وكيف يقول صاحب النهاية ومن
تبعه من الشراح ان رواية ابن عباس سلمت عن التعارض فيعمل بها والحال انه لم يصح لما ذكرنا وهذا كله من افة التقليد وعدم الرجوع
الى مدارك الاحاديث م ولان الكر والفر من جنس واحد ش لان الفر انما يحمل الكر لا لذاته لانه غير مستحسن في نفسه انما التحسين
ما كان لاجل الكر فكانا نوعا واحدا ولا يكون الفر نوعا اخر م فيكون غناؤه ش اي غناء الفارس م مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ش لان
الغنائي الفارس نفسه وفرسه فيعطي سهمين وفي الراجل نفسه فيعطى سهما وفيه تامل لان الراي دخل له في المقدرات الشرعية
ولانه اي ولان الشان لتعذر اعتبار مقدار الزيادة م لان مقدار الزيادة امر خفي م لتعذر معرفته ش اي لتعذر ذلك لا
يظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفين وكل منهم مشغول بشانه في ذلك الوقت معرفة مقدار الزيادة فيدار الحكم
على سبب ظاهر م وهو مجرد كونه فارسا وكونه راجلا اشار في الاسرار م وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد
فكان استحقاقه اي استحقاق الفارس م على ضعفه ش اي على ضعف استحقاق الراجل فيعطى الفارس سهمين والراجل سهما ولا يسهم الا
لفرس واحد ش اي هذا لفظ القدوري لم يذكر خلافا احد وقال الاكمل م وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وقال في شرح الاقطع
هذا الذي ذكره من قول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وبه قال احمد وبقول ابي حنيفة قال
وفي شرح الطحاوي ولا يسهم الا لفرس واحد من ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال يسهم لفرسين م لما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم اسهم لفرسين م هذا حديث رواه الدارقطني في سننه حدثنا ابراهيم بن حماد علي ابن حرب حدثنا
ابي حرب ابن محمد ابن الحسين عن محمد ابن صالح عن عبد الله ابن عبد الرحمن ابن ابي عمرة عن ابيه عن جده ابن عمرة لبشر بن عمر
وابن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم م ولان الواحد قد يعي ش اي
الفرسين الاخر قد تبعث م فيحتاج ش اي صاحبه م الى الاخر ش اي الى الفرس الاخر م ولهما ش اي ولابي حنيفة
ومحمد وهو وجه الظاهر م ان البراء ابن اوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد
ش هذا حديث غريب لا حاجة بكتبه لما ذكره ابن معدة في كتاب الصحابة في ترجمته فقال روى علي ابن قرين عن محمد بن
عن محمد ابن عمر الذي عن يعقوب ابن محمد ابن صعصعة عن عبد الرحمن عن عبد الله ابن صعصعة عن البراء ابن اوس انه قاد
مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب عليه السلام له خمسة اسهم فاذا كان لذلك انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فاذا كان
لذلك لا يصح الاستدلال بهما الحديث الذي ذكره العرصل بما لا يخفى ولهذا استدل الاترازي لهما بما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال للفارس سهمان وللراجل سهم وقال الاكمل وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعليه عليه السلام الرجوع الى

الى ما بعدها وهو القياس بقوله م ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة ولا يتحقق الا على فرس واحد فلا يكون
السبب الظاهر م وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى القتال عليهما اي على الفرسين فاذا كان كذلك فيسهم لواحد اي لفرس واحد
م ولهذا ش اي ولاجل عدم تحقق القتال على فرسين وهو عدم كون السبب الظاهر مفضيا الى القتال على الفرسين لا يسهم لثلاثة
افراس م بالاجماع م وما رواه ش اي وما رواه ابو يوسف م محمول على التنفيل ش هذا اسقاط في تقوية الدليل لان ما رواه
لا يسقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه او تاويل له انتهى قلت قد ذكرنا ان ما لحق هناك معارضة لمن ابى الا
طهارة في قوة الدليل من تامله يدري م كما اعطى سلمة عن الاكوع سهمين وهو راجل في باب سعة الحديث عن اياس ابن سلمة عن
ابيه سلمة ابن الاكوع رضي الله عنه كما اعطى سلمة ابن الاكوع سهمين وهو راجل هذا الحديث اخرجه مسلم مطولا قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة ثم اعطى له سهمين سهم الفارس وسهم الفارس ثم جمعهما
لي جميعا ولكن نكر على قوله محمول على التنفيل ما رواه ابن حبان في صحيحه وكان سلمة ابن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه رسول
الله صلى الله عليه وسلم سهم الراجل لما يستحقه من سهام المسلمين وقال ابو عبيد قال عبد الرحمن ابن مهدي اعطاه من سهمه الذي
كان خاصا به قوله رجالتنا بتشديد الجيم جمع راجل قال الجوهري الراجل خلاف الفارس والجمع رجل مثل صاحب وصحب ورجالة
ورجال والرجلان ايضا الراجل والجمع رجلى ورجال مثل عجلان وعجلى وعجال وقال العيني كان سلمة من الرماة المشهورين وروي انه
كان يعدو وعدو الفرس م والبراذين والعتاق سواء ش هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسهم لراحلة ولا بغل
الخيل لكره النص والبراذين جمع برذون وهو اللوذن رحمة لواذن وهي خيل العجم قال في المجمل برذن الرجل برذنة اذا
ثقل واستعاق البرذون مثله والعتاق بكسر العين وتخفيف التاء المثناة من فوق جمع عتيق يقال فرس عتيق لرائع والعتاق
كرام الخيل العربي وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ويستوي الفرس العربي والبحري والنجيب والبرذون
وغيرهما مما ينتفع عليه الخيل واما من كان له برجل او بغل فهو الرجل سواء وفي شرح الاقطع ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين
قلت قال الاوزاعي لا يسهم للبرذون ويسهم للمقرف سهم وللهجين سهم واحد وقال احمد يسهم لما اخذ العربي سهم واحد وعن
ابي يوسف روايتان رواية مثل قول العامة وفي رواية مثل قول احمد وروي مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى للعربي
سهمين وللهجين سواء ولا يسهم لراحلة ولا بغل باتفاق العلماء لان الارهاب لا يحصل بهما ومن غزا على بعير لا يسهم له عند
العلماء وعند احمد يسهم له سهم وعنه انه عجز عن فرس وغزا عليه سهم له واحد قال والعرب ما يكون امه عربية وامه من الكوادن
والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه من العربي وفي الجمهرة الهجين من الناس الذي امه امة م لان الارهاب ش المذكور في الاية
التي يذكرها م مضاف الى جنس الخيل الى الخيل قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل يطلق على البراذين
والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ش اراد ان لفظ الخيل بحسب الخيل اذا اطلق يشمل هذه الانواع من غير فرق
الاربعة ومعنى الا اي بغير الهجين والمقرف م ولان العربي وان كان في الطلب والهرب اقوى طالبا واصبر واللين عطفا
بكسر العين وفتحها قال السكاكي معنى تبيح الامالة ومعنى الكفيل الجانب قلت العطف من عطفت الشيء اعطفه عطفا اذا
انثنيته ورددته عن جهة العطف الناحية من الانسان والدواب م ففي كل واحد منهما اي من العربي والبرذون
م منفعة معتبرة ش وهي التي ذكرها م فاستويا ش اي العربي والبرذون في الاستحقاق من الاسهم على الاطلاق
م ومن دخل دار الحرب فارسا ش اي حال كونه م فنفق فرسه ش اي هلك م استحق سهم الفرسان والاتباع فرسه او وهبه
وسلم او اجره او اعاره سواء اسهم فرسه او وهبه وسلم او اجره او اعاره سواء اسهم فرسه في ظاهر الرواية وروى الحسن عن
ابي حنيفة ان له سهم فارس م ومن دخل راجلا ش اي حال كونه راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل ولذلك اذا وهب له
او ورث او استعار او استاجر بعد ما دخل راجلا فقاتل فارسا فله سهم الراجل وفي رواية الحسن له سهم فارس لانه
في التحفة ش وجواب الشافعي على عكسه م في الفصلين يعني لا يعتبر عنده دخول دار الحرب فارسا ولا دخوله
راجلا والمعتبر عنده كونه فارسا او راجلا عند الوقعة في رواية عند انقضاء الحرب وتقوم القتال وبالاول قال مالك
واحمد وهكذا اي مثل جواب الشافعي روى ابن المبارك وهو عبد الله ابن المبارك المشهور المروي عن ابي حنيفة
في الفصل الثاني يعني اذا دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرسا فقاتل فارسا م يستحق سهم الفرسان ش عند ابي حنيفة
في الفصل الثاني ايضا على رواية ابن المبارك عنه وليس بظاهر الرواية عنه م فالحاصل ش اي من باب بيان هذا الخلاف
الذي بيننا وبين الشافعي رحمه الله ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب الا انه اطلق لمشهور المسالة عند
الفقهاء والمناظرين قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب ومن دربها
كان هو الغرب وقال ديوان الادب الدرب المضيق من مضايق الروم وقال ولذلك ما اسهم والمراد فيما كان

فيه هو البرزخ الذي بين دار الاسلام ودار الحرب فاذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب واذا جاوزه الكافر
دخل دار الاسلام وعنده ش اي وعند الشافعي المعتبر م حالة انقضاء الحرب له ش اي وللشافعي م ان السبب اي
سبب استحقاق الغنيمة هو القهر والقتال فيعتبر حالة الشخص عنده ش اي عند القتال فارسا او راجلا م والمجاوزة ش اي
مجاوزة دار الحرب م وسيلة الى السبب ش حاصله انه لا يعتبر ما اراد به المراد لما هنا المجاوزة لكونها سببا بعيدا له
الى القتال م كالخروج من البيت ش يعني للقتال فانه وسيلة الى السبب لا اعتبار به في اعتبار حال الغازي من كونه
فارسا او راجلا فلذلك وتعليق الاعتبار به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا او راجلا فلذلك في هذه الوسيلة تعلق
الاحكام م هذا جواب من قول الشافعي بانه نقول لا يوقف عليه ش وكيف لا يوقف م وتعليق الاحكام بالقتال
كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المراة والعبد والذمي تدل على اعتبار الموقوف عليه م فلو لم يوقف عليه لم يتعلق
له حكم ش ولو تعذر او تعسر م وهذا جواب بطريق التسليم بان يقول الشافعي سلمنا ان الوقوف على القتال متعذر او
متعسر فلم وهو معنى قوله م ولو تعذر اي الوقوف على القتال بان يكون في الليل او في مطر او نحو ذلك م او تعسر
بان كان كل واحد مشغولا بنفسه م فحينئذ ش تعلق اي الوقوف بشهود الوقعة ش يعني اقيم شهود الوقعة مقام
الوقعة مقام الوقوف م لانه ش اي شهود الوقعة م اقرب الى القتال من المجاوزة ش فيتعلق كونه فارسا م او راجلا
بشهود الوقعة وهي مصدر الحرب م ولنا ان المجاوزة ش اي مجاوزة الدرب م نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها اي
الشان انه يلحق الكفار الخوف بمجاوزة الدرب لان القتال اسم للفعل يقع به العدو وخوف المجاوزة العسكر الا
يحصل لهم الخوف والى فلان قتالا م والحال بعدها ش اي بعد المجاوزة حالة الدوام م اي حالة دوام القتال م ولانه
يعتبر بقاء اي الحالة م الدوام بالاجماع ولا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما
لانه لا بد له ان ينزل في بعض المضايق خصوصا في الشجر او في الحصن او في البحر لان الوقوف على حقيقة القتال
متعسر لان الامام لا يمكنه ان يراقب نفسه حال كل واحد انه قاتل او لم يقاتل ولا اثباته بان يوكل عدلا لانه يقوله جهره قاتل
او لم يقاتل لان من اقامة العدل على كل احد حرجا عظيما ولا يعتبر كل واحد من الجند ايضا انه صاحبه قاتل لان سهم فيه جر النفع
فلم يلتفت م وكذا يتعسر الوقوف م على شهود الوقعة لانه حالة التقاء الصفين م والاشتغال بالحرب فلم يلتفت الى كونه
فرسا لهذا المعنى فاذا كان الامر كذلك م فيقام المجاوزة ش اي مجاوزة الدرب م مقامه ش اي مقام القتال م اذ هو السبب
ظاهرا اي لان قيام الحدث والنكاح مقام الوطي في حرمة المصاهرة فكان المعتبر حال المجاوزة لاجل القتال لكن م اذا كان
مجاوزته على قصد القتال لان هذا هو الاصل فاذا كان الامر كذلك م فيعتبر الاول ان استحقاق الشيء بلا وجوده محال والسبب
وهو الغنيمة حال المجاوزة معدوم فكيف العلة وهاهنا لا يتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة لان القتال بدون شهود
الوقعة محال الجواب عن الاول انه ليس المراد من الاستحقاق ثبوت الملك في الغنيمة او ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال بل المراد
كون الشخص احق بالغنيمة من غيره اذا وجدت والجواب عن الثاني ان القتال بشهود الوقعة والتقاء الصفين عند المجاوزة
متصور الا انه غير ثابت وشرط الشيء مقام غيره ان لا يكون ذلك الغير ثابتا في الحال لانه اذا كان ثابتا كيف يقام غيره
مقامه م ولو دخل فارسا او قاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ش اي اتفاق بيننا وبين الشافعي
م ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او اجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا
للمجاوزة م اي عن الدرب م وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات ش وهي البيع والهبة
والاجارة والرهن م يدل على انه لم يكن من قصده المجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ ش اي بعد الفراغ من القتال
لم يسقط سهما اي سهم الفرسان وكذا ش اي لم يسقط سهم الفرسان اذا باع في حالة القتال م عند البعض ش اي عند بعض
مشايخنا لان بيعه عند ذلك ان مخاطرة الروح دل على انه انما باعه لراي راه في الحرب لا لتحصيل المال لان الروح فوق المال
والاصح انه يسقط لان بيعه يدل على انه غرضه التجارة فيه لانه ينتظر عزته م اي عزوة الفرس قال الشيخ رحمه الله اي
عزة قال الاترازي فيه نظر لان الانسان العاقل في مثل تلك الحالة لا يختار المال على روحه ولهذا قال الاصح عند قول
البعض م ولا يسهم المملوك ولا المراة ولا الصبي ولا الذمي ولكن يرضخ لهم بالصاد كالمعجمة من رضخ فلان لفلان من ماله
اذا اعطاه قليلا من كثير والاسم الرضخة م على حسب ما يرى الامام لقوله عليه السلام ش اي ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ش وقال الاترازي وقد روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم انه كان لا يسهم للنساء والعبيد والصبيان ذكره اسبي ولم يبين من خرج هذا الحديث ولا بين حاله واخرج
واخرج مسلم عن يزيد بن هرمز قال كتب نجدة ابن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمراة يحضران المغنم
هل

هل يقسم لهما وذكر الناس ليس لهما شيء الا ان يحذيا وفي لفظ فكتب اليه وسألت عن المراة والعبد هل كان لهما سهم معلوم اذا حضروا
الناس فانهم لم يكن لهم سهم معلوم الا ان يحذيا من غنائم القوم قوله يحذيا اي يعطيا بالحاء المهملة والذال المعجمة وقد جاءت احاديث
مخالفة منها ما رواه ابن داود والنسائي عن رافع ابن سلمة عن حشرج ابن زياد عن جدته ام ابيه انها خرجت مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم في غزوة خيبر الحديث وفيه اسهم لنا كما اسهم للرجال وذكر الخطابي ان الاوزاعي قال يسهم لهن واحسبه ذهب
الى هذا الحديث واسناده ضعيف لا يقوم به الحجة وبه قال الشافعي وقال الترمذي وقال الاوزاعي واسهم النبي صلى الله عليه
وسلم للصبيان بخيبر واسهمت ائمة المسلمين لكل مولود ولد في دار الحرب وقال الاوزاعي واسهم النبي صلى الله عليه وسلم للنساء بخيبر
واخذ بذلك المسلمون بعده حدثنا بذلك علي ابن خشرم قال انا عيسى ابن يونس عن الاوزاعي بهذا ومنها ما رواه ابو داود في مراسيله
عن محمد ابن عبد الله ابن مهاجر الشعبي عن خالد ابن معدان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم للنساء والصبيان والخيل وجاب
الطحاوي عن مثل هذا وامثاله ان النبي صلى الله عليه وسلم استطاب اهل الغنيمة واجاب غيره بقوله يشبه ان يكون عليه السلام
انما اعطاهم من الخمس الذي هو حقه دون حقوق من شهد الوقعة ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا
من الغنيمة ولم يسهم لهم م هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي عن ابي يوسف عن الحسن ابن عمارة عن الحكم
عن مقسم ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لهم ثم قال تفرد به الحسن بن
عمارة وذلك متروك وروي حديث مخالف لهذا رواه الترمذي من حديث الزهري قال اسهم النبي صلى الله عليه وسلم لقوم من اليهود
قاتلوا معه ورواه ابو داود في مراسيله وزاد في اخره هناد مثل سهمان المسلمين وقال صاحب التنقيح مراسيل الزهري ضعيفة
وكان يحيى القطان لا يرى ارسال الزهري وقتادة شيئا يقول هي بمنزلة الريح واختلفوا اهل يستعان بالكافر في القتال عند الحاجة
فعندنا واحمد يستعان لما ذكرنا وقال الشافعي في قول وقال ابن المنذر وجماعة من اهل العلم لا يستعان بالكافر لما روي انه
عليه السلام قال انا لا نستعين بالمشركين على المشركين وقال لانه استعان بهم غير ثابت قال الكاكي قلنا بل هو ثابت ذكره
الثقات المشهورين وما رواه غير مشهور ولكن ثبت غير محمول على زجر قوم سيئين يرتد اسلامهم انتهى قلت الحديث الذي ذكره
ابن المنذر رواه اسحق ابن راهويه في مسنده والواقدي في كتاب المغازي رده من غير وجه ثم ادعى ان الذي ذكره عن الثقات
المشهورين ولم يبين ذلك والخصم لا يرضى بهذا المقدار وهنا بحث كثير ذكرناه في شرحنا للبخاري وان الجهاد عبادة
والذمي ليس من اهلها م اي من اهل العبادة م والمراة والصبي عاجزان عنه ش اي الجهاد م ولهذا ش اي ولاجل عجزهما عن الجهاد
م لم يلحقهما ش اي المراة والصبي م فرضه ش اي فرض الجهاد م والعبد لا يمكنه المولى ش اي من الجهاد م وله م اي للمولى منعه
اي الجهاد لانه فرض كفاية الا اذا هجم العدو وليس له منعه حينئذ الا انه يصير فرض عين م الا انه ش اي غير ان الامام م
يرضخ ش اي يعطي وبه قال الثلاثة وعن احمد رواية يرضخ للكافر ان قاتل باذن الامام م ويرضخ ش اي يعطي م لهم شيئا بحسب ما
يرى م تحريضا على القتال م مع اظهار رتبتهم ش اي رتبة المراة والصبي والعبد عن رتبة متبوعهم لان العبد تبع للحر والصبي
تبع للبالغ والذمي ايضا تبع للمسلم ولهذا لا يمكن اهل الذمة من نصب الرواية لانفسهم وقال مالك لا يسهم للصبي المراهق اذا
طاق القتال لانه من اهل الجهاد والرضخ من ان يكون قال الشافعي في قول احمد في رواية الغنيمة وبه قال اصحابنا وقال في
الثانية الاخماس وبه قال احمد في رواية وقال في قول من الخمس وقال مالك الرضخ من الخمس م والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق فيه
ش وتوهم عجزه م عن اداء بدل الكتابة فاذا كان كذلك م فيمنعه المولى عن الخروج عن القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل
لانه دخل ش يعني مع العسكر في دار الحرب م لخدمة المولى ش اي لاجل خدمة مولاه م فصار كالتاجر ش يدخل للتجارة والمراة
يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى م يعني اذا رضخ لهم م لانها ش اي لان المراة عاجزة عن حقيقة القتال
بدنه لانها غير خارجة عن شبهة القتال وهي الامان فان امانها يصح بلا خلاف فاذا كان كذلك يرضخ لها بلا قتال بخلاف العبد
يرتبط بقوله لانها عاجزة م لانه قادر على حقيقة القتال م حتى لم يرضخ له اذا لم يوجد منه القتال بخلاف المراة فانها
قد منها المرضى العسكر تقوم مقام القتال وليس كذلك الخدمة العبد لمولاه ش والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل
على الطريق التي يمشي فيها العسكر م ولم يقاتل ش اي والحال انه لم يقاتل م لان فيه ش اي في قتاله او في كونه دالا على الطريق
ش على الطريق اذا كانت فيها منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل ش اي الذي فيه السهم مرفوع كما في قولك بلغ عطائك
خمسمائة بالرفع ولا يجوز النصب والحال انه اذا قاتل لا يزاد على سهم الراجل ان كان راجلا ولا سهم الفارس اذا كان فارسا
لان القتال جهاد والذي نفع المسلمين فيه فلا يسوي بينه وبين المسلم والاول ليس من عمله اي كونه دالا على الطريق
ليس من عمل الجهاد فكانت كسائر الاعمال فلا يسوي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد ولكن يعطى له في الاجرة لانه زيادة على
السهم اي ولو بلغت ولما فرغ من بيان الاربعة الاخماس شرع في بيان حكم الخمس فقال م واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم
سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل ش هذا هو المشهور عن ابي حنيفة وابو يوسف ومحمد رحمهم الله انه
يقسم على ثلاثة اصناف وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل وقال الطحاوي في مختصره وقد روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف

عن ابي حنيفة انه يقسم في ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل م يدخل ذوي القربى فيهم ش اي في هذه الاصناف
الثلاثة قال العلامة بكر الدين الكردي معنى هذا القول اي ان فقراء ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل
في سهم ابن السبيل لما ان سبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير ان سببه يختلف في نفسه من اليتم والمسكنة
وكونه ابن السبيل وفي التحفة هذه الثلاثة الاصناف مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد
منهم جاز كما في الصدقات م ويقدمون ش اي فقراء ذوي القربى يقدمون على الاصناف الثلاثة م ولا يدفع الى اغنيائهم
ش اي اغنياء ذوي القربى م وقال الشافعي لهم ش اي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم للذكر مثل
حظ الانثيين م وعند الشافعي يقسم الخمس على خمسة اسهم سهم للنبي صلى الله عليه وسلم في حياته وبعد وفاته يصرفه
الامام الى مصالح الدين على ما يرى وبه قال احمد وعن الشافعي انه يرد سهم النبي صلى الله عليه وسلم بعده على بقية
الاصناف وحكى ابن المنذر قولا بانه يكون للائمة بعده اي الخليفة وقال مالك يفوض الخمس الى الامام يفرق فيه
ما شاء وسهم لليتامى لكل صغير فقير لا اب له ش ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم م من بني عبد شمس ومن بني
نوفل واعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وكان لعبد
مناف خمسة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس لانه عثمان بن عفان بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد
مناف وجبير من بني نوفل فانه جبير بن مطعم بن نوفل وقال اسحق عبد شمس وهاشم والمطلب اخوة لام وامهم عاتكة ابنة مرة
وكان نوفل اخاهم لابيهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير م ولنا ش ولنا ان الخلفاء
رضي الله عنهم ش ابو بكر وعمر وعثمان وعلي م قسموه اي الخمس ش على ثلاثة نحو ما قلنا يعني به قوله اما الخمس يقسم على ثلاثة
اسهم الى اخره وروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما ان الخمس الذي على ثلاثة اسهم الى
اخره وروى ابو يوسف انه كان يقسم على عهد عليه السلام على خمسة اسهم معه وللرسول سهم ولذي القربى
سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن
السبيل انتهى وكان ذلك من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع م وكفى بهم قدوة ش اي كفى بالخلفاء الاربعة
اقتداء وقال عليه السلام ش اي وقال النبي صلى الله عليه وسلم م يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدي الناس
واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس م هذا حديث غريب وقد تقدم في الزكوة وروى الطبراني في معجمه من حديث
عكرمة عن ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله
كلا على الصدقات فاتيا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لكم اهل البيت من الصدقات شيء
ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم م والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض اراد
بالعوض خمس الخمس وبالمعوض على صيغة اسم المفعول المعوض الزكوة تقريره ان المعوض وهو الزكوة لا يجوز دفعها
الى الاغنياء فكذلك يجب ان عوض خمس الزكوة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه
المعوض والا لا يكون عوضا لذلك العوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا او لا فان كان الاول وجب ان
يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلاثة اسهم وهو مخالف للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الا
ستدلال به اجيب بان لهذا الحديث دلالتين احدهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه العوض على ما ذكرنا
والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين رضي
الله عنهم اجمعين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات منه المعوض فقلنا به كما يسلك الخصم على تكرار الصلاة
على الجنازة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاة وهو لا يقول الصلاة على الجنازة
ولكن نقول دلالتان اذا انتفت احدهما بما ينفيه وان انتفت الاخرى م وهم الفقراء ش الضمير يرجع الى كلمة من في قوله من ثبت
م والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة هذا جواب عما قال لو لا جواب ما ذكرتم صحيحا لجميع … لما اعطاهم
النبي صلى الله عليه وسلم وقد ثبت انه اعطى بني هاشم وبني المطلب وتقرير الجواب ان النبي صلى الله عليه وسلم
لما اعطاهم للنصرة م الا ترى انه ش اي ان النبي صلى الله عليه وسلم علله م فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام
وشبك بين اصابعه هذا الحديث اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة عن ابن اسحق عن الزهري عن سعيد بن
المسيب عن جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب
جئت انا وعثمان فقلنا يا رسول الله هولاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك منهم اخواننا من بني المطلب اعطيتهم وتركتنا
وانما نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال انهم لم يفارقوني في الجاهلية والاسلام وانما هو بنو هاشم وبنو المطلب واحد
ثم شبك بين اصابعه م دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة وذكر ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي ان اصحابنا اختلفوا في هذا فمنهم من قال انهم كانوا يستحقون السهم بالغنى والنصرة والفقر

جميعا

جميعا واستدلوا بالحديث المذكور واخبر عليه السلام انهم استحقوا بالنصرة والقرابة جميعا فلو لم يجتمعا لم يستحقوه فلما
لم يجتمعا لم يستحقوه لمن جاء بعد ذلك من القرابة فعدمت منه النصرة فعنده قد عدمت منه النصرة فحينئذ انما يستحقه
الفقراء دون غيرهم ولا حق للاغنياء فيه ومن اصحابنا من قال ان سهم ذوي القربى في الاصل لم يجب الا للفقراء منهم ولم يكن
مستحقا باسم القرابة دون الفقر منهم والدليل على ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس
وبني نوفل وهما جميعا في محل واحد من القرابة ولو كان مستحقا بالقرب لا يستحقه الجميع لتساويهم فيه ومن الدليل عليه ايضا
ان الخلفاء الراشدين لم يعطوا سهم ذوي القربى وانما اعطوه الفقراء م فاذا كان كذلك فانما ذكر الله في الخمس في قوله تعالى
واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه ش روى ابو جعفر الطحاوي رحمه الله في شرح الاثار
باسناده الى سفيان الثوري عن قيس بن مسلم قال سالت الحسن بن محمد بن علي رضي الله عنهم عن قول الله عز وجل واعلموا انما
غنمتم من شيء فان لله خمسه قال هو مفتاح كلام ولله الدنيا والاخرة م وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته لانه كان يستحقه
ذلك لكونه رسولا فلما مات سقط لانه لا رسول بعده ش فانه لم يكن استحقاقه لذلك لكونه باموراته ولهذا لم يرفع الخلفاء
الراشدون بعده هذا السهم لانفسهم وكانت له خصائص شرف الرسالة لم يكن للامة كحل التسع وحرمة نسائه بعده على
المؤمنين واباحة البضع بلا مال والعصمة عن الكذب م كما سقط الصفي بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء
ش اي كما سقط الصفي بموته ولذا سقط خمس الخمس وسهم رجل من الغنيمة م لانه اي النبي صلى الله عليه وسلم م كان يستحقه ش
اي السهم م برسالته ش اي بسبب رسالته م ولا رسول بعده ش اي بعد موته ولهذا لا يستحقه الخليفة ولان الانبياء
عليهم السلام لا يورثون م والصفي شيء كان النبي صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه من الغنيمة ش اي يختاره لنفسه
مثل درع او سيف او جارية م وروى ابو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير انبانا سفيان عن مطرف عن الشعبي
قال كان للنبي صلى الله عليه وسلم سهم يدعى الصفي ان شاء امة وان شاء عبدا وان شاء فرسا يختاره قبل الخمس هذا مرسل
واخرج ايضا عن ابن عون قال سالت محمد بن سيرين عن سهم النبي صلى الله عليه وسلم والصفي كان يضرب له بسهم
مع المسلمين وان لم يشهد والصفي له راس الخمس قبل كل شيء واخرج ايضا عن الحسن وعن قتادة واخرج ايضا عن سفيان
عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت صفية من الصفي ورواه الحاكم في مستدركه وقال
صحيح على شرط ولم يخرجاه وقال محمد في السير الكبير باسناده الى الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان اشرف النبي صلى
الله عليه وسلم ذا الفقار الذي تنفله يوم بدر وكان سيف العاص بن منبه بن الحجاج يعني اخذه لنفسه صفيا قال
الرازي فهذا دليل على انه لم يحل في الجنة وذكر محمد بن هشام بن محمد بن السائب الكلبي عن ابيه في كتاب السيوف
كان سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا الفقار وكان للعاص بن منبه الحجاج السهمي فقتله علي بن ابي طالب رضي الله عنه
يوم بدر وجاء بسيفه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فصار بعد لعلي رضي الله عنه اعطاه اياه النبي صلى الله عليه وسلم وله
قيل القائل لا سيف الا ذا الفقار ولا فتى الا علي الى هنا كلام الكلبي وما ذكره الزمخشري في فارقة رسول الله عليه
السلام نفله في غزوة ابن المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو اقدم واعلم خلافه ولا سيما اهل المغازي فان الكلبي ابنه
قال الاكمل واصطفى صفية من غنائم خيبر انتهى قلت ذكره البخاري وغيره مسندا الى انس بن مالك رضي الله
عنه قال قدمنا خيبر فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن اخطب وقد قتل زوجها وكانت
عروسا فاصطفاها النبي صلى الله عليه وسلم لنفسه وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة هذا في رواية عنه
وفي رواية يصرف الى مصالح المسلمين لسد الثغور وبه قال احمد والشافعي وعنه انه يرد سهم النبي صلى الله عليه وسلم بعده على
بقية الاصناف م والحجة عليه ش اي على الشافعي م ما قدمناه ش من ان الخلفاء الراشدين لم يعطوا بعده على بقية الاصناف
والحجة عليه ش اي على ذوي القربى كانوا مستحقون في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا م اشارة الى قوله والنبي صلى
الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الى اخر ما قال قال ش اي القدوري وبعده بالفقر اي وبعد النبي صلى الله عليه وسلم يستحقون
بالفقر م ولا يعطى شيئا لاغنيائهم م قال ش اي المصنف رحمه الله م وهذا الذي ذكر ش اي القدوري ان استحقاقهم بالفقر قول الكرخي
وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ش اشار به الى قوله ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة
اسهم ولان فيه ش اي في سهم ذي القربى معنى الصدقة م نظرا الى المصرف م لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقير اذا لم يكن فقيرا
لا يجوز صرفه اليه النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة م فيحرم ش اي ذوي القربى
م كما حرم العمالة ش اي كما حرم العاملة على الصدقة م العمالة ش بضم العين وهو ما يعطى على عمله م وجه الاول ش اراد به قول
الكرخي م وقيل هو الاصح ش انما قال وقيل لان في كون قول الكرخي اصح اختلاف المشايخ … ما روي خبر لقوله وجه الاول وقوله
وقيل هو الاصح جملة معترضة بين المبتدا والخبر تيقظ ايها الناظر م ان عمر رضي الله تعالى اعطى الفقراء منهم ش اي من ذوي القربى

وروى ابو داود في سننه من حديث سعيد ابن المسيب حدثنا جبير ابن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد
شمس ولبني نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان ابو بكر رضي الله عنه يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه
وسلم غير انه لم يعطي قربى رسول الله عليه السلام كما يعطيهم رسول الله عليه السلام وكان عمر رضي الله عنه يعطيهم ومن كان بعده منهم
قال م والاجماع ش اي اجماع الصحابة م انعقد على سقوط حق الاغنيا اما الفقرا فقراهم ش اي فقرا ذوي القربى م يدخلون
في الاصناف الثلاثة ش اي في اليتامى والمساكين وابناء السبيل وقد تقدم هذا في اول البحث ولكن ذكره هنا لزيادة الايضاح فان قيل
اذا كانت هولاء الثلاثة مصارف باعتبار الحاجة فلا حظ للاغنياء فاذن لا فائدة في ذكرهم في القران اجيب بان ما ذكرهم
لان الافهام بعض الناس يذهب الى ان الفقير منهم لا يستحق لما انه من قبيل الصدقة وقد قال عليه السلام لا تحل الصدقة لمحمد
ولا لآل محمد فازال ذلك الوهم بتخصيصهم بالذكر فان قيل ما الفائدة في ذكر اليتيم لانه يدخل في المساكين اجيب بانه ذكر لاجل
وهم من يتوهم ان اليتيم يستحق الخمس لان الخمس من الغنيمة والغنيمة بالجهاد تحصل واليتيم ليس باهل للجهاد فازال ذلك الوهم
بتخصيص ذكر اليتيم م واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين ش اي حال كونهم مغيرين من الاغارة م بغير اذن الامام
فاخذوا شيئا لم يخمس م وقال الشافعي ومالك والثوري من اهل العلم يخمس لانه مال حربي اخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس ولنا
ما ذكره المصنف بقوله م لان الغنيمة هي الماخوذة قهرا وغلبة وفي بعض النسخ هو الماخوذ قهرا اي من حيث القهر والغلبة
م لا اختلاسا ش اي سرقة لان الغنيمة هي الماخوذة من حيث الاختلاس م وسرقة ش اي من حيث السرقة م والخمس وظيفتها ش اي وظيفة
الغنيمة والاختلاس والسرقة في دار الحرب كالاحتطاب مال مباح مثل الاصطياد والاحتطاب واما ذكر الواحد والاثنين
دون الثلاثة والثلاثة وفي غير اثنان ويوضع في بيت المال ش قال ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان
والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة اي فصار الامام كالمنعة لهم
اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة اي فصار الامام كالمنعة لهم حيث اذن لهم والرواية الاخرى
وهي غير مشهورة انه لا يخمس وهي رواية البرامكة ذكرها الناطفي في الاجناس م وان دخل م اي دار الحرب جماعة لها
منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام هذا لفظ القدوري ولم ينص عليه قال الكاكي انما ذكر لفظ الجمع ولم
يقتصر عليه نظرا الى قوله اخذوا اوكان نظير قوله تعالى ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى بهما فرد الضمير الى المعطوف والمعطوف
عليه جميعا في كلمة او وان كانت او لاحد الشيئين اي لم ينص على قدر المنعة واشار في البرامكة في كتاب الخراج الى جماعة
التسعة وفي المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بسبعة نفر والى المتاسعة بعشرة لانه ماخوذ قهرا وغلبة
فكان غنيمة م فيخمس ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم بالخاء والذال المعجمتين ش اي لو ترك عونهم ونصرهم كان
فيه وهن المسلمين اي ضعفهم بخلاف الواحد اذ لو دخل دار الحرب م والاثنين ش اي بخلاف الاثنين ش اي في خراجهم ضعف المسلمين
فان خذلت الرجل خذله اكلا او خذلانا اذا تركت معونته بخلاف الواحد والوهن بسكون الهاء مصدر من وهن يهن
من باب ضرب يضرب وبالفتح مصدر من باب الوهن يهن من باب علم يعلم اذا دخل دار الحرب لانه لا يجب عليه اي على
الامام نصرتهم اي نصرة الواحد والاثنين

م فصل في التنفيل

اي هذا فصل في حكم التنفيل وهو نوع
من قسمة الغنيمة فلذلك الحقه بها يقال نفل الامام الغازي اذا اعطاه زايدا على سهمه من قوله قتل قتيلا فله سلبه
ونفله نفلا بالتخفيف ونفله تنفيلا بالتشديد لغتان فصيحتان لذا قاله ابن دريد والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه انفال
م قال ش اي القدوري م ولا باس بان ينفل الامام في حالة القتال ش وفي المبسوط ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة
تعلم من هذا ما قالوا ان لفظ لا باس يستعمل فيما تركه اولى ليس يجري على عمومه ولهذا قال في الكتاب التحريض مندوب
وانما قيد بقوله في حالة القتال لان التنفيل انما يصح عندنا اذا كان قبل الاصابة وعند الاوزاعي بعد الاصابة في حق
السلب القتال لذا ذكر في الاسباب يعني في الاسرار م ويحرض به اي بالتنفيل على الامام فيقول ش اي الامام والغاية
لتغيير ما قبله م من قتل قتيلا فله سلبه ش القتيل لا يقتل انما اريد به من تعدد له القتل من الكفار باعتبار المال م او يقول
ش اي الامام م للسرية ش وهي جيش قليل يسرون وقد مر الكلام فيه م قد جعلت لكم الربع بعد الخمس ش وهذا كلام
القدوري وقال المصنف م يعني به ش اي يعني قول القدوري م بعد ما رفع الخمس ش يعني ربع ما اصبتم بعد دفع الخمس
م لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال م وهذا ش اي التنفيل نوع
تحريض م ان المنفل له يجتهد في القتال لاجل ما يحصل له من الزيادة على سهمه المعين القدر فان قيل قوله حرض امر وانه
ينصرف الى الوجوب اجيب بانه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب م ثم قد يكون التنفيل بما ذكره
القدوري وهو التنفيل بالربع بعد الخمس او التنفيل بالسلب م وقد يكون بغيره ش اي بغير ما ذكره لا يحصر بما ذكره
بل نحو يعشره بان يقول جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلا او يقول ما اصبتم فلكم الا ان الاولى ان لا يجعل جميع الماخوذ لا

الآن الاولى ان لا يجعل جميع الماخوذ لان فيه من الغزاة ومع هذا لو فعل جاز لما فيه من المصلحة وقال الاترازي
قال بعض الشارحين اراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة وفيه نظر لانه دخل تحت ما ذكر في مختصر
القدوري لان السلب يشمل ما في وسط القتيل من الذهب والفضة فكيف يكون غير ما ذكر في المختصر قلت
اراد بعض الشارحين اي صاحب النهاية فانه قال وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة وتبعه الاكمل على ذلك وليس
مع هذا محل النظر لان الغالب في السلب هو ما يكون على القتيل من سلاحه وثيابه ودون الذهب والفضة في وسطه نادر نعم
هذا لو صرح الامام بالتنفيل بالذهب والفضة يجوز وقال صاحب الايضاح ويجوز التنفيل بسائر الاموال من الذهب والفضة
وغير ذلك م الا انه ش اي غير ان الشان م لا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل ش اي حق كل الغزاة م
فان نفل مع السرية جاز ش اي فان نفل الامام التنفيل مع سرية بعينها جاز م لان التصرف اليه ش اي الى الامام م وقد يكون
المصلحة فيه ش اي في تنفيله لذلك وذكر في السير الكبير اذا نفل الامام لسرية جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية لا يجوز
لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل لذلك اذا احضر بالتنفيل ولذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل
بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة وحق ضعفاء المسلمين م وذلك لا يجوز ش ولم
ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام م وهذا لفظ القدوري ش لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز م ولا ينفل بعد احراز
الغنيمة ش اي بدار الاسلام م وهذا لفظ القدوري ش قال الاترازي ش اي قال القدوري ولا ينفل بعد احراز الغنيمة
الا من الخمس م وقال المص ش لانه لا حق للغانمين في الخمس م فلا يلزم قطع حقهم بتصرف الامام فيه على ما راى من المصلحة
في امور المسلمين فان قيل ان لم يكن فيه ابطال الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك الذهب فانه لا يجوز
اجيب ان جوازه باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على احد
الاصناف الثلاثة لما تقدم انهم مصارف لا يستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق
الاغنيا فجعل للغني ابطال حق المحتاجين م واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وقال
الشافعي السلب للقاتل م وبه قال احمد م اذا كان من اهل ان يسهم له م ومن اهل ان يرضخ له عند احمد وعند الشافعي
من يكون له الرضخ فله في سلبه قولان وفي قول لا سلب له وقد قتله مقبلا وقال الشافعي اذا كان القاتل مقبلا فانما
ع السلب للقاتل انتهى هذا يصرح ان مصدر مقبلا حال من الضمير المرفوع وقد قبله وهذا سهو منه فانه حال من الضمير المرفوع
به كما ذكرنا وقد كتب شيخي العلاي يعني مقبلا حال من المفعول اي حال كون الكافر مقبلا لا حال كونه مدبرا بالهزيمة ولذا
قال تاج الشريعة في شرحه قوله مقبلا حال من المفعول لان الشرط عنده اي عند القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزما
او نائما او مشغولا بشي لم يستحق السلب وقوله مقبلا م الواو للحال ومقبلا حال ايضا من الضمير المنصوب في قتله وفي نو
لا سلب له احترز عما اذا قتله مقبلا م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه
ش هذا الحديث اخرجه الجماعة الا النسائي عن ابي قتادة الانصاري رضي الله عنه م والظاهر انه ش اي ان هذا الحديث
نصب الشرع م كما في قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه فيكون السلب للقاتل وان كان شرط القتال سوا شرط الامام
او لم يشرط الا انه بعث له ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث له لنصب الشرع م ولان القاتل مقبلا اكثر عناء ش اي
لقلبه الجهاد م فيختص بسلبه م اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ش اي بين قاتل الكافر المقتل وبين قاتل الكافر المدبر المنهزم
وفي شرح الاترازي هذا الموضع بناء على قوله ان مقبلا حال من القاتل وبين قاتل الكافر وقد ذكرنا انه سهو منه
هذا الموضع بنا على قوله في ذلك راجع اليه وقد ذكرنا انه سهو منه والمبني ايضا سهو ولنا انه ش اي السلب
ماخوذ بقوة الجيش غنيمة على وجه القهر م فيقسم قسمة الغنائم لما نطق به النص وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شي الاية وقال عليه السلام لحبيب ابن سالمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك م هذا حديث اخرجه العد
هكذا وقع في الهداية حبيب ابن ابي سالمة وصوابه حبيب ابن مسلمة ش اي حديث الهداية م هكذا هو في كتب اصحاب
الصحابة فان ابا عمر ذكر في باب الحا المهملة بفتح الها وقال حبيب ابن مسلمة ابن مالك الاكبر ابن وهب ابن عمرو ابن شيبان
ابن محارب ابن فهر ابن مالك القرشي الفهري يكنى ابا عبد الرحمن يقال له حبيب الروم لكثرة دخوله اليهم ونيله منهم
ولاه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه اعمال الجزيرة اذ عزل عنها عياض ابن غنم وضم الى حبيب ابن مسلمة ارمينية واذا
واذربيجان وسلمان ابن ربيعة احدهما مدد الصاحبة فتواعر بعضهما بعضا ومات بارمينية سنة اثنين واربعين
ثم حديثه الذي ذكر المص رواه الطبراني في معجمه الكبير الاوسط حدثنا احمد ابن المعلى الدمشقي والحسين
حدثنا ابن اسحق القشيري وجعفر ابن محمد الفريابي قالا انبانا احمد ابن عماد ثنا عمر ابن واحد انبانا موسى ابن سيارة
عن مكحول عن جنادة ابن ابي امية قال نزلنا دابق وعلينا ابو عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه فبه ان حبيب ابن مسلمة

ان لعنه صاحب قبرس خرج بريد بطريق بعض الصحابة رضي الله عنهم وياقوت ولولو وغيرها فخرج اليه فقتله وحاز
بما معه فاراد ابو عبيدة ان يخمسه فقال له حبيب ابن مسلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله تعالى فان رسول الله صلى الله
عليه وسلم معاذ يا بن حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه انتهى وفي سنده
عمرو بن واقد الدمشقي المصري مولى قريش قال البخاري منكر الحديث النسائي متروك ورواه اسحق ابن راهويه في
مسنده حدثنا بقية ابن الوليد حدثني رجل مكحول عن جنادة ابن ابي امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر الحبيب ابن مسلمة
الفهري صاحب قبرس خرج بتجارة من البحرين يريد بها بطريق ارمينية فخرج عليه حبيب ابن مسلمة فقاتله فقتله فجاء
بسلبه يحمله على خمسة ابغال من الياقوت والزمرد والزبرجد فاراد حبيب ان ياخذه وابو عبيدة رضي الله عنه
يقول لعله يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه فقال ابو عبيدة
ولم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ابن جبل رضي الله عنه بذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ لحبيب الا
اتتقي الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم معاذ عن النبي صلى الله عليه
وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه بالف دينار وذكره البيهقي في المعرفة بهذا الاسناد ثم قال
وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه وروايته عن مجهول المجهول وهذا اسناد لا يحتج به انتهى قلت وفي هذا الموضع نظر
في وجوه عديده ثلاثة منها يرجع الى كلام المصنف الاول انه ذكر حبيب بن ابي سلمة وليس في الصحابة الا حبيب
ابن مسلمة كما ذكرنا والثاني ان الحديث الذي احتج به لاصحابنا ضعيف كما ذكرنا والثالث ان هذا الحديث ليس لحبيب
فانه ما سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم وانما هو معاذ ابن جبل سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم ورد على حبيب من اراد ان
يستبد بالسلب الذي اخذه كما ذكرنا والنظر الرابع يرجع الى الشراح فانهم كلهم سكتوا عن التحرير في هذا الموضع وذكروا
ما شرحوا فيه مما لا يرضى به من له ادنى الالمام بالتصرف في الحديث وجعلوا هذا حجة على الشافعي كيف تكون حجة وفيه ما
ذكرناه واستدل الاترازي ههنا لاصحابنا وقال وروى في السنن وشرح الاثار مسندا الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما
قال لما كان يوم بدر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فعل كذا فله كذا وكذا فذهب شبان الرجال وجلست الشيوخ تحت
الرايات فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم فقالت الشيوخ لا تستاثروا علينا فانا كنا تحت الرايات ولو انهزمتم كنا
ردءا لكم فانزل الله تعالى يسالونك عن الانفال فقرا حتى بلغ كما اخرجك ربك من بيتك بالحق وان فريقا من المؤمنين لكا
رهون الضعوني في هذا الامر كما رايتم عاقبته امري حيث خرجتم وانتم كارهون فقسم بينهم بالسواء ففي هذا الحديث دليل
على ان السلب لا يكون للقاتل لانه لو كان له لعطاه النبي عليه السلام خاصة لون غيره انتهى واعترض عليه بانه لا يجب
لهم فيه باي غنيمة قد كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بعض الكتاب فيعطي منها ما شاء وقد قسم لجماعة لم يشهدوا وانزل لنا
الاية في الغنيمة بعد بدر فقضى عليه السلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى قلنا حاصل الكلام ان قول
النبي صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه على وجه التنفيل ولذلك قال ابو عبيدة لم يقل ذلك للابد ولا سيما
اذا كان السلب كثيرا الا ترى بما رواه الطبراني في معجمه عن الشعبي ان جرير ابن عبد الله الكلبي بارز مهران فقتله فقومت
منطقته بثلاثين فكتبوا الى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فقال عمر ليس هذا من السلب الذي يخمس ولم ينفله وجعله
مغنما م وما رواه ش اي الشافعي و يحمل نصب الشرع ويحمل التنفيل فنحمله على الثاني م اي نحمل الحديث الذي رواه الشافعي
على التنفيل م لما رويناه ش اي حديث وهو قوله عليه السلام ليس من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك دفعا
للتعارض م وزيادة الغناء ش جواب عن قوله لان القاتل اكثر غناء وهو ان زيادة الغناء في رواية لا تعتبر في جنس
واحد م وهو الكر والفر ش كما ذكرناه م اشارة الى ما ذكره في فصل كيفية القسمة ولان الكر والفر من جنس واحد الى
قوله تعذر اعتبار مقدار الزيادة لا ترجح عن واحد من الفرسان والرجالة مثل الالف في الغناء ولا يعتبر ذلك في
استحقاق زيادة السهم لانه من جنس واحد فالسلب على المقبول من ثيابه وسلاحه ومركبه م بالرفع عطفا على قوله
ما على المقتول على السلب ش اي وكذا السلب م ما على مركبه من السرج والالة ش اي والالة السرج نحو سيره وحمائله
وعباءه والحامة م وكذا ش اي وكذا السلب م ما معه على الدابة من ماله في حقيبته وهي الرفادة الذي يجعل فيه الرجل حوائجه
وادواته فيه ويجعل في مؤخر القتب وفي الجمهرة الحقيبة الرفادة في مؤخر القتب ش او على وسطه م نحو الهميان كما
عدا فلك اي المذكور من هذه الاشياء فليس بسلب ش وقال الشافعي السلب ما كان عليه من جنة الحرب كالثياب التي يقاتل
فيها والسلاح الذي به والمركوب الذي يقاتل عليه فاما في يده لا يقاتل به كالمنطقة والطوق والسوار
والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته ففيه قولان احدهما انه ليس من السلب وهو قولنا وعن احمد فيه
روايتان م وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ش بل هو من الغنيمة م ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين

فاما

فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل واشار الى ما ذكر في باب الغنايم بقوله لان
الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانية منعدمة لقيام اليد الناقلة منعدمة قبل الاحراز فلا يثبت الملك
حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها لم يحل له وطيها ولذا لا يبيعها وعند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد ان يطاها ويبيعها قال ذكر الخلاف في الزيادات من محمد وصاحبيه واعتمد عليه صاحب الاسرار
وتبعه صاحب الهداية ولم يذكر الخلاف في السير الصغير واعتمد عليه الحاكم الشهيد في الكافي وذكر الكرخي
الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد ولم يذكر قول ابي يوسف فقال لا يطاها عند ابي حنيفة خلافا لمحمد واعتمد عليه صاحب
المختلف والمنظومة لان التنفيل يثبت به الملك عنده ش اي عند محمد وبه قالت الثلاثة م كما يثبت ش اي الملك م
بالقسمة في دار الحرب ش اي قسمة الامام الغنائم او الشراء من الحربي م بان اشترى جارية او غيرها في دار الحرب
من الحربي ش ووجوب الضمان بالاتلاف م لفظ وجوب الضمان مرفوع بالابتداء وخبره قوله م قد قيل على
هذا الاختلاف ش وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو وسكونا معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك ووجوب الضمان
للنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى انما ذكرته دفعا للشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي
يوسف وبيان ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام يضمن لان الحق متاكد ولم
يبين فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي في مذهبهما ايضا
بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله اعلم بذلك

باب استيلاء الكفار

ش اي هذا باب في بيان استيلاء الكفار وهذه الاضافة من قبيل اضافة
المصدر الى الفاعل ولما شرع في استيلائهم بدا باستيلاء بعضهم بعضا فقال م واذا غلب الترك على الروم ش الترك جمع ترك
الروم جمع رومي والمراد كفار الترك ونصارى الروم م فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في
المال المباح وهو السبب ش اي سبب الملك م على ما بيناه ش اي عند قوله واذا غلبوا على اموالنا م فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده
من ذلك ش اي ما نجده في ايدي الترك مما اخذوه من الروم م اعتبارا بسائر اموالهم واملاكهم ش اي قياسا على سائر اموال
الترك لانهم لما ملكوا الذي اخذوه من الروم بالاستيلاء صار هو وما لهم الاصلي سواء م واذا غلبوا ش اي الكفار م على اموالنا
واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رضي الله عنه لا يملكونها لان الاستيلاء محظور م اي ممنوع حرام مطلقا م ابتداء
ش اي في دار الاسلام م وانتهاء ش اي بعد الاحراز بدار الحرب م والمحظور لا ينتهض سببا للملك ش اي المحظور من اوجه
لا يكون سببا للملك لان المحظور من كل وجه وهو الباطل لا يكون سببا للملك عندنا ايضا كالبيع بالميتة او الدم او بالخمر على
ما عرف من قاعدة الخصم وهو ان النهي يعدم المشروعية عنده وقال الكاكي وتقييده بقاعدة الخصم انما يصح في المحظور
من وجه دون وجه كما في البيع الفاسد اما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كما في استيلاء المسلم على مال المسلم
فان قلت م يريد ما قاله الشافعي بما روي عن عمران بن الحصين ان المشركين غاروا على سرح المدينة وذهبوا بالعضباء واسروا
امراة الراعي فانفلتت ذات ليلة فاتت بالعضباء فقعدت في عجزها ونذرت ان نجاها الله تبارك وتعالى لتنحرنها فلما قدمت
المدينة ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بئسما وفت الوفاء بالنذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن ادم
واخذ ناقته فعلم بهذا ان الكفار لا يملكون اموال المسلمين فلو كانوا يملكون لملكت المراة العضباء بالاخذ منهم قلت
ما كانوا احرزوها بدارهم واخذ المراة العضباء كان في الطريق وقبل الاحراز لا يثبت الملك ودليلنا من القران قوله
تعالى للفقراء المهاجرين الاية فالله تعالى سماهم فقراء والفقير من لا ملك له فلو لم يملك الكفار اموالهم لما سموا فقراء ودليلنا من المعقول
هو قوله م ولنا ان الاستيلاء ش اي استيلاء الكفار م ورد على مال مباح م لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل
مطلق على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال ومن الادخار في المال والاقتدار بهذه الصفة لا يكون الا بعد الاحراز ثم بعد احرازهم
لزالت العصمة فورد الاستيلاء حينئذ على ما قال مفتاح الا على مال محظور فصار ثم بعد احرازهم او زالت العصمة فورد ثم
الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور فصار كالاستيلاء على الصيد والحطب ولهذا لا يملكون فانيا فان قيل
قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وكيف يملكون اموالنا بالاستيلاء والتملك بالقهر من اقوى جهات السبيل
قلنا النص يتناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء بل يملكون ما لا مباحا كما ذكرنا فان قلت يرد عليهم الاسترداد اذ للمالك
القديم من الغازي الذي وقع في قسمته او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون الماضي الغازي قلت اجيب بان نفاذ حق
الاسترداد بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم الا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه
بلا رضى الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال ولذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضى المشتري
مع ثبوت الملك له قلت القياس على الدين او الهبة فيه نظر على ما لا يخفى فان قلت لا نسلم ان المال مباح بل مال مع

قلت انه مباح لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا واللام للاختصاص فيقتضي للاختصاص لكم بجهة الانتفاع مطلقا دون الاختصاص الواجد شي من ذلك لان فيه منع الباقين من الانتفاع وقد اضيف اليهم جميعا بحرف الاختصاص م فيتعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كالاستيلاء بناء على ما ذكر ش بعد الاحراز وانما يثبت العصمة للمال المتمكن من الانتفاع ودفع الحاجة لانه اذا لم يكن معصوما كان كل احد من التعرض فلا تحصل المصلحة المطلوبة وهي التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة ثم لما زال التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة بعد احرازهم ارتفعت العصمة فعاد مباحا كما كان م وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبينه بقوله م لان العصمة ش اي في المال يثبت على منافاة الدليل م وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي ان لا يكون مالا معصوما لشخص ما وانما يثبت العصمة ضرورة اي لضرورة تمكن المالك من الانتفاع واذا زالت لكنه عاد مباحا كما كان ش في الاصل وفي الكافي قوله في الهداية لان العصمة تثبت على مال مباح وعلى منافاة الدليل الى قوله عاد مباحا مشكل فانا اذا علينا على اموال اهل البغي واحرزنا بدارنا لم نملكها مع زوال المكنة الا ان يقال اراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب وتباين الدار [illegible] واحد وهي تحت الديانة فحمل تثبت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف اهل الحرب لان الدار مختلفة والمنعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة لنا في حقهم م غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه ش اي لان الاستيلاء م عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ش اي بالانتفاع بالمال حالا م ومآلا ش اي عاقبة يعني بالادخار اي الزمن الثاني م والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم اي الاستيلاء محظور لا ينتهض سببا للملك تقريره ان يقال سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره مباح نفسه يعني ان المال مباح في نفسه بعينه لكن الحظر فيه لحق الغير وهو المالك م والمحظور لغيره ش يعني لا لعينه م اذا صلح لكرامة تفوق الملك ش كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الارض فلان سببا للملك في الدنيا اولى وهو معنى قوله م وهو الثواب الآجل يعني في الارض م فما ظنك بالملك العاجل ش يعني في الدنيا انا نقول المحظور وقد يصلح ان يكون سببا للملك كما في الشراء على سوم اخيه والبيع عند الاذان يوم الجمعة وبيع الحاضر للبادي وبيع الملقي للسلعة فانتقض اهله اصله حينئذ وفي الكافي والمحظور لغيره الى قوله بالملك العاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم او لا فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما مر انه على مال مباح وان لم تزل لم يصر ملكا لهم كما في مسالة البغاة الا ان يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار م فان ظهر عليها المسلمون ش اي فان علينا المسلمون على الاموال التي اخذها الكفار منا م فوجدها المالكون قبل القسمة فهي اي تلك الاموال م لهم ش اي للملاك ش بغير شيء يعني ياخذونها مجانا م وان وجدوها بعد القسمة ش اي بعد قسمة الامام الغنائم اخذوها بالقيمة ان احبوا ش يعني ان ارادوا ان ياخذوها ياخذوها بالقيمة قال الرازي وعند الشافعي ياخذ في الوجهين بغير شيء قلت قال الشافعي ولكن الامام يعوض من وقع في سهمه من بيت المال وان لم يكن في بيت المال شيء اعاد القسمة م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم فيه ش اي في هذا الحكم ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء [illegible] م هذا الحديث اخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن الحسن بن عثمان عن عبد الملك بن ميسرة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيما احرزه العدو فاشتراه المسلمون منهم ان وجد صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده قد قسم فان شاء اخذه بالثمن وقال الحسن بن عمارة متروك وروى الطبراني في معجمه عن ياسين الزيات عن [illegible] عن سماك بن طرفة عن جابر بن سمرة قال اصحاب الكوفة اصاب العدو ناقة من بني سليم فاشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره فامره عليه السلام بالثمن الذي اشتراها صاحبها من العدو والا فخل بينه وبينها ورواه ابو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة انها ناقته واقام الاخر البينة انها باقية واقام الاخر البينة انه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت ان تاخذها بالثمن الذي اشتراها به فانت احق والا فخل ناقته وقال عبد الحق ياسين ضعيف واخرج الدارقطني ايضا في سننه عن اسحاق بن عبد الله بن ابي فروة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن ابيه عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجد ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء قال الدارقطني اسحاق متروك وهذا كما رايت كله الا انه حجة [illegible] الا ان تحتج بما رواه الدارقطني في سننه عن قبيصة ابن ذويب ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ما اصاب المسلمون من اموال المشركين فظهر عليهم رجل بمتاعه بعينه فهو احق به من غيره فاذا قسم ثم ظهر عليه فلا شيء له انما هو رجل منهم وكذا روى ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه عن خلاس عن علي رضي الله عنه نحوه وقال البيهقي رواية خلاس عن علي صحيفة ش قال ابن حزم رواية خلاس عن علي صحيحة م ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له ش فياخذه بغير شيء قبل القسمة لان الملك في المغنوم عام بين الغانمين فقل الضرر عليهم م الا ان

في

في المغنوم عام بين الغانمين الا ان في الاخذ ش اي غير ان في اخذ المالك القديم م بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين ش يعني جانبي المالك القديم والمالك الجديد م والشركة قبل القسمة ش اي قبل قسمة الامام الغنيمة م عامة ش بينهم م فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة ش والدليل على عموم الكل بين الغانمين ان واحدا من الغانمين لو استولد جارية ثم باعها في الغنم لم يثبت النسب لعدم الملك بعموم الشركة بخلاف ما بعد القسمة حيث ياخذه بالقيمة م وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك ش اي الذي استولى عليه الحربي م واخرجه ش اي واخرج ذلك الشيء الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بقيمته وان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه ش اي الاخر والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه كذا ذكره الحاكم الشهيد م وان شاركه لانه ش اي لان التاجر يتضرر بالاخذ مجانا م يعني بغير شيء الا ترى انه ش اي ان التاجر دفع العوض بمقابلته ش اي بمقابلة ذلك الشيء الذي اشتراه م فكان اعتدال النظر فيما قلنا ش وهو قوله الا بعد النظر من الجانبين م ولو اشتراه بعرض ش اي بشيء م فيهي ش ياخذه بقيمة العرض م اي بقيمة ذلك العرض الذي اشتراه به م ولو وهبوه لمسلم ش اي ولو وهب اهل الحرب ذلك الشيء م لمسلم ياخذه ش يعني صاحبه ياخذه بقيمته ش اي بقيمة ذلك الشيء لانه ثبت له اي للموهوب مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما يثبت لاحد الغزاة بالقيمة لان هذا الحق انما ثبت له باداء ما انقطع من حقه عما في ايدي الناس الباقين واجيب بان الملك هنا ايضا يثبت بالعوض معنى لما ان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم يكن مشروطه فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة م ولو كان ش اي ما اخذه الكفار من المسلمين معنوما ش اي ما كان ماخوذا بالقهر والغلبة م وهو مثلي ش اي والحال انه مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير م ياخذه ش اي صاحبه وهو المالك القديم م قبل القسمة ش بلا شيء م ولا ياخذه بعدها ش اي بعد القسمة م لان الاخذ بالمثل غير مفيد م لانه لو اخذه اخذ المثل ولا فائدة فيه ش ولذا م اي ولذا حكم المثلي ش اذا كان مرهونا م لو اخذ لا ياخذه ش اي المالك لعدم الفائدة م لما بينا ش اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد ش ولذا اذا كان مشتري بمثله م قدرا او وصفا ش اي ولذا لا ياخذ المالك القديم ايضا فاذا كان ياخذ الكفار شيئا واشترى بدراهم مشترك مثله قدرا او وصفا لانه لا فائدة في ان يعطي عشرة مثاقيل جياد وياخذه عشرة مثاقيل جياد ويعطي عشرة اقفزة جيدة وياخذ عشرة اقفزة جيدة وانما قيد بقوله قدرا او وصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه وبجنس اخر وحسنه ولكنه اردى منه وصفا فان له ان ياخذه بمثل المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدى ليستخلص به ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه لم يشتريه ابتداء م قال ش اي محمد رحمه الله م وان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه فاخذ ش اي الولي م ارشها ش اي ارش العين م فان المولى ش اي المولى الاول م ياخذه ش اي ياخذ العبد م بالثمن الذي اخذ به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا ش اشارة الى قوله الا انه يتضرر بالاخذ مجانا م ولا ياخذ ش اي المالك القديم الارش لان الملك فيه صحيح احترازا عن الشراء الفاسد فان الوصف فيه مضمون م ولو اخذ ش اي المالك لو اخذ الارش اخذ بمثله وهو لا يفيد لان الارش دراهم او دنانير م ولا يحط شيء من الثمن ش يعني اذا اخذ الارش لا يحط شيء من الثمن بسبب فقء العين لان العين بمنزلة الوصف لانه يحصل بها صفة الكمال في [illegible] لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن وقد فات الوصف في ملك صحيح وبهذا لا يسقط شيء من الثمن لانه تابع الا يرى انه لو اشترى عبدا فذهبت احدى عينيه لا يسقط شيء من الثمن وفي النهاية في قوله لان الاوصاف نظر قال الكاكي قال شيخي العلامة وهو مشكل وهذا ذكر في الكافي لان الاوصاف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول فاما اذا صار مقصودا فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ما يخص ذلك بخلاف ما اذا عورت ذلك في الفوائد الظهيرية وكما في مسالة الشفعة المذكورة في الكتاب وهنا صارت مقصودة بالتناول فينبغي ان يكون للمالك القديم حط ما يخص العين من الثمن اجيب عنه بان الوصف انما يقابله شيء من الثمن عند صيرورته مقصودا اما بالتناول في ملك الفاسد او في المالك الفاسد اذ في موضع التهمة كما في المسائل المذكورة فان الملك في المشتري بالنسبة الى الشفيع كالفاسد الى مسالة المرابحة التهمة بحقه ما حقيقته الاشياء المرابحة على الامانة دون الجناية وهذا لان الوصف مضمون في الغصب مراعاة لحق المالك ولذا في الشراء الفاسد انما هو في الشراء الفاسد وانما هو في الشراء الصحيح الثمن مقابل العين لا الوصف اذ الوصف تابع ولهذا لو ظهر للبيع وصف مرغوب فلا يقابله عند العقد اذ لم يكن للبائع ان يطالب بمقابلته شيء قال الكاكي قوله بخلاف الشفعة انما يستقيم فيما اذا كان فوات الاوصاف في الشفعة بفعل قصدي حيث يقابلها شيء من الثمن بخلاف مسالتنا اما اذا كان فواتها بآفة سماوية في الشفعة بان جف شجر البستان فلا يقابلها شيء من الثمن حينئذ لا تخالف مسالة الشفعة يعني بخلاف الوصف في مسالة الشفعة حيث يقابله شيء من الثمن م لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري ش بفتح الراء م في يد المشتري ش بكسر الراء م بمنزلة المشتري ش بفتح الراء م شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه لانه واجب الرد م كما في الغصب ش اذ الواجب فيه القيمة باعتبار القبض وهو اعتبار على الجموع اما ههنا ش اي فيما اذا

اشترى من العدو م فالملك صحيح للمشتري ش فافترقا ش اي الملك الصحيح والمشتري شراء فاسدا م وان اسروا عبدا
ش اي وان اسر اهل الحرب عبدا من المسلمين م فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية ش اي مرة ثانية م وادخلوه
دار الحرب فاشتري ش او اشتراه رجل اخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن الاول لان الاسر
ورد على ملكه ش اي ياخذه المالك القديم بالعين ان شا لانه قام عليه ش اي على المشتري الاول بالتمكين فياخذه بما
ولهذا اذا كان الماسور منه الثاني وهو اي المشتري الاول غايبا ليس للاول اي للمولى الاول وهو المالك القديم م ان ياخذ
اعتبارا بحضرته ش اي بحضرة الماسور منه الثاني وهو المشتري الاول قال الاكمل رحمه الله تعالى واعترض على قوله
وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن بما لو بينا حق الاخذ للذي اشتراه من العدو وبضرر المالك لانه حينئذ
ياخذه بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه من العدو اولى لان حقه يعود في الالف التي نقدها بلا عوض
تقابلها والمالك القديم لحقه الضرر ولكن تقابله وهو العبد فكان ما قلنا اولى م ولا يملك علينا اهل الحرب
بالغلبة مدبرنا وامهات اولادنا ومكاتبنا واحرارنا ونملك عليهم ش اي على اهل الحرب اذا غلبنا عليهم جميع ذلك
اشارة الى ما ذكر من المدبرين وغيرهم وفايدة ذلك ان المولى ياخذ هولاء بلا شي قبل القسمة وبعدها وكذا اذا
ان اشتري رجل واحد مما ذكرنا من اهل الحرب بعد استيلايهم ياخذه المولى بلا شي والاصل فيه ما ذكر في شرح الكافي
ان كل ما يملك بالميراث يملك بالاشيا بالاسترقاق والقهر والغلبة وكل ما لا يملك بالاسر والقهر والغلبة لان السبب
وهو الاستيلاء م انما يفيد الحكم في محله ش يعني اذا اتصل بالمحل كما في ساير الاسباب والمحل المباح والحر معصوم
باعتبار ان الادمي خلق ليحمل اعبا التكاليف ولا قدرة على التكليف الا بواسطة العصمة فكان التعرض له حراما م وكذا من
سواه ش اي من سوى الحر من ام الولد والمدبر والمكاتب فللمالك ان ياخذهم قبل القسمة بغير شي وقال احمد ومالك يملكون
المدبر والمكاتب فللمالك ان ياخذ قبل القسمة بغير شي وقال احمد ومالك يملكون المدبر والمكاتب بالاستيلاء حتى اذا
سيدها بالقيمة في الهبة وفي الثمن في الهبة وبالثمن بالشرا وفي ام الولد لا يملكونها عند احمد وقال الزهري يا
خذها سيدها وقال مالك يفديها الامام فان لم يفعل ياخذها سيدها بالقيمة وقال
مالك يفديها الامام فان لم يفعل ياخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها تحل لمن لا تحل له لانه يثبت الحرية
ش اي من سوى الحر من وجه لاستحقاقهم الحرية ولهذا لا يصح ان يملكهم بالعقود م بخلاف رقابهم ش اي رقاب اهل الكفر
لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء لانهم لما انكروا وحدانية الله تعالى جازاهم بان جعلهم عبيد
عبيده ولا جناية من هولاء م اي من احرارنا ومدبرنا وامهات اولادنا ومكاتبنا لانه لم يوجد جناية الكفر فلم
يستحقوا الرق م واذا ابق عبد في رواية والشافعي بقيه المسلم الثاني والحكم في عبد الذمي كذلك م وقالا ش اي ابو يوسف
ومحمد يملكونه ش وبه قال مالك واحمد يملكونه في المشهور منه م لان العصمة ش اي العصمة الموجودة في العبد كانت
لحق المالك لقيام يده عليه وقد زالت م يده فزالت العصمة ولهذا اي ولزوال يده م لو اخذوه ش اي العبد
م وكانت العصمة بالاسلام من دار الاسلام ملكوه لذا قاله تاج الشريعة وله ش اي ولابي حنيفة رضي الله عنه
ش انه ش اي ان العبد م ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لانه سقط اعتباره اي اعتبار يد العبد لتحقق
يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع م اي لاجل ان يتمكن المولى من الانتفاع به ش وقد زالت يد المولى فظهرت يده على
نفسه لانه حين دخل الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان من يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف
في المحل كيف شا ولم يوجد ذلك م وصار ش اي العبد م معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك م لانه يصير في يد نفسه
وهو غير محترمة يمنع الاحراز فيمنع التملك لانه لا يملك بدون الاحراز فان قيل لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان
الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم اجيب بان من الدار حكمية لا يكون في يد احد وعند ذلك
يظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا يندفع بيد الدار اليه اشار فخر الاسلام رحمه الله
نظرا لان حصول اليد الحقيقية في حين الفراغ والجواب ان اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف كيف شا ومن
دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلا الكفر عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية يعتق وليس كذلك
اجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على ملكه وعلى نفسه لا يلزم زوال ملك المولى فانه لو ظهرت يده على نفسه
صار غاصبا ملك المولى كما جاز ان ياخذ اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشتري قبل القبض فان الملك للمولى واليد
لغيره ش بخلاف المتردد ش اي بخلاف العبد الابق المتردد في دار الاسلام وهو الذي يتردد في دار الاسلام
لان اليد نابت فيه لقيام يد اهل الدار م لان الاقتدار على المحل قائم بالطلب والاستعانة باهل الدار ش فيمنع ذلك
ظهور يده لنفسه ولهذا لو وهبه لان الصغير صار مثل ما له التابعين حكما م واذا لم تغلب المسلم ش اي اهل

الحرب

الحرب على العبد م عند ابي حنيفة باخذ المالك ش القديم م بغير شي سوا كان العبد ش موهوبا لاحد من اهل الحرب
كان ومشتري ش اي وكان العبد مشتري بان اشتراه احد منهم م او مغنوما ش اي او كان المولى وجده مغنوما في يد
الغانمين هذا كله اذا كان قبل القسمة م وبعد القسمة يودي ش اي على صيغة المجهول اي يودي المولى م عوضه من بيت
المال ولا يعطي المشتري العوض لانه فدى ملكه بغير اذنه فكان متبرعا حتى لو امره بغير اذنه بذلك رجع عليه المشتري بالثمن
واما المولى فانما ياخذ عوضه من بيت المال ش لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين بعد اجتماعهم وانما العوض من
بيت المال لان هذا من نوايب المسلمين وبيت المال معد لذلك م وليس له ش اي للغازي او للتاجر او للموهوب
له م جعل الابق لانه ش اي لان الاخذ واحد من هولاء م عامل لنفسه اذ في زعمه ش اي لان في زعمه انه ش اي ان
العبد ملكه فيكون عاملا لنفسه لا للمولى القديم م وان ند بعيره ش اي ذهب على وجهه شاردا يقال ند بعيره ندا وندا
من باب ضرب يضرب ضربا م فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء ش اي البهيمة وانما سميت عجماء لانها
لا تتكلم وكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو اعجم ومستعجم ويقال صلاة النهار عجماء لانه لا جهر فيها بالقراءة م لتظهر عند الخروج من دارنا
ش اي دار الاسلام م بخلاف العبد ش اذا ابق لان له يدا عندنا لظهور عند الخروج م على ما ذكرنا ش اشارة الى قوله انه ظهرت
يده على نفسه بالخروج من دارنا م وان اشتراه ش اي وان اشترى هذا البعير رجل منهم م وادخله دار الاسلام فصاحبه ياخذ
بالثمن ان شاء ش وان شاء تركه م فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل
ذلك كله واخرجه فان المولى ياخذ العبد بغير شي والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة م لما ان عنده يثبت الملك
للغازي في المال دون العبد واعترض بان على قول ابي حنيفة رضي الله عنه ينبغي ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شي لانه لما
ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار على ما
فلا يصير الى التملك واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه فجعلناها ظاهرة
في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال هكذا قاله الاكمل وفيه نوع تامل لان استيلا العبد على المال حقيقة وجد وهو مال
مباح فينبغي ان يمنع استيلا الكفار كما في العبد ش وقالا ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبار الحالة للاجتماع بحالة
الانفراد م يعني اذا ابق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك فكذلك اذا ابق ومعه فرس ومتاع وقد بينا الحكم في كل فرد
اي عند قوله واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها ش واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق م وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول واعلم ان الحربي المستامن
اذا اشترى عبدا مسلما جاز وجبر على البيع لانه لا يجوز سقي المسلم في ذل الكافر لان الاسلام يعلو ولا يعلى وقال الشافعي لا يجوز
اصلا م لان الازالة ش اي ازالة اليد الحربي كانت مستحقة بطريق متعين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه م بالدخول في
دار الحرب ويبقى في يده عبدا م فلا يعتق لانه قد ملكه في دار الاسلام واحرزه بدارهم م ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل
الكافر واجب لقوله عز وجل ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق
ش بيان هذا ان الحربي المستامن في دارنا موال يملكه بالعوض حرمة ماله بامانه فاذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الامان
وسقطت عصمة ماله فيعتق العبد تخليصا له ش وقد عجز القاضي عن اعتاقه عليه اذ لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب
فاقيم شرط زوال العصمة ماله وهو دخوله دار الحرب مقام علة الزوال وهو اعتاق القاضي م كما يقام مضي ثلاث حيض
الذي هو شرط البينونة في الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البينونة وهو عرض الاسلام
والتفريق بعد العبد لعجز القاضي عن حقيقة العلة اذا اسلم احد الزوجين في دارهم ثم يلزمها ان تعتد ثلاث حيض
من بعد ذلك م واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر ش على صيغة المجهول اي اغلب م على الدار ش اي دارهم ش اي العبد
حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهو احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا وخرجوا الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم اعتقاء الله ش وروى احمد في مسنده وابن ابي شيبة في مصنفه والطبراني في معجمه
من حديث الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عبدين خرجا من الطايف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسلما
احدهما ابو بكرة واخرج البيهقي عن عبد الله الثقفي قال لما حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل الطايف خرج اليه
رقيق من رقيقهم منهم ابو بكرة وكان ابن الحارث ابن كلدة والمنبعث ومحنس ووردان في رهط رقيقهم فاسلموا فقالوا يا رسول
الله رد علينا رقيقنا الذي اتوك فقال اولئك عتقاء الله عز وجل ورد على كل رجل ولا عبده م ولانه ش اي ولان
العبد الذي اخرج الينا م احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه ش اي منابذا يقال راغم فلان قومه اذا خرج عنهم
ونابذهم وقيد بقوله مراغما لانه اذا خرج طايعا لمولاه يباع ثمنه للحربي ذكره شمس الايمة السرخسي في الكافي م او بالالتجاء
م ينتظر بقوله اذا ظهر على الدار كان قوله ولانه احرز نفسه يتصل بقوله ثم خرج الينا وعن الدار

وعن هذا قال الاتراري فيه لف ونشر اعني انه احرز نفسه بالخروج فيما اذا خرج الينا وبالاعتاق فيما اذا كان ظهر
على الدار م هذا كلام مرتب ليس فيه لف ولا نشر م واعتبار يده ش اي يد العبد م اولى ايضا من اعتبار يد المسلمين لانها
اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه ش اي في اثبات حق العبد في زيادة توكيد م بمنعة المسلمين ش وفي حقهم ش اي والحاجة
في حق المسلمين الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان ش اي اعتبار يده م اولى ش توضيح هذا انه لا يلحق بمنعة المسلمين صار
كانه خرج الى دار الاسلام ولا يكون عبدا للغزاة لانهم يحتاجون ان يملكوه بدار الاحراز وهو يحتاج الى ان يحرز نفسه لينال
شرف الحرية واحرازه اسبق من احرازهم فصار اولى لانه صاحب يد في نفسه لكنه يحتاج الى ما يؤيد يده بمنعة الدار
وهم يحتاجون الى اثبات اليد فكان اعتبار يده والله اعلم

باب المستامن

اي هذا باب في بيان حكم المستامن وهو الذي يدخل دار الحرب بالامان ولذلك يطلق على الحربي الذي يطلب الامان من المسلمين وقدم
المسلم المستامن ثم عقبه بالمستامن الحربي بفصل على حدة كما يجي ان شاء الله تعالى م واذا دخل المسلم دار الحرب م تاجرا
تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشي من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم ش اي لاهل الحرب لانهم تمكنوا
من الدخول في دارهم بعد الاستيمان الا بشرط ان لا يتعرض لهم الشي من دمائهم واموالهم م وقوله بالاستيمان ش
يتعلق بقوله ضمن وضمانه والمومن عند شرطه فالتعرض بعد ذلك ش اي بعد شرط عدم التعرض م يكون غدرا والغدر
حرام لما روي ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه
غدرة فلان الا اذا غدر بهم ش اي بالمسلمين ملكهم اي ملك الكفار ش فاخذوا اموالهم ش اي اموال التجار وحبسهم او
فعل غيره ش اي فعل الملك م ولم يمنعه لعلم الملك ش فحينئذ لا يكون اخذ التجار باموالهم غدرا لانهم هم الذين نكثوا العهد
وفعلوا الغدر بخلاف الاسير لانه غير مستامن ولم يوجد منه الالتزام بعقد او عهد فاذا كان كذلك فيباح له التعرض
لانه بالوعد المذكور لا يكون اخذ الاسير المسلم غدرا وان اطلقوه واصل بما قبله م طوعا ش اي لانا كاصل الكلام
مباح له التعرض وان كان مطلق العنان عندهم لانه لم يوجد الاستيمان صريحا فلم يلزم الغدر م فان غدر بهم
اي التاجر بهم ش اي باهل الحرب وقد بين فاعل غدر بقوله م اعني التاجر لان مال اهل الحرب مباح فيلزمه الا
حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به ش اي بالمال الذي اخرجه حتى لو كانت جارية يكره
له وطيها وان احرزها بدارنا ولذلك فان للمشتري منه لقيام الحظر في الملك بسبب الغدر بخلاف مشتري الجارية
من مشتريها شراء فاسدا حيث يحل له وطيها بعد الاستيلاء لان الكراهة في حق المشتري الاول لقيام حق بائعه في الاسترداد
وقد زال حقه ببيع المشتري من آخر فيفرق الفرق الرواية مذكورة في المبسوط وغيره وفي المغني للحنابلة يجب عليه رد ما
اخذ من مالهم بالخيانة او الاستقراض بان بعث ولو جاءنا بامان واما يجب الرد عليهم كما لو اخذه وعندنا لا يجب الرد لانه
يتصدق به ولا يجب عليه رد ما استقرض ايضا وهذا ش اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا اي خبيثا م لان الحظر لغيره
لا يمنع انعقاد السبب ش اي سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بيناه م يعني من اول باب استيلاء الكفار بقوله المحظور
لغيره وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الى آخره م واذا دخل المسلم دار الحرب باذن بامانه فخرجه
الى الادانة وهو البيع بالدين وقوله حربي ش فاعله اوادان حربيا م وهو ايضا من الادانة م او غصب احدهما اي
احد الاثنين وهما المسلم الحربي صاحبه بالنصب مفعول غصب ثم خرج ش اي احدهما والاستدانة
الابتياع بالدين وقوله اذان بتشديد الدال من باب الافتعال اي قبل الدين ش اي احدهما واستامن الحربي ش يعني خرج
مستامنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشي اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ش اي ولاية القاضي
ولا ولاية وقت الادانة اصلا لانه لا ولاية لنا على اهل الحرب م ولا وقت القضاء ش اي لا ولاية ايضا وقت
القضاء ش اي الحكم على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله م في دار الحرب م وانما التزم ذلك
اي حكم الاسلام م في المستقبل م في معاملة يفعلها في دار الاسلام فلما انتفت الولاية لم يقض بشي الا ان الله تعالى
لا قضاء بدون الولاية وفي شرح الطحاوي ولكنه يفتي فيما بينه وبين الله تعالى ان يقضي م واما الغصب فانا لا يقضي لو
اخذه منهما الى الآخر فلانه ش اي فلان الغصب صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم
ان دار الحرب دار القهر والغلبة فاذا استولى احدهما على مال الآخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد لثبوت الملك ش على ما
بيناه يعني فيما تقدم الآن م وكذلك ش اي وكذلك لا يقضي بشي لو كانا حربيين فعلا ذلك ش اي الادانة والغصب حين
ثم خرجا مستامنين ش اي حال كونهما مستامنين م لما قلنا ش اي اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الى
آخره م ولو خرجا اي الحربيان لو خرجا حال كونهما مسلمين م قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب الذي حصل بينهما
اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ش اي ولاية القاضي م ثابتة حال القضاء لالتزامهما

الاحكام

الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بيناه م فيما تقدم عن قريب ش انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد
م لانه مال الحربي غير معصوم م واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا اي مال حربي بحذف المضاف واقيم
المضاف اليه مقامه م ثم خرجا ش حال كونهما مسلمين م والمسلم باسلامه القديم والحربي بدخول الاسلام امر برد
الغصب ديانة ولم يقض عليه يعني لا يقضي بالرد عليه م اما عدم القضاء فلما بيناه ش فيما تقدم عن قريب م انه ملكه م لكونه
مالا غير معصوم م واما الامر بالرد ومراده الفتوى به ش اي اراد فيما بينه وبين الله تعالى ولا يحكم بالجبر والالزام و
الظاهر ان الضمير في مراده يرجع الى محمد فانه قصد ذلك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد م واذا دخل مسلمان
دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطاء فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطاء ش هذا اذا لم
من غير خلاف في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير ولكن ذكر قاضي خان في الجامع الصغير وجعل هذا الحكم فيه قول
ابي يوسف ثم قال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد وهو قول الشافعي ومالك واحمد لانه قتل شخصا معصوما
وعصمته ما زالت بالاستيمان فيجب ما يجب بقتله ذكره قاضي خان في دار الاسلام اما الكفارة فلاطلاق الكتاب م
وهو قوله تعالى ومن يقتل مومنا خطاء فتحرير رقبة مومنة وتخصيصها بالخطاء لانه لا كفارة في العمد عندنا م فالدية
ش اي واما وجوب الدية م لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان ش لانه لما كان
على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام م وانما لا يجب القصاص ش جواب عن سوال مقدر كان القائل
وجوب القصاص فاجاب بقوله انما لا يجب القصاص م وفيه لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة في دار الحرب فلا
فايدة في الوجوب كالحد وعند الائمة الثلاثة يجب الحد الا انه يرجع وعند الشافعي يوخر ايضا واذا لم يكن امير الجيش
الامام والا لا يوخر م وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل ش جمع عاقلة لا تعقل العمد م وفي الخطاء ش اي
وجب الدية في الخطاء في ماله لانه تعذر الصيانة ش اي صيانة الجناية ولكيف يجب على العواقل وهم في دار الاسلام صيانة
عن الجناية وهو في دار الحرب م وان كان المسلمان اسيرين ش اي وان كان المسلمان اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر الاسير
فلا شي على القاتل الا الكفارة في الخطاء عند ابي حنيفة وقالا في الاسيرين م اي في قتل الاسيرين احدهما الآخر الدية
ش اي تجب الدية والدية واجبة في العمد والخطاء لان العصمة م المتقومة بالاحراز بدار ش لا تبطل بعارض الاسر
كما لا تبطل بعارض الاستيمان وهو طلب الامان منهم على ما بيناه ش اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام
لا تبطل بعارض الدخول بالامان م وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله ش اي في مال القاتل م لما قلنا ش
اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد م ولابي حنيفة ان بالاسر صار ش اي الاسير تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم م
فصار كحكم المسلم تبعا ش ولهذا ش اي ولاجل كونه تبعا لهم م يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به ش اي بالاحراز م
بدار الاحراز لم يثبت العصمة المتقومة فلم تجب الدية لانه لا يهلكوا على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام
م وصار ش هذا كالمسلم ش الذي اسلم في دار الحرب الذي لم يهاجر الينا وخص الخطاء بالكفارة لانه لا كفارة في العمد
خلافا للشافعي

فصل

اي هذا فصل في بيان حكم المستامنين من اهل الحرب الاسلام والجامع كون كل واحد حد
منهما مقهورا من الخروج من دارهم فلا يكون تبعا لهم فلا تبطل عصمته اي في اصل الحكم ان لا يمكن من اقامة
دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية يضرب عليه ش لانه ش اي لان الحربي المستامن م يصير عينا لهم ش اي ديدبانا
وجاسوسا ش وعونا اي ظهيرا ش علينا م والظهير على الجمع والاعوان ش فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من المهم
يكثر النمو وسلوك البلاد بالطعام والميرة بالمهرة والنميمة ش والجلب اي وقطع الجلب وفي منع المدة اليسيرة
قطع التجارة وفيه ضرر ايضا م ففصلنا بينهما ش اي من الاقامة الدائمة والمدة اليسيرة بسنة لانها مدة
تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام ش اي ثم ان اراد ان يرجع بعد
مقالة الامام ان اقمت سنة وضعت عليك الجزية قبل تمام السنة فلا امام اليه ش اي لا يمنع من الرجوع
واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا ش لانه اقام
مدة مضروبة عليه ولا من لا يجوز رجوعه الى دار الحرب م وللامام ان يوقت في ذلك ش اي في ضرب المدة
ما دون السنة كالشهر والشهرين م على حسب ما يرى من المصلحة م واذا اقامها ش اي المدة م بعد ما قال الامام
يصير ذميا لما قلنا ش اشارة الى قوله لانه اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية وفي فتاوي
العتابي لو اقام سنين من غير ان يتقدم اليه الامام فله ان يرجع الا اذا قال الامام ان رجعت الى كذا والا جعلت
ذميا فلم يرجع صار ذميا واستانف عليه الجزية الامام ان رجعت حولا بعد مضي الى كل ما كان ذلك الا ان يكون
شرط عليه انه ان مكث سنة اخذ منه الجزية فياخذها منه حينئذ م ثم لا يرجع ان يترك فيه ان يرجع الى دار الحرب

لانّ عقد الذمة لا ينقض لانّ عقد الذمة خلف عن الاسلام والاسلام لا ينقض فكذا خلفه م ليقف ش اي لئلا
ينقض م وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا ش بطريق التوالد والتناسل او اشترى ارض خراج فاذا
وضع عليه الجزية مضرة للمسلمين م وهو ظاهر ش فانه دخل الحربي دارنا بامان الارض بمنزلة خراج الراس لانّ
كلا منهما حكم متعلق بالمقام في دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج ش اي وظف عليه ش يهودي
لانّ خراج الارض بمنزلة خراج الراس م لانّ كلا منهما حكم متعلق بالمقام في دارنا فصار ذميا ضرورة فاذا التزمه
ش فاذا التزم الخراج صار ملتزما بالمقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتري بالتجارة م دية
صرح الكردي في مختصره ومن المشايخ من يلزمه الجزية بسنة مستقبلا الا انه يصير ذميا والخراج فيعتبر المدة من وقت
وجوبه وقال الاتراري فيخرج على صيغة المبني للفاعل بان خرجته فيخرج اي يخرج على شرط الوضع احكام حينئذ م اي
وقت وجوب الخراج م وقوله في الكتاب ش اي قول محمد في الجامع الصغير من باب التفعيل عليه احكام ش اي
على شرط الوضع احكام جمة اي كثيرة م والجم الكثير من كل شيء ومادته جيم وميم ومن الاحكام المنع في الخروج الى دار الحرب
ووجوب الضمان في اتلاف خمره واخنزيره ووجوب الدية في قتله خطاء وجريان القصاص بينه وبين المسلم عندنا
ووجوب كل حكم يثبت في حق الذمي فلا تعقل عنه م على صيغة المجهول نفي عنه اي من شرط الوضع لانه انما يثبت ملك الا
حكام بعد وضع الخراج فلا قبله م واذا دخلت حربية بامان تزوجت صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا
للزوج فيجري عليها احكام اهل الذمة من وضع الخراج الى ارضها ومنع الخروج الى دار الحرب وقبلت الابنة الثلاث
لا تصير ذمية ولا يمنع من الخروج اذا رضي الزوج به او فارقها م واذا دخل حربي بامان وتزوج ذمية لم يصر ذميا
لانه يمكنه ان يطلقها ويرجع الى بلده فلم يكن ملتزما بالمقام ولو انّ حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب و
ترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا م او ترك دينا م في ذمتهم ش او في حق المسلمين او في ذمة اهل الذمة فقد صار
دمه مباحا بالعود م الى دار الحرب م لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر ش اي متردد وتمر للتردد
بحرف الفاء في قوله م بان ارتبت او ظهر على الدار ش اي دار الحرب وكل واحد منهما على صيغة المجهول فقيل مجهولا
م اسقطت ديونه ش اي عن الدين عليهم ديونه م وصارت الوديعة فيئا اي غنيمة اما الوديعة فلانها في يده تقديرا
لان يد المودع بفتح الدال ش كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه وان الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد
سقطت ش اي المطالبة وبدين عليه اسبق اليد من يد العامة ش اي يد المولى على الدين الذي سبق اليه من يد
العامة اي من يد كل احد من الناس بسبق يده يختص بسقوط من يد العامة م فيختص به من عليه الدين يعني لا يطالبه احد فيما
كان لذلك فيسقط المطالبة م وان قتل على صيغة المجهول اي هذا الحربي الذي دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب
ولم يظهر على الدار م على صيغة المجهول ايضا اي م وعند الشافعي يكون الوديعة لورثته وفي الديون قولان احدهما
انها لورثته والاخر انها غنيمة م وكذلك ش اي الحكم م اذا مات ش هذا الحربي يعني يكون قرضه ووديعته لورثته
م لان نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله لا يصير مغنوما وهذا ش اي عدم كون نفسه مغنومة لانّ حكم الامان
باق في ماله فيرد عليه م في حيوته ش او على ورثته من بعده لانّ يد المودع كيده وبه قال الشافعي واحمد فان قيل
ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار تكون فيئا لان
يد المودع كيده قلنا عصمة المال ما كانت ثابتة في دار الحرب فيكون المودع في يد المسلم في دار الحرب معصوما من
وجه دون وجه فلا يصير معصوما بالشك اما هاهنا العصمة ثابتة عند الايداع ولم يظهر على دار الحرب فكانت العصمة
باقية لما كانت في دار الحرب فالعصمة اليه اشار قاضي خان قال ش اي القدوري م وما اوجف البعير وجفا
وجيفا وهي من ضرب من مبني الابل وانما استعمل في الخيل واوجفت البعير اذا حملته على الوجيف م وما اوجف
عليه المسلمون ش يقال اوجف الفرس والبعير عدا وجفا واوجفه صاحبه اجافا والمبني الذي اوجفتم عليه المسلمون
اي اعملوا خيولهم وركابهم وفي بعض النسخ وما اوجف المسلمون عليه م من اموالهم ش اي من اموال اهل الحرب م بغير قتال
يصرف في مصالح المسلمين كعمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك لاحد
فيها كسيحون والفرات ودجلة ومن مصالح المسلمين الصرف الى ارزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين
وارزاق المقاتلة ومنها ان يصرف الى سد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق وقال الشافعي
يقسم ما اوجف عليه المسلمون باربعة اخماسه للنبي صلى الله عليه وسلم وخمسه تقسم لما يقسم خمس الغنيمة وخمس الخمس
النبي صلى الله عليه وسلم وفي نصيبه بعد وفاته قولان في قول انصرف الى مصالح المسلمين وفي قول المقاتلة وكذلك
قال في الجزية م كما يصرف الخراج ش اي في مصالح المسلمين م قالوا ش اي مشايخنا م هو ش من رجع الى قوله لما

اوجف

وما اوجف المسلمون عليه م مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها ش اي اجلى المسلمون اهل تلك الاراضي عنها اي اخرجوهم
عنها يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا الا انها يتعدى ولا يتعدى والجلا بالفتح والمد
الخروج عن الوطن والاخراج م والجزية ش قال الاتراري والجزية بالجر عطفا على قوله الاراضي ومثل الجزية وقال
اخ الشريعة والجزية ان رفعها يكون معطوفة على مثل وان خفضت يكون عطفا على الاراضي م ولا خمس في ذلك ش اي فيما
اوجف عليه المسلمون وقال الشافعي فيهما الخمس ش اي في الاراضي التي اوجف ذلك واجلوا اهلها عنه الجزية وفي
بعض النسخ فيها بافراد الضمير اي في الثلاثة المذكورة اي والخراج وقد بينا قول الشافعي مفصلا عن قريب م اعتبارا بالغنيمة
ش اي قياسا عليها وشيخي الجواب عنه ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع
في بيت المال ولم يخمس ش لم يذكر احد من الشراح الذين وقفت على شروحهم شيئا ما يتعلق بقوله ولنا ما روي الى اخره ورايت
في بعض نسخ الهداية سقط على قوله وكذا عمر وعثمان ومعاذ والسقط صحيح وفي بعضها ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه
انه اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ وسقط على قوله عن علي والسقط صحيح والنسخ الصحيحة ما اثبتناها اولى وهي ولنا ما روي
عن عثمان رضي الله عنه ولنا ايضا ما روي انه عليه السلام قوله ولم يخمس وكذا النسخ شيخي العلائي وكتب بخطه انه عليه السلام
اخذ الجزية يعني من مجوس هجر وكتب تحت قوله وكذا عمر يعني من اهل السواد وكتب تحت قوله ومعاذ يعني اهل اليمن ولم يذكر شيئا
غير ذلك و ذكر مخرج احاديث الهداية فقال الحديث الثالث روي ان النبي صلى الله عليه السلام قد لم مثل ما ذكر المصنف ثم
قال اخرج ابو داود في باب الخراج عن احمد بن عدي الكندي ان عمر ابن عبد العزيز رضي الله عنه كتب ان من سال
عن مواضع الفيء فهي ما حكم فيه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فراه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق
على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب بخمس ولا نعم ثم قال وهو
ضعيف فان فيه مجهولا وعمر ابن عبد العزيز لم يدرك عمر ابن الخطاب رضي الله عنهما م ولانه ش اي ولان الماخوذ بالجا
للمسلمين م مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ش اي احد منهم بالرعب من المسلمين فلم يصح اعتباره بالغنيمة ش بخلاف الغنيمة
لانه ش اي لان الغنيمة بتاويل المغنوم م مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين ش يعني مملوك بسببين وهما مباشرة
الغانمين وقوة المسلمين فلما كان السبب مختلفا اختلف الاستحقاق ايضا فاستحق الخمس لمعنى وهو الرعب م واستحقه
الغانمون لمعنى م وهو مباشرتهم القتال م وفي هذا م اي فيما اوجف المسلمون عليه ش السبب واحد ش وهي الرعب بظهر
المسلمون لانه لم يوجد الشيء من القراءة فلم يعض الاستحقاق فكان من جماعة المسلمين وهو ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه
مال ماخوذ بكرم المسلمين بغير قتال م فلا معنى لايجاب الخمس ش لانه تعالى قال في كتابه العزيز فما اوجفتم عليه من خيل ولا
ركاب فجعل كله لجميع المسلمين م واذا دخل الحربي في دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع
بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه على العار ش اي على دار الحرب م فذلك ش اي المذكور كله في ش اي غنيمة م اما المراة
واولاده الكبار فظاهر ش اي في امر الغنيمة قلنا م لانهم حربيون وهم كبار وليسوا بالاتباع م بالبلوغ م وكذلك ما في بطنها
اي وكذلك الجنين في لانه بائع اللام في الرق والحرية لما قلنا اشارة الى ما قال في باب الغنائم بقوله
ولنا انه جزؤها فيرق برقها واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده تحت ولايته
مع تباين الدارين ش اي دار الاسلام ودار الحرب م لا يتحقق ذلك ش اي كونه لاسلام ابيه م وكذا امواله لا يصير محرزة باحرازه
لاختلاف الدارين فبقي الكل فيا وغنيمة وذلك ان الاصل ان يكون الاموال بايدي الملاك بالعرف فان قلت
قوله عليه السلام عصموا مني دماءهم واموالهم قلت هذا باعتبار الغلبة يعني المال الذي في يده او في ما هو
في معناه بالعرف لانّ من داب الشرع بنا الحكم على الغلبة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء ش الى دار الاسلام م فظهر على
الدار ش اي دار الحرب فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت يده وولايته حين اسلم اذ الدار واحدة ش
اي الدار كانت واحدة في حالة الاسلام ولم يوجد حايل يمنع التبعية وهو تباين الدارين م وما كان من مال اودعوا
مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك ش اي اراد به المراة واولاده الكبار والمسلم والمال الذي
غصبه مسلم او ذمي او كان مودعا عند حربي واما المراة واولاده الكبار فلما قلنا اشار الى قوله لانهم حربيون كبار م واما
المال الذي في يده الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واما اذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله
مسلم عمدا او خطاء وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة وهو الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابو يوسف
في الجامع الصغير وغيره وروي عن ابي حنيفة قال لا دية عليه ولا كفارة من قتل اي الحكم مجرعليهم وعن ابي يوسف
ان عليه الدية واجعل عليه في الخطاء الكفارة واستحسن ذلك واودع القياس كما قاد ابو حنيفة كذا ذكره الكرخي ثم
في مختصره وقال الشافعي يجب الدية في الخطاء والقصاص في العمد وبه قال مالك واحمد م لانه ش اي لان القاتل

م اراق دمًا معصومًا لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه ش اي لكون الاسلام م مستجلبًا للكرامة ش يعني ان الاسلام
مستجلب للكرامة وفي بعض النسخ لكونه مستجلبًا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة متعلق بالة الوافي ارادة
استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة لا بدارنا بالدار التي هي جماد لا اثر لها في استحقاق الكرامة ومن اراق
دمًا معصومًا ان كان خطاء ففيه الدية والكفارة وان كان عمدًا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام
م وهذا ش اي وجوب الدية م في الخطاء والقصاص في العمد ش لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها
ش اي بالمؤثمة فان علم انه يأثم يقبل بسوح عنه نظرًا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال م وهي ش اي العصمة م
ثابتة ش اي بالاسلام م اجماعًا فانه الاماثل بعدم الاثم من قتل مسلمًا في اي موضع كان م والمؤثمة ش اي العصمة المقومة
م كمال فيه ش اي في اصل العصمة م لكمال الامتناع به ش اي باصل العصمة لانه اذا اوجب الاثم والمال العصمة المقومة
وهو متعلق بنفس الاسلام فكذا العصمة المقومة يتعلق به ايضًا فيثبت العصمتان جميعًا بالاسلام فيجب الكفارة والدية
بقتل الذي لم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية م وكان ابو
حنيفة يأذن هذه الاية بالذين اسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير كان ذلك اعمل الاثم
في المنع من الذي اوجب فيه الاثم دون المال م فيكون وصفًا فيه ش اي فيكون الكمال وصفًا فيه وفي ذلك الاصل
وهو العصمة المؤثمة م فيتعلق ش اي فيتعلق الوصف الذي هو المقومة بالاسلام بما علق به الاصل م وهو في ذلك
راجع اليه ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى بين المؤمن المطلق وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم
المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول والكفارة بقوله فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وفي الثاني الكفارة دون
الدية بقوله فتحرير رقبة مؤمنة بيان ذلك من وجهين احدهما انه م جعل التحرير كل الموجب لفتح الجيم م رجوعًا ش اي
حيث الرجوع م الى حرف الفاء ش فانه للجزاء لما يكون كافيًا كان كل الموجب فاذا وجب غيره ما يكون التحرير كافيًا ولا كل الموجب
ولا كل الجزاء والوجه الثاني هو قوله م او الى كونه ش اي رجوعًا الى كون التحرير م كل المذكور ش حيث لم يذكر غيره م فينتفي غيره
ش اي غير التحرير قولان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان
الحكم كله فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقال مولانا حافظ الدين بيان الشرع على
نوعين بيان نهاية وبيان كفاية وبيان النهاية فلا يجوز ان يكون الدية واجبة ولا ذكر لها ولو وجبت لكان الدليل
يلزم التكرار م ولان العصمة المؤثمة ش هذا دليل معقول بيان ذلك ان العصمة م المؤثمة متعلقة بالادمي لان الادمي
م مخلوق لاعباء التكاليف ش اي لا ثقاله جمع عبء بالكسر وهو الحمل ومن خلق التي وجب القيام به فالادمي وجب عليه القيام
باعباء التكاليف والقيام بها ش اي باعباء التكاليف انما يكون لحرمة التعرض م فالادمي وجب ان يكون حرام التعرض
مطلقًا الا ان الله تعالى ابطل ذلك في الكافر لعارض الكفر فاذا ازال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل م والاموال تابعة لها
ش اي الادمي التي يثبت العصمة المؤثمة لها لان الاموال خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة ليتمكن الادمي من الانتفا
ع بها في حاجته فكانت تابعة للادمية م اما المقومة ش اي العصمة المتقومة م فالاصل فيها الاموال ش يعني الاصل
في المتقومة غير الادمي لان التقويم يؤذن ش اي يشعر بجبر الفايت م ومعنى الجبر يتحقق في الاموال دون م
النفوس اذ من شرط الجبر التماثل م وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه ش اي الجبر التماثل صورة ومعنى كما في
ذوات الامثال او معنى فقط كما في ذوات القيم م وهو في المال دون النفس ش لانه لا يتحقق في النفس فاذا كان كذلك
كانت النفوس تابعة ش للاموال في التقوم في العصمة ومن اعلم ان العصمة المؤثمة اصل مستقبل في شيء م والعصمة المتقومة
اصل في شيء الحر وليس احدهما بكمال في الاخر ولا وصف زايد عليه م فلا يكون تبعيرها ش لان العز بالمنعة ش اي منعة
المسلمين لان التقويم يبنى عن غير الحل والحظر انما يثبت اذا كان ممنوعًا عن الاخذ فيما يصل اليه الايدي بلا مانع
ولا مدافع لا يكون حظرًا كالماء والتراب معلقًا التقويم بالاحراز بالمنعة واما الاسلام فلا يؤثر في افادة العصمة المقومة
لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الاخرة واذا كانت العصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك
في النفوس م لانها تابعة لها كما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب وهو معنى قوله ش الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر
انه ش اي ان الشرع م اوجب ابطالها ش اي ان الشرع سلطنا على ابطال منعتهم لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز
يوجد العصمة الملزمة لايجاب الدية وقال الاكمل هذا في غاية التحقيق خلا انه موهم ان يملكوا اموالنا
لاحراز الدراهم كما قاله الشافعي ودفعه بان معنى قوله ان الشرع اسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم واما اذا دخل حربي
الى دارنا واحرزوا اموالنا بالبلد الحافظة والناقل فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك لا يوجب الملك لانها
م والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم اي دار اهل الحرب حكمًا ش اي من حيث الحكم وهذا جواب عما

بقال

يقال ان المرتد والمستامن يحرزان بدار الاسلام داخلًا فيجب ان يقوما حتى لا يجب الدية بقتلهما فاجاب بانهما من
اهل دارهم حكمًا م لقصدهما الانتقال اليها ش اي دار الحرب وكون المستامن من اهل دارهم ظاهر وقصده الانتقال
واما المرتد فكذلك لانه يقصد الانتقال فرارًا من القتل وقيل الدار داران عندنا دار الاسلام ودار الحرب وعند
الشافعي الدنيا دار واحدة والبلاد احكامها فلا تتغاير احكامهما ونحن نقول المراد بدار الاسلام بلاد يجري فيها احكام الاسلام
وبلاد الحرب بلاد يجري فيها امر عظيمهم ويكون تحت قهره فتتغاير اسمًا وموضعًا فيتغايران حكمًا وعلى هذا الاصل مسائل منها
قدم ومنها ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم به عتق مدبره وامهات اولاده فيفسخ اجارته على ما يجي في بابه ان شاء
الله تعالى ومنها وقوع الفرقة بتباين الدارين ومنها وجوب الحد على من زنى في الحرب في داره اصلًا فيه حاشيته ومنها
استحقاق سهم الفرسان اذا جاوز الدرب فارسًا فنفق فرسه وقاتل راجلًا ومنها عدم جواز القسمة في دارهم وغير ذلك من
الاحكام م ومن قتل مسلمًا خطاء لا ولي له او قتل حربيًا دخل الينا بامان ش اي الى دار الاسلام فاسلم فالدية على عاقلته للامام م
ش اي على عاقلة القاتل والدية للامام وفي بعض النسخ على العاقلة للامام م وعليه الكفارة لانه قتل نفسًا معصومة خطأ
يعتبر بسائر النفوس المعصومة ش اما المسلم فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنًا خطاء الاية واما المستامن فلما اسلم صار من
اهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين والامام ياخذ ديتهما ويضعها في بيت المال لعدم الوارث م ومعنى قوله للامام
م اي معنى قول محمد للامام لحق الاخذ له لانه لا وارث له م وان كان عمدًا ش اي وان كان قتل المذكورين عمدًا ش
م اي قتلا عمدًا م فان شاء الامام قتله ش اي القاتل م وان شاء اخذ الدية لان نفس القتيل معصومة والقتل عمد والولي معلوم
وهو العامة او السلطان م اعترض عليه بان التردد فيمن له ولاية القصاص موجب سقوطه كما في المكاتب اذا قتل
عن وفاء له وارث واجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولي واحد بخلاف مسالة المكاتب م
قال النبي صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له ش هذا قطعة من حديث اخرجه ابو داود والترمذي
وابن ماجة عن ابي جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فالمهر لها بما اصاب منها
فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وقال الترمذي حديث حسن صحيح وقد تقدم الكلام فيه في اوايل النكاح
م وقوله ش اي وقول محمد في الجامع الصغير وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود
عينًا م اي القصاص معينًا م وهذا ش اي جواز اخذ الدية هنا لان الدية انفع م للعامة م والحق للعامة والامام كالنائب
عنهم فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة ع اي لعامة الناس م وولايته ش اي
ولاية الامام م نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم ش اي حق العامة م من غير عوض ش عن القتل واذا كان المقتول
لقيطًا فقتله الملتقط او غيره خطاء تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه وان كان عمدًا فان شاء الامام
قتله وان شاء صالحه على الدية عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الدية عليه في ماله والاصل به من عنى ابي
لا اعرف له وليا لما ذكره الحاكم في الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل والله اعلم بالصواب

باب العشر والخراج

ش اي هذا باب في بيان حكم العشر والخراج والعشر لغة احد
الاجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجًا فيقال ادى فلان خراج
ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية م ارض العرب كلها ارض عشر قال الكرخي في مختصره ارض العرب كلها
ارض عشر وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية وقال القدوري ما ذكره المصنف بقوله
م وهي ش اي ارض العرب وفي بعض النسخ وقال الكاتب ذكره الى حجر وهو معنى كلما التي في قوله ما عذيب الى اقصى حجر
باليمن من الى احد الشام عذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة وهو ماء لبني تميم والحجر بفتحتين يعني الصخر
لانه وقع في امالي ابي يوسف الصخر موضع الحجر ويظهر من ذلك ان ذي بسكون الجيم فقد حرف ومهرة بسكون الهاء والفتح اسم
رجل وهو اسم قبيلة تنسب اليها الابل المهرية وبعد ذلك المقاربة فيكون مهرة بدلًا من قوله باليمن هذا طول اهل العرب واما عرضها
من يبرين والدهناء ورمل عالج الى مشارق الشام الى اقراها اصل

م والسواد ارض خراج ش اي اراضي سواد العراق اي قراها ارض خراج وبه صرح التمرتاشي وسمي السواد لخضرة اشجاره وزرعه
م وهو ش اي السواد م ما بين العذيب الى عقبة حلوان م بضم الحاء بلد وقال الازازي المراد من السواد المذكور سواد الكوفة

وهو سواد العراق وحده من العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عبادان طولا واما سواد البصرة فالاول
فارس وقال المص ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان م وقال الاترازي وما قيل من الثعلبية الى عبادان
غلط الاسد من منازل البادية بعد العذيب تكثير و العلث بفتح العين المهملة وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة
على العلوية على الشرقي في دجلة وهو اول العراق شرقي دجلة وعبادان بتشديد البا الموحدة حصن صغير على شط البحر
وفي المثل ما وراء عبادان قرية ر وفي شرح الوجيز سواد العراق من عبادان الى حديثة الموصل طولا ومن عذيب القادسية
الى عرضان وطوله مائة وستون فرسخا وعرضه ثمانون فرسخا ومساحته ستة وثلاثون الف الف جريب م لان النبي
صلى الله عليه وسلم والخلفا الراشدين رضي الله تعالى عنهم اجمعين ما اخذ الخراج من ارض العرب ش هذا الدليل اصل في اثبات
ولم يعد احد من الشراح حال هذا بالكلية غير ان الاترازي ذكر مثل ما ذكره المص ثم قال والارض لا تخلو من احد الحقين
يعني العشر والخراج فتعين كذا اي هذا الذي ذكره المص على انه اي على ان ارض العرب عشرية م ولانه ش اي ولان الخراج م بمنزلة
الفيء من حيث انه لا يبتدأ به المسلم فلا يثبت ش اي الخراج م في اراضيهم ش اي اراضي العرب م كما لا يثبت في رقابهم م ولان
شرط وضعه في الرقاب باقرار اهلها عليها على الكفر لانه لا تقبل منهم الا الاسلام او السيف م وهذا اي عدم وضع الخراج
على ارض العرب م ومن شرطه ش اي من شرط الوضع م ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق م حيث وضع عليه كما
م وشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف ش عمر رضي الله عنه حين فتح سواد العراق وضع الخراج عليه بحضر
من الصحابة م وكان فتح سواد العراق على يد سعد ابن ابي وقاص رضي الله عنه وكان ابتدا ابتدائه في غزوة العراق في خلافة
عمر رضي الله عنه في سنة اربعة عشر ولم يزل الفتح مدينة مدينة الى سنة سبعة عشر وروي ابو اسبية في مصنفه حدثنا
على ابن مسهر عن الشيباني عن ابي عبيد الله محمد ابن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على اهل السواد على كل جريب
ارض يبلغه الماء عامر او غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى الرطاب على كل جريب ارض خمسة دراهم وخمسة اقفزة من طعام
وعلى الكروم على جريب ارض عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على النخل شيئا جعله تبعا للارض م ووضع على مصر حين فتحها
عمر ابن العاص وكان فتح مصر في سنة عشرين من الهجرة وقال الاترازي وضع عمر ابن الخطاب رضي الله عنه الخراج على مصر حين
افتتحت صلحا على يد عمرو ابن العاص انتهى وقال الواقدي حدثني من سمع صالح ابن كيسان يخبر عن يعقوب ابن عيينة عن شيخة
اهل مصر ان عمرو ابن العاص رضي الله عنه فتح مصر عنوة واقتسم ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم عمرو ابن العاص بعد
على الجزية في رقابهم ووضع الخراج على ارضهم ثم كتب الى عمر ابن العاص رضي الله عنه بذلك ولذا اجتمعا الصحابة رضي الله
عنه على وضع الخراج على الشام قال الاترازي وضع عمر ابن الخطاب الخراج على الشام حين افتتح بيت المقدس ومدن الشام
كلها صلحا دون اراضيها واما اراضيها فتحت عنوة على يد يزيد ابن ابي سفيان وشرحبيل ابن حسنة وابي عبيدة ابن الجراح وخالد ابن
الوليد رضي الله عنهم اجمعين انتهى قلت قال العلامة قال ابن اثير اختلف العلما في دمشق هل فتحت صلحا او عنوة فالاكثر العلماء
على انه استقر امرها على الصلح وقيل ان جعل نصفها صلحا ونصفها عنوة ونقل ابن اسحق وسيف بن عمر وخليفة ابن خياط
وابو عبيدة واخرون ان فتح دمشق كما في سنة اربع عشرة من الهجرة م قال ش اي القدوري م وارض السواد مملوكة لاهلها
م هو سواد العراق فاذا كان يجوز بيعهم لها ش اي للارض م وتصرفهم فيها ش اي في ارض السواد باي نوع كان من انواع
التصرفات م لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا م عطف قهرا على عنوة عطف تفسير م له ش اي للامام م ان يقر
اهلها عليها ويضع عليهم وعلى رؤوسهم الخراج م والمراد من الخروج على الرؤوس الجزية ولما جاز اقرار الامام اياهم على الارض
فتبقى الارض مملوكة لاهلها ش يتصرفون فيها كيف ما شاؤوا بيعا وغيره لك م وقد قدمناه من قبل ش اي في باب قسمة الغنائم
وقال الشافعي في الاظهر ومالك واحمد لا يجوز بيعها ورهنها وهبتها لاهلها لانها موقوفة على المسلمين م وعن الشافعي وقفها
ولا يقر اهلها عليها والحجة عليه فعل عمر رضي الله عنه حين فتح العراق بحضرة الصحابة من غير نكير م قال ش اي القدوري
م وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشرية لان الحاجة الى ابتدا التوظيف على المسلم ش اي لان الحق المتعلق
ابتدي به المسلم م والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة ش ولهذا يصرف مصارف الصدقات م وكذا هو ش اي العشر اخف
ش اي حيث يتعلق بنفس الخارج م لانه لا يجب حتى يوجد الخارج م وكل ارض فتحت ارض عنوة فاقر اهلها عليها فهي خراج وكذا
اذا صالحهم م لان الحاجة في ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ش اي بالكافر لان فيه معنى العقوبة لانه كالجزية
الجزية التي هي العقوبة على الكافر ولان في الخراج تغليظا ولهذا انه لا يجب وان لم يزرع م ومكة مخصوصة من هذا هذا
جواب القياس بان القياس ان مكة الخراج لانها افتتحت عنوة وقال ومكة مخصوصة لفعل النبي صلى الله عليه وسلم فكما لا رق
على العرب فكذلك لا خراج على اراضيهم وقيل جعلت مكة عشرية تعظيما قوله من هذا اي عن قوله وكل ارض فتحت عنوة
الى اخره م فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها ش اي فتح مكة م عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج ش فيه وردت احاد

لكن

٢٨٥

كثيرة منها اخرجه البخاري ومسلم عن ام هاني انها اجارت رجلا من المسلمين يوم الفتح فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت
ذلك له فقال قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت قال المنذري في مختصره استدل بهذا الحديث على ان مكة فتحت عنوة اذ لو فتحت
صلحا لوقع به الاذن العام ولم يحتج الى امان ام هاني والاحاديث من النبي صلى الله عليه وسلم • وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة
توصل اليها ما الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليه ما الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية
ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بما العشر او بماء الخراج • قال الشيخ الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير • ولو كانت البلاد خراجية
فاحيى رجل في بعض النواحي فان سقاها من عين استنبطها او من ماء السماء فهي عشرية وان سقاها من الانهار الصغار فهي خراجية
وان سقاها من الانهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية ابو سليمان تكون خراجية وان سقاها من الانهار **الصغار**
العظام ففي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لان هذا امباح كما السماء فاما خراسان ومرو الروذ فتحهما عبد الله ابن عامر
ابن يزيد في خلافة عثمان ابن عفان رضي الله عنه واما ما وراها فافتتح بعد عثمان على يد سعيد ابن عثمان ابن عفان لمعاوية صلحا
سمرقند وكش ونسف وخراسان وبخارى فتحت على يد المهلب ابن ابي صفرة وقتيبة ابن مسلم • والري فتحها ابن موسى الاشعري في
ولاية عثمان صلحا • وطبرستان فتحها سعيد ابن العاص في ولاية عثمان صلحا ثم فتحها عمر ابن العلاء والطالقان ودنباوند
سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان ففتحها يزيد ابن المهلب وخلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين واما
كرمان وسجستان ففتحها عبد الله ابن عامر في خلافة عثمان صلحا واستافيه ما ذكر من الاهواز وفارس واصبهان فافتتحت عنوة
على يد ابن موسى لعمر ابن العاص رضي الله عنه واما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على سعيد والنعمان ابن عمرن
واصبهان فتحت على يد ابن موسى والجزيرة فتحت صلحا على يد عياض ابن غنيم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة
واما ارض الهند فافتتحها القاسم ابن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين كذا ذكره القتبي م ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة
بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج فهي خراجية ومعناه بقربها ش اي معنى قول القدوري بحيزها بقربها وهذا تفسير المص لقول
القدوري لانه ذكره في مختصره قال في ديوان الادب الحيز الناحية وجمعه احياز جمع على اصله واصله من الواو وقال في المجمل
القياس جواز قلت هو لان اصل حيز حيوز لانه من الحواز اجتمعت اليا والواو وسبقت احديهما بالسكون فابدلت
الواو يا وادغمت اليا في اليا والمراد من قوله ومن احيى ارضا المسلم فان الذي اذا احيا ارضا مواتا تكون خراجية كذا في شرح
الطحاوي وعلى قياس قول ابي يوسف ينبغي ان تكون البصرة كلها خراجية لكونها من حيز ارض الخراج وان احياها المسلمون الا
الا ان القياس ترك باجماع الصحابة على توظيف العشر وهذا معنى قوله م والبصرة عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم ش
وكذا قاله ابو عمر وغيره م لان حيز الشي يعطى له حكمه ش اي حكم ذلك الشيء وهذا دليل ابي يوسف على مذهبه م كفناء الدار
يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبه الانتفاع به ش اي حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره وان لم يكن الفنا ملكا
له لاتصاله بملكه م وذكر في المبسوط قال المستاجر للاجير هذا فناي وليس لي في ذلك حق فحفر واقمات انسان فالضمان على الامر
قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غيرهم وفي الاستحسان ان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لاطلاق
يده في التصرف فيه في القاء الطين والحطب وربط الدواب والركوب وبناء الدكان فعلم ان في الفناء حق الانتفاع ثم
وان لم يكن ملكا له م لذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر ش وفي بعض النسخ ولذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر لان اهل العامر
حق الانتفاع فيما قرب من العامر م وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية ش قيل هذا تكرار لانه قال والبصرة عشرية
الى اخره ورد عليه بان الاول رواية القدوري وهذا شرح لذلك لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة وظفوا عليها
العشر فترك القياس لاجماعهم ش اي لتوظيف ذلك اي لاجماع الصحابة على توظيف العشر على البصرة وقد ذكرناه وقال
محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية
وكذا ان احياها بماء السماء ش اي المطر م وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ش وهو نهر الملك كبير
ببغداد على طريق الكوفة والمراد من الملك كسرى ابو شروان ابن قباذ وكان جميع ملكه سبعا واربعين سنة وسبعة اشهر
من اولاده وهو ابنه برويز ابن هرمز بن كسرى ابو شروان وقام على الملك ثمانيا وثلاثين سنة م ونهر يزدجرد هو
يزدجرد ابن شهريار بن كسرى ملك وهو ابن خمس عشرة سنة ثم لما قتل رستم في قتال سعد ابن ابي وقاص رضي الله بالقادسية
هرب يزدجرد الى مرو في طريق سجستان فقتل هناك وكان جميع ملكه عشرين سنة وهو اخر ملوك العجم ولم يزل منهزما من اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى خراسان والى بلاد الترك وعاد مرو وكان ذلك في سنة احدى وثلاثين في خلافة عثمان رضي الله
م قال فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه ش اي التزام الخراج
فتكون الارض خراجية م والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب ش وهو ارض طولها
ستون ذراعا بذراع الملك كسرى تزيد على ذراع العامة بقبضة وهو ست قبضات وذراع الملك سبع قبضات كذا

لذا في المغرب وذكر الهاشمي ان طول الجريب ستون ذراعا وعرضه ستون ذراعا بذراع الملك وقيل الجريب
ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون منا في ديارنا ويبذل ما يبذله فذان لذا في المغلبة وفتاوى القاضي
وفي الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب
الارض مختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله م يبلغه الماء ش جملة من الفعل والفاعل والمفعول
صفة لجريب وقوله م قفيز هاشمي ش خبر المبتدا اعني قوله والخراج والقفيز الهاشمي بقوله م وهو الصاع ودرهم
الصاع ثمانية ارطال اي اربعة امناء خلافا لابي يوسف وقال الاترازي اعلم ان القفيز الواجب في الخراج
مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في اكثر كتب الفقه كالكافي للحاكم الشهيد والشامل في شرح الطحاوي وشرح الجامع الصغير
للفقيه ابي الليث وفخر الاسلام البزدوي وغير ذلك وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية ارطال
وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما نسبه الى الحجاج لانه اخرجه بعد ما فقد وانه لتسع ثمانية ارطال او
اربعة امناء وفي قول ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل ولذا قال في خلاصة الفتاوى فاذا كان الحجاجي هو
صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف بعينه صاحب الهداية والنافع بالهاشمي والهاشمي اثنان وثلاثون رطلا
وقال محمد والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان عند النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال
وقال الاترازي والمراد من القفيز الواجب قفيز مما يزرع فيها لذا في شرح الطحاوي وقال الامام ظهير الدين
قفيز من حنطة او شعير والمراد من الدراهم درهم وخمسة دراهم الرطبة درهم يوزن سبعة
جريب الرطبة ش بفتح الراء قال في المغرب الاسفرست الرطب والجمع رطاب ومنه حديث حذيفة وابن حنيف
وضعا على كل جريب من ارض الزرع درهما ومن ارض الرطبة خمسة دراهم وفي كتاب العشر والنقول عن الرطاب
فانها البقول مثل الكراث ونحو ذلك والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما جرى مجراه انتهى قلت
الرطبة هي البقول لها مصر البرسيم واهل البلاد والتركية تنخا بضم الباء اخر الحروف وسكون النون والجيم معقود
ومن جريب الكرم المتصل بالنخيل المتصلة عشرة دراهم قال تاج الشريعة الكرم المتصل والنخيل المتصلة ما يتصل
بعضها ببعض على وجه يكون الارض مشغولة بها م هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه ش اشار به الى ان الذي
ذكره الوجه المذكور منقول عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه م فانه ش اي فان عمر م بعث عثمان ابن حنيف حتى
مسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ الف الف ستة وثلاثين الف الف جريب م روى عبد الرزاق
في مصنفه اخبرنا معمر عن قتادة عن ابي جعفر ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بعث عمار ابن ياسر وعبد الله ابن مسعود
وعثمان ابن حنيف رضي الله عنهم على مساحة الارض وجعل لهم كل يوم شاة ثم قال ما ارى قرية يوخذ منها كل يوم
وابعثا الى الكوفة فجعل عمارا على الصلاة والقتال وجعل ابن مسعود على القضاء وعلى بيت المال وجعل عثمان ابن حنيف
عليهم كل يوم شاة لما تقدم ثم قال لعمر اني انزلتكم على هذا المال ونفسي كوالي اليتيم قال الله تعالى من كان غنيا فليستعفف
ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف قال فمسح عثمان ابن حنيف سواد الكوفة من اهل الذمة فجعل على كل جريب النخل عشرة
دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب البر اربعة دراهم وعلى الجريب
من الشعير درهمين وجعل على راس كل رجل منهم اربعة وعشرين درهما ثم رفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فرضي به انتهى وعثمان
ابن حنيف من اولي الصحابة رضي الله عنهم وقد شهد احدا والمشاهد وكان النبي صلى الله عليه وسلم اخى بينه وبين علي رضي
الله عنه مات في خلافة وكان النبي صلى الله عليه وسلم اخى بينه وبين علي رضي الله عنه مات في خلافة وله عقب وهو
ابن اليمان هو حذيفة بن حسيل ابن جابر بن ربيعة ابن عمرو ابن اليمان وبعث الى الحرم هذا سكن الكوفة ومات بالمداين
سنة ست وثلاثين م ووضع على ذلك ما قلنا ش قال الاترازي هكذا ثبت في النسخ وكانه سهو من الكاتب لان
قياس الترتيب ان يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج على الوجه الذي قلنا في جريب الزرع وجريب
الرطبة وجريب الكرم ورايت في شرح تاج الشريعة نقل ذلك على الصحة حيث قال ووضع ذلك على ما قلنا ولو
على ذلك غير ما ذكر فدل هذا على ان تغيير الترتيب من الناسخ الجاهل م وكان بمحضر الصحابة ش اي كان ما نقل عن عمر رضي
الله عنه بحضور من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم م من غير نكير فكان اجماعا ش اي من غير ان ينكر عليه احد
منهم فكان اجماعا على ذلك ولان المؤن بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة بفتح ذلك كله وفي المغرب المؤنة الثقل فعولة من مان
القوم اي احتملت مؤنتهم وقيل من منة الرجل مونة وقيل هي مفعلة من الاون وهو الابان والاول اصح وقال الجوهري
المونة تهمز ولا تهمز وهي فعولة وقال الفراء هي مفعلة من الاين وهو التعب والشدة ويقال هي مفعلة من الاون وهو
الخرج والعدل لانه ثقل على الانسان وكانت القوم اما انا اذا احتملت مؤنتهم وشن ترك المهمز قال منتهم

م والتفاوت المؤن اثر في تفاوت الواجب الا ترى ان الواجب فيما سقته السماء العشر وفيما سقي بغرب او دالية او سانية
نصف العشر م فالكرم اخفها مؤنة ش اي اخف الاشياء الرطبة المذكورة وهي الرطبة والنخل ودونه اكثر فالواجب فيه
اعلى وهو عشرة دراهم وهذا لانه يبقى دهرا مديدا مع قلة المؤنة م والمزارع اكثرها ش اي اكثر الاشياء المذكورة م مؤنة
ش لان الزرع يحتاج فيه الى الكراب والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة م والرطاب بينهما ش اي بين
الاخف والاكثر لانه لا يحتاج الى القاء البذر كل عام ولا يدوم فيها اصلا وتدوم اعواما ليس كدوام الكرم فكان بين
اعواما ليس كدوام الكرم فكان الواجب فيما بين الامرين وهو خمسة دراهم قلت هذا الذي قاله الشراح باعتبار
عادة بلادهم واما في بلاد مصر ففي كل سنة يزرعونها م والوظيفة تتفاوت بتفاوتها ش اي بتفاوت المؤنة كما ذكرنا م
فجعل الواجب في اعلاها ش اي في اعلى المؤن م وفي الزرع ادناها وفي الرطبة وسطها قال ش اي القدوري م وما سوى
ذلك من الاصناف ش اي ما سوى جريب وجريب الرطبة وجريب الكرم م كالزعفران ش وفي النهاية اي ارض الزعفران
لو بارض الزرع والرطبة والكرم وبابها كانت اشبه في قدر الغلة فهو مبلغ الطاقة لذا ذكر الامام التمرتاشي م والبستان
ش كل ارض يحوطها حائط وفي فتاوي الظهيرية ولو كان في جوانب الارض اشجار ووسطها مزرعة وقفها وظيفة عمر رضي
الله عنه ولا شيء في الاشجار ولذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار مثمرة لا يمكن زراعة ارضها فهي كرم م وغيره
ش اي وغير البستان م موضع ش اي الخراج م عليها ش اي على الزعفران والبستان وغير البستان م بحسب الطاقة ش في
ارض النخل الملتفة يجعل عليها الخراج بقدر ما يطيق ولا يزاد على جريب الكرم وفي جريب الزعفران بقدر ما يطيق
نشا وينظر الى غلتها فان بلغت غلة الزرع يوخذ قدر خراج الزرع وان بلغت قدر غلة الرطبة يوخذ خمسة م لانه ليس
ش اي فيما سوى ذلك م توظيف عمر رضي الله عنه وذلك لان الخرج على نوعين خراج وظيفة وهو الذي فيه توظيف عمر
وخراج مقاسمة وهو ان يكون الخارج من الارض لا توظيف فيه لموضع فيه بحسب الطاقة وهو معنى قوله م وقد اعتبر
الطاقة في ذلك ش اي فيما سوى ذلك من الاصناف م فيعتبرها ش اي الطاقة ش اي فيما لا توظيف فيه ش لان نطقه
به م قالوا ش اي مشايخنا م ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف
قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله وانما يتناهى الطاقة الى نصف الخارج لا يزاد عليه الاترازي انه قال في كتاب العشر
والخراج والسير الكبير في ارض لم يخرج من الغلة الا قدر قفيزين ودرهمين وهو جريب ان خراجها بعشرة دراهم
وهذا لانا لما ظهرنا بهم وسعنا ان يسترقهم ونقسم اموالهم فاذا مننا عليهم وقاطعناهم بنصف الخارج كان النصف
من الانصاف بعينه حيث كان النصف لنا والنصف لهم م لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين ش هذا متصل
بما قبله حاصل معناه انا حين ملكناهم كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين م هذا متصل بما قبله حاصل معناه ولكن انصفنا
معهم حيث نصيبنا بنصف الخارج من غير زيادة وهذا عين الانصاف منا حيث جعلنا النصف لنا والنصف
لهم لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين هذا متصل بما قبله حاصل معناه انا حين ملكناهم كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين
ولكن انصفنا معهم حيث نصيبنا بنصف الخارج من غير زيادة وهذا عين الانصاف منا حيث جعلنا النصف لنا
والنصف لهم م والبستان كل حائط ش اي يكون حواليه حيطان م وفيه نخيل متفرقة واشجار ش وفي المغرب
البستان الجنة م وفي ديارنا ش ديار صاحب الهداية وهو فرغانة ويقال له الفرغاني والمرغيناني ايضا وفرغانة بفتح
الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة بلاد من بلاد فرغانه م وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب
ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان ش اي من جنس كان مما فيه الخراج م قال ش اي القدوري م فان لم تطق ش اي الارض
ما وضع عليها م وفي بعض النسخ فان كانت لم تطق قال الاترازي ش اي صح لفظ كان فهو زائد وعدم نقصهم الامام ده
اي نقص الامام عن اصحاب الاراضي التي لا تطيق ما وضع عليها ش فالنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع م والريع النماء والزيادة
واراد به هنا الغلة وقال الكافي اذا جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الاولى وفي الخلاصة
ان كانت الارض لا تطيق ان يكون الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز ان ينقص حتى يصير الدراهم او الخراج مثل نصف
الخارج واما اذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه اجمعوا على ان الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه
في سواد العراق وفي بلد وظف الامام عليها الخراج لا يجوز فاما في بلد اراد الامام ان يبتدئ بها بالتوظيف قال ابو يوسف
لا يزيد وقال محمد يزيد وعن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف ونحي الان ما ذكره الولوالجي الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه
لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما لا تطيق ولو زدنا لاطاقت هذا اخرجه البخاري في صحيحه في كتاب
فضائل الصحابة في باب البيعة لعثمان عن عمرو ابن ميمون قال رايت عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قبل ان يصاب بايام
بالمدينة ووقف على حذيفة وعثمان قال كيف فعلتما اتخافان ان تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قالا حملناها امرا هي له مطيقة فيها

لم يرض فصل فالا انظرا ان تكونا حملتماها ما لا تطيق قالا لا فقال عمر رضي الله عنه لين سلمني الله لادعن ارامل العراق لا
يحتجن الى احد بعدي قال فما اتت عليه رابعة حتى اصيب الحديث مطوله هو حديث مقتل عمر ابن الخطاب رضي الله
عنه عثمان رضي الله عنه وقد عرفت ان قول عمر لعلكما حملتما خطاب لحذيفة ابن اليمان وعثمان ابن حنيف الصحابي الكري
والضمير في قوله قالا في الموضعين يرجع اليهما م وهذا ش اي قولهما ولو زدنا لاطاقت م يدل على جواز النقصان عن
قلة الريع بالاجماع م واما الزيادة عند زيادة الريع تجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان
عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة ش وهو في قولهما ولو زدنا لاطاقت م ولو غلب على ارض الماء او انقطع
عنها او اصطلم الزرع آفة ش اي استاصله والاصطلام الاستيصال وهو القلع من الاصل م فلا خراج عليهما لانه
فات التمكن من الزراعة ش قال الكاكي قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب بان الخراج مسقط بالاصطلام محمول على ما
اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي لا يسقط الخراج ذكره في شرح الطحاوي و
فتاوى البكري وتكلموا ان المعتبر في ذلك زرع الحنطة او الشعير او اي زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع
ام مدة تبلغ الزرع مبلغا تكون قيمته ضعف الخراج وفي ذلك كلام والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر م وهو النماء
المعتبر في الخراج يتعلق باحدهما وههنا لما غلب الماء ش اي التمكن من الزراعة هو النماء التقديري والنماء على قسمين
حقيقي وتقديري والخراج ايضا يتعلق باحدهما وهنا لما غلب الماء على الارض بحيث لم يبق صالحا للزراعة وكانت ما
لم يوجد النماء التقديري فلا يجب الخراج م وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول لانه
ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة ش فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة
سقط الزكوة كما في مال الزكوة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او بدار الحكم على الحقيقة اي حقيقة الخارج اذا لم
من الزراعة فاقيم مقامه فاذا وجد الاصل سقط اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل فاذا هلك بطل ما تعلق
حاصله ان النماء التقديري كان قائما مقام النماء الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فبطل
الخراج دينا في ذمته لتعلق الخراج بالنماء التقديري حينئذ ه الا ترى ان رجلا لو استاجر بيتا او حانوتا فعطله
الخراج فان تمكن من الانتفاع بان غصبه غاصب او نحو ذلك لا يجب الاجر فان قلت لو استاجر رجل ارضا
يزرعها فاصطلمت فانه يجب عليه الاجر قلت اجيب بانه له الاجر الى وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه
ذلك وليس الاجر بمنزلة الخراج لان الخراج وضع على مقدار الخارج اذا اصلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيئا كان
اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج لجواز الاجارة وان لم يخرج م وان عطلها ش اي الارض م صاحبها فعليه
الخراج لان التمكن ش اي من الزراعة كان ثابتا وهو الذي فوته ش اي فوت الريع مع امكان تحصيله قال التمرتاشي
هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها اما عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته واسبابه
فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة وياخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك وان شاء اجرها واخذ الخراج
من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة بيت المال فان لم يمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ منها الخراج
وهذا بلا خلاف وعن ابي يوسف يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا وفي جمع التهذيب باع ارضا خراجية
فان بقي من السنة مقدار ما يتمكن من المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع م قالوا ش اي مشايخنا في شرح
الجامع الصغير م من انتقل الى احسن الامرين بغير عذر ش بان له ارض الزعفران فتركها وزرع الحبوب م فعليه الخراج
الاعلى ش وهو خراج الزعفران م لانه هو الذي ضيع الزيادة ش فكان التقصير منه م وهذا ش اي هذا الكلام
يعرف ولا يفتى به كيلا يجترئ الظلمة على اخذ اموال الناس ش لانهم لا يبالون بالشرع وليس لهم داب الا اخذ
الاموال من اي وجه كان وما عندهم قوم دين منعهم عن ذلك ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان ذلك
لكونه واجبا واجيب بالوافيها بذلك لا ادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا اذا كانت تزرع الزعفران
فاخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان ه وفي شرح الطحاوي جعل ارض الزعفران مسكنا او خلافا للنعل او مقبرة او سكنا
يسقط الخراج م ومن اسلم من اهل الخراج واخذ منه الخراج على حاله ش وقال مالك والشافعي يسقط الخراج وعنده
يسقط الجزية ايضا ولنا ان الصحابة من مسلم جوز بيع ارض البيع عندنا يجوز البيع عندنا والشافعي وعند مالك لا يجوز في
رواية يجوز في سقط الخراج م لان فيه معنى المؤنة ش لان الخراج مؤنة الارض النامية كالعشر واللازم من اهل
الاسلام التزام المؤنة وهذا لانه لا بد لاهل الاسلام من مؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء ش لما كانت في حالة الا
م فامكن ابقاؤه على المسلم ش اي اذا اقر ما تقرر واجبا اولا لانا ان سقطنا ذلك لاحتجنا الى ايجاب العشر لان
خراج الراس لانا لو اسقطنا ذلك عنه بعد الاسلام لا نحتاج الى ايجاب مؤنة اخرى م ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج

من الذمي قال الكاكي صح عن ابن مسعود والحسين ابن علي وشريح رضي الله عنهم انتهى ه ولم يبين وجه الصحة ولا
من خرجه غيره من الشراح لم يذكره اصلا غير ان صاحب النهاية قال وروي عن عبد الله ابن مسعود والحسن ابن علي وشريح
انها كانت لهم اراضي بالسواد يؤدون خراجها انتهى ه وهذا ذكره بصيغة التمريض وهذا لا يدل على الصحة فنقول صح في
ذلك ما قال البيهقي في كتاب المعرفة قال ابو يوسف القاضي لقول ما قال ابو حنيفة رضي الله تعالى عنهما انه كان لابن مسعود
وخباب ابن الارت والحسين ابن علي ولشريح ارض الخراج حدثنا مجالد ابن سعيد عن عامر عن عتبة ابن فرقد السلمي انه قال
لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر رضي الله عنه انت فيها مثل صاحبها وروى
ابن ابي شيبة في مصنفه ه حدثنا الثوري عن قيس ابن مسلم عن طارق ابن شهاب ان دهقانة من ارض اهل الملك اسلمت
فقال عمر رضي الله تعالى عنه ان قمرانها ارضها تؤدي الخراج يدل على جواز الشرى واداء الخراج واداءه للمسلم من غير كراهة
قال واحتج به عن قول المتقشفة فانهم يكرهونه ويستدلون بقوله عليه السلام اني شيئا من آلات الحراثة فقال ما
دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالمزارعة
تبعوا ارباب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدو وهم جعلوه هو مرادا له وفيه تامل وقال الاكمل ايضا وقال الاترازي
في قول المص جعلوه هو مرادا له وفيه تامل وقال الاترازي لو قال ابن المسلم كان اولى ولم يبين وجه ذلك م ولا عشر في
الخارج من ارض الخراج ش لا يجمع بين الارض والخراج م وقال الشافعي يجمع بينهما ش اي بين العشر والخراج م وقال الشا
يجمع بينهما ش اي بين العشر والخراج وبه قال مالك واحمد م لانهما ش اي لان العشر والخراج م حقان مختلفان ش يعني
حق الذات فان احدهما مؤنة فيه معنى العبادة والاخر مؤنة فيه معنى العقوبة م واجبان في محلين مختلفين فان الخراج في
الذمة العشر في الخارج م بسببين مختلفين م فان سبب العشر الارض النامية بالتمكن ومختلفان مصرفا ايضا فان مصرف العشر
الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة فاذا كان كذلك م فلا يتنافيان ش اي العشر والخراج بوجوب احدهما لا ينافي وجوب
الآخر كوجوب الدين مع العشر والخراج ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج
في ارض مسلم انه قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض واحدة قلت ه رواه ابن عدي في الكامل عن يحيى ابن عنبسة عن ابي حنيفة
عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر
وقال ابن عدي يحيى ابن عنبسة منكر الحديث وانما يروي هذا عن قول ابراهيم لحا يحيى ابن عنبسة فادخل فيه ووصله الى النبي
صلى الله عليه وسلم ويحيى ابن عنبسة مكشوف الامر لروايته عن الثقات الموضوعات وقال ابن حبان ليس هذا من حديث رسول
الله صلى الله عليه وسلم ويحيى ابن عنبسة دجال يضع الحديث لا تحل الرواية عنه وقال الدارقطني يحيى هذا دجال يضع
الحديث وهو الذي ركب على ابي حنيفة ومن بعده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يضع الحديث وهو كذب على ابي
حنيفة ومن بعده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال البيهقي هذا حديث باطل ويحيى هذا متهم بالوضع قلت م
وقع في مسند ابي حنيفة مثل ما رواه ابن عدي ولكن ابن عدي واخرون تكلموا فيه بسبب يحيى ابن عنبسة وما علينا من يحيى ابن عنبسة
لان اصحاب المسانيد رووه في كتبهم وهم يتفاوت على ان ابن شاهين رواه عن يحيى ابن عيسى عن ابي حنيفة فان قلت الخطيب
ذكر يحيى ابن عيسى وقال هو يحيى ابن عنبسة قلت من اطلع في احوال الاخرين عرف ان الخطيب كيف يتكلم في الحنفية ولا
يلتفت اليه في مثل هذا م ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما ش اي بين العشر والخراج وكفى باجماعهم حجة حيث لم
ينقل عن واحد منهم انه جمع بينهما واجماع الاية على نقل قضية معها حجة م ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا
والعشر في ارض ش اي يجب م في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان ش وهما الطوع والقهر م لا يجتمعان في ارض واحدة
ش للمنافاة بينهما اذ الطوع ضد الكره الحاصل من القهر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان م وسبب الحقين ش اي
العشر والخراج م واحد م وهو الارض النامية بدليل اضافة العشر والخراج اليها والاضافة دليل السبب فلما كان
السبب واحدا م وكان السبب احدهما من غير جمع بينهما كالدية والقصاص ش الا انه اي ان السبب يعتبر في العشر تحقيقا
م لان العشر احد الاجزاء العشرة من الخارج م وفي الخراج ش اي يعتبر في الخراج م تقديرا ش اي من حيث التقدير
وذلك لان سبب الخراج هلاك الارض النامية بالنماء التقديري م ويضافان ش اي العشر والخراج الى الارض م فيقال
عشر الارض وخراج الارض وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي م الزكوة مع احدهما ش
اي الزكوة لا يجتمع مع الخراج والعشر عندنا خلافا له وصورته اشترى ارض عشر او خراج بنية التجارة لم تكن عليه زكوة
التجارة وعن محمد ان عليه الزكوة مع احدهما وهو قول الشافعي لاختلاف سببهما ومحلهما قلنا الواجب حق الله تعالى
فيه فيتعلق بالارض ولا يجتمعان كما لا يجتمع زكوة السائمة والتجارة باعتبار شيء واحد م لا يتكرر الخراج بتكرار الخارج
في سنة ش يعني لا يؤخذ خراج الارض في السنة الا مرة واحدة وان عطلها صاحبها مرات ش لان عمر رضي الله عنه

لم يوجب الخراج مكررا وينبغي ان يكون هذا في الخراج الموظف لا في خراج المقاسمة لان خراج المقاسمة
حكمه حكم العشر ويكون ذلك في الخارج م بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا ش اي لا يوجد كونه عشرا
الا بوجوبه ش اي بسبب وجوبه في الخارج فيتكرر بتكرر الخارج **باب الجزية** اي هذا
باب في بيان احكام الجزية والجزية ما يؤخذ من الذمي باعتبار راسه والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وسميت بها لانها
تجزي لا نقضا لك اي تقضي وتكفي عن الذمي عن القتل او بقبولها يسقط عنه القتل ولما فرغ عن خراج الارض شرع
في خراج الراس وهو الجزية الا انه قدم الاول لانه يشارك في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القرب
م وهو ش اي الجزية م على ضربين ش نوعين احدهما جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه
الاتفاق كما صالح عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف ومائتي حلة النصف في صفر والبقية في رجب
يؤدونها الى المسلمين الحديث ونجران بفتح النون وسكون الجيم بلاد من اليمن اهلها نصارى والحلة بضم الحاء
المهملة وتشديد اللام ازار ورداء هذا هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول او الحل
من الوجه قال الولوالجي في فتاواه وموضع على نصارى نجران على رؤوسهم واراضيهم في كل سنة الفا حلة كل حلة
خمسون درهما الف في صفر والف في رجب يقسم ذلك على رؤوسهم واراضيهم فما اصاب الرؤوس يكون جزية وما
اصاب الاراضي يكون خراجا وهذا الذي ذكره الولوالجي هو الصحيح لموافقته الحديث الا قوله كل حلة خمسون
قلت الذي ذكره المصنف غير موافق للحديث مع ان الحديث حديث واحد رواه ابن عباس واخرجه
عنه ابو داود وقد ذكرناه ولان الموجب بكسر الجيم اي لان الموجب بتقدير ما وقع عليه هو التراضي
لان الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل احتباسهم البقاء على الكفر بعد ان غلبوا **فان قلت**
كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو اعظم الجنايات باخذ المال ولو جاز ذلك لجاز تقرير الزاني على الزنا
بالمال **قلت** ليس اخذ الجزية يدل على تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين
جاز الاسقاط الواجب بالقصاص بعوض او عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق م فلا يجوز التعدي الى غير
ما وقع عليه ش اي لا يجوز التجاوز الى غير ما وقع عليه التراضي م وجزية ش اي الضرب الثاني جزية م يبتدئ
الامام بوضعها ش اي بوضع الجزية م اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم م هذا الضرب يوضع
الامام بغير تراض منهم وهو يتفاوت بتفاوت الصفات وبين ذلك بحرف الفاء بقوله م فيضع على الغني
الظاهر الغنى ش وفي شرح الطحاوي ظاهر الغناء ممن يملك عشرة الاف درهم ش وهذا الاصل التفصيل
والا وجوب الجزية باول الحول وانما الحول للتخفيف والتسهيل عند ابي حنيفة ولذلك قال هو في الزكاة م وعلى
المتوسطة الحال وهو يملك مائتي درهم الى عشرة الاف درهم اربعة وعشرين درهما اي يضع على المتوسط
الحال اربعة وعشرين درهما م في كل شهر درهمين ش يعني يأخذ منه في كل شهر درهمين م وعلى الفقير المعتمل ش
اي يضع عليه اثني عشر درهما في كل شهر درهما ش اي يأخذ في كل شهر درهما والفقير من لا يملك درهمين وانما
شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان موسرا
في المبسوط والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة قال الكاكي والمعتمل هو المكتسب والاعتمال
الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقال ايضا وانما قدرنا الاعتمال بانه لو كان مريضا في السنة كلها او نصفها
او اكثرها لا يجب عليه وان ترك العمل مع القدرة عليه فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع يجب عليه الخراج
ذكره في الايضاح ونحن ايضا ان شاء الله تعالى وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن عيسى بن ابان
انه قال من كان له عشرة الاف درهم فصاعدا فهو موسر ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط ومن كان
معتملا فهو مكتسب وذكر عن بشر بن غياث انه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر
ومن كان يقعد على مقدار الثوب ولا يملك الفضل وله مقدار الكفاية فهو المتوسط ومن لم يكن له مقدار
الكفاية فهو مكتسب وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنا
الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين واذا كان ببغداد او بالبصرة لا يعد من المكثرين او
في بعض البلدان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام
ايضا وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه كان يأخذ ممن ترك البغال ويحكم بالذهب ثمانية واربعين
درهما الى هنا لفظ الفقيه ابو الليث في كتابه وقال الكاكي وقيل ان نجم وقيل لا بد له من الكسب لاصلاح
معيشته فهو معتمل ومن له ما له متوسط ومن لا يعمل لكثرة ما له فهو فائق في الغناء وقيل من الالف الى

سبعة ومن ملك قوته وقوت عياله ومن لم يملك لما فضل عليه فهو غني وقيل هذا يختلف باختلاف الاماكن
والعبرة بوجود هذه الصفة في اخر السنة م وهذا عندنا ش اي هذا الوجه المذكور مفصلا عند اصحابنا م والشافعي
... قوله م يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار ش وهو اثنا عشر درهما م فالغني والفقير في ذلك سواء
ش وقال اصحابه الامام مخير بين الدينار واثني عشر درهما واقل الدينار اثنا عشر مشكوكة في الفقير الخالصة ولا يجب على الامام
ان يحملهم على الاكثر ما عليهم ويستحب ان يماكس حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير ولا يعتبر الدراهم
الا بالسعر والقيمة عند عامة اصحابه كذا في شرح الوجيز **وقال** مالك يأخذ اربعين درهما او اربعة دنانير ومن
الفقير عشرة دراهم او دينار لما روي ذلك عن عمر بن الخطاب كرم الله وجهه ورضي عنه وعن احمد ثلاث روايات
رواية غير مقدرة بل يفوض الى راي الامام وهو قول الثوري وفي رواية مثل قولنا وفي رواية عن اقلها دينار
ويجوز الزيادة ولا يجوز النقصان م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لمعاذ رضي الله عنه خذ
من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافرية ش هذا الحديث اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي في الزكاة عن
الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وامرني ان اخذ من البقر من
كل ثلاثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر وقال الترمذي حديث حسن وذكر
بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو الاصح قوله من كل حالم يعني محتلم قوله او عدله
العدل بالفتح المثل من خلاف الجنس قوله معافر بفتح الميم والعين المهملة وبالفاء والراء المهملة اي اخذ من كل دينار ثوبا
من هذا الجنس والمعافري منسوب الى معافر ثم صار اسما للثوب من غير نسبته وقال معافر حي من همدان ينسب
اليه هذا النوع من الثياب م من غير فصل م بين الغني والفقير م ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل لا يجب
من لا يجوز قتله بغير الكفر كالذراري والنسوان م وهذا المعنى ش اي وجوب الجزية بدلا عن القتل م يشمل
الفقير والغني ش اي يشملهما م ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم م روى ابن ابي شيبة في مصنفه
حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه ووضع
في الجزية على رؤوس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى
الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن ابي زنجويه في كتاب الاموال حدثنا ابو نعيم ثنا مسعر عن الشيباني
عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر رضي الله عنه وضع الى اخره انتهى وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير
فحل محل الاجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان ثم عمل علي رضي الله عنه م ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار
ش فصار اجماعا م ولانه ش ولان الجزية ذكره على تاويل خراج الراس م وجب نصرة للمقاتلة ش اي نصرة ولهذا
الغزاة المسلمين م مما يؤخذ من الذمي ش فيجب على التفاوت ش اي الجزية يجب على التفاوت عن قريب م بمنزلة
خراج الارض وجوب تفاوت في الخراج والدليل على انها تجب نصرة ولهذا ان بذل النفس والمال لان من كان من
اهل دار الاسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس بالمال ولكن لما لم يصلحوا لنصرتهم لميلهم الى دار الحرب اعتقادا قامت
اذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب لنفسه واركاب غيره ولما كان
الاطراف متفاوتة تتفاوت الجزية التي قامت مقامه **فان قيل** النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف
تكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب ان الخليفة عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين
وهم يثابون عن تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم منزلة ما لو عادوا وادى لهم للمسلمين م وهذا ش الضابط
على التفاوت م لانه ش اي لان الجزية بتاويل خراج الراس لما ذكرنا الان م وجب بدلا عن النصرة بالنفس
والمال وذلك ش اي المذكور عن النصرة بالنفس والمال م يتفاوت بكثرة الوفر ش اي المال م وقلته ش الوفر بفتح الواو
وسكون الفاء المال الكثير واراد هنا مطلق المال فلو قال لكثرة المال لقال فيه نظر ولكان اولى م وقلته
فكذا ما هو بدله ش اي فكذا يتفاوت ما كان خلفا عن النصرة م وما رواه ش اي الذي رواه الشافعي وهو
قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا م محمول على انه كان ذلك صلحا ش اي محمول على ما
وقع الصلح عليه الا ترى انه قال في رواية خذ من كل حالم وحالمة دينارا ولا يجب على النساء الا بالصلح فتدبر
قلت الاحسن ان يقال ان هذا الحجة لا لانه ليس بحجة لان الصحيح انه مرسل فكيف يحتج به م ولهذا ش ولكونه
كان محمولا على حال الصلح م امره ش اي امر معاذ م بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية ش والمحفوظ
ان لفظ حالمة مدرج في الحديث م وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس ش جمع مجوسي وهو منسوب
الى المجوسية نحلة **قال** الجوهري هي نحلة ومذهب المجوس انهم قائلون بالنور والظلمة يزعمون ان الخير

من قبل النور والشر من قبل الظلمة ولهذا يعبدون النار لانه من النور واما وضع اهل الجزية على اهل الكتاب
فهو بلا خلاف واهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون التورية ويعملون بشريعة
موسى عليه السلام في فرع دينهم وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكانية والفرنج والروم والارمن
وغيرهم ممن دان بالانجيل وانتسب الى عيسى عليه السلام والعمل بشريعته فكلهم من اهل الكتاب واختلف
اهل العلم في الصابئين عن احمد انهم جنس من النصارى وعن عمر هنيئهم يسبتون فهم من اليهود وقال مجاهد هم بين اليهود
والنصارى وقال السدي والربيع هم اهل الكتاب وتوقف فيهم الشافعي ويروى عنهم انهم يقولون الفلك حي
ناطق والكواكب السبعة الهة والصحيح انهم يقولون بنبي وكتاب فهم من اهل الكتاب وان كانوا من عبدة
الكواكب فهم كعبدة الاوثان وقد مر في النكاح واما المجوس فلهم شبهة الكتاب فيجوز اخذ الجزية بالحديث منهم ولا
يجوز نكاح نسائهم ولا ذبائحهم وعليه اكثر اهل العلم وعن ابي ثور انهم من اهل الكتاب فيحل نساؤهم وذبائحهم لما روي عن
علي رضي الله عنه ان لهم كتابا فلما وقع ملكهم على بنته او اخته رفع العلم عن صدورهم وما بقي لهم كتاب م و
ذلك قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ش هذا صريح في اخذ الجزية من اهل الكتاب سواء كان
من العرب او العجم فلهذا ذكر اهل الكتاب مطلقا م ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس ش فيه احاديث
منها ما روى البخاري عن ابي عبدة المكي قال اتانا كتاب عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قبل موته بسنة فرقوا بين
كل ذي رحم من المجوس ولم يكن عمر رضي الله عنه ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن ابن عوف ان النبي
صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر انتهى وهجر بفتحتين اسم بلد في البحرين م قال ش اي القدوري في
مختصره م وعبدة الاوثان من العجم ش هو بالجر عطفا على اهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة
الاوثان من العرب فانه لا يوضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب م وفيه خلاف الشافعي ش فان عنده لا تؤخذ
الا من اهل الكتاب والمجوس وله في اهل المجوس وله في اهل الكتاب اليهود والنصارى مثل صحف ابراهيم وشيث
وادريس وزبور داود ومن تمسك بدين ادم والسامرة والصابئين وجهان احدهما اخذ لا والوثني اذا
دخل في دين اهل الكتاب بعد النسخ لم يوخذ فيه الجزية وقال المزني يوخذ وقال مالك يوخذ في جميع الكفار
الا مشركي قريش لانهم ارتدوا وعندنا يوخذ من جميع الكفار الا عبدة الاوثان وبه قال احمد في رواية وعنه
في رواية لا يوخذ الا من اهل الكتابين ومن وافقهم في دينهم واتى بكتابهم كالسامرة ويوخذ من المجوس ايضا
ولا يوخذ من غيرهم من عبدة الاوثان م وهو ش اي الشافعي م يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم
لانه امر بالقتال وهو عام م الا جوازه ش اي ترك القتال م في حق اهل الكتاب بالكتاب ش وهو قوله تعالى
حتى يعطوا الجزية م وفي حق المجوس ش اي وعرفنا ترك القتال في المجوس م بالخبر ش وهو حديث عبد الرحمن بن
عوف رضي الله عنه فبقي من وراءهم ش اي من وراء الكتاب والمجوس م على الاصل ش اي النصوص العامة م ولنا
انه يجوز استرقاقهم ش بالاجماع م فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما ش اي من الاسترقاق والجزية م
يشتمل على سلب النفس منهم م معنى حتى يصير ملحقا بالبهائم اما الاسترقاق فظاهر لان قطع الرقيق يعود للمسلمين
جملة واما الجزية ش فانه يكتسب ش اي فان الكافر يكتسب ويودي الى المسلمين م من كسبه فكان اداء المال
المسلمين في معنى اخذ النفس حكما وهو معنى قوله م ونفقته الى نفقته ش اي ان نفقته في كسبه الذي هو سبب
حيوته وفيه معنى سلب النفس ونوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على المراة والصبي
واللازم باطل واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان الجزية بدل النصرة ولا نصرة على النساء والصبي ولذا بدله وهو
ليس بدافع لما هو معرض للنقض والصواب ان قبول المحل شرط باثر المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقه
يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمراة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تؤخذ من الكسب وهما عاجزان
عنه م وان ظهر ش على صيغة المجهول اي غلب م عليهم ش اي على اهل الكتاب والمجوس عبدة الاوثان من العجم
م فهم ش اي قبل وضع الجزية عليهم م ونساوهم وصبيانهم فيء م ولا يوضع ش اي الجزية م على عبدة الاوثان من العرب
ولا المرتدين ش سواء كانوا من العرب او العجم م لان كفرهما قد تغلظ ش وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الا
سلام م اما مشركو العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام ش اما ذلك فالمعجزة
فيهم ظهر وكانوا احق الناس باتباعه عليه والقيام بنصرته والذب عنه وللعاقل ان يقول هذا منقوض باهل
الكتاب فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا ان النبي عليه السلام معرفة تامة محضة ومع هذا انكروه وغيروا
نعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية واجيب بان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية الا انه ترك الكتاب بقوله

قاتلوا

قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية اجيب بان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية م واما المرتد فلانه كفر
ربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه ش اي محاسن الاسلام م فلا يقبل من الفريقين اي فريق عبدة الاوثان
من العرب ومن فريق المرتدين ش الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة م لزيادة كفرهم ش وعند الشافعي يسترق مشركو
العرب ش وبه قال مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف حكما فيجوز كالاتلاف حقيقة بالقتل م وجوابه ش اي جواب الشافعي
رضي الله تبارك وتعالى عنه م ما قلنا ش وهو قوله الآية قد تغلظ م واذا ظهر عليهم ش اي اذا غلب على مشركي العرب
والمرتدين فنساوهم وصبيانهم في ذلك الاية اي ان ذراري المرتدين م ونساوهم يجبرون على الاسلام دون ذراري
عبدة الاوثان ونساوهم لا الى اجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبات الاسلام في حقهم وذراري المرتدين قد ثبت
في حقهم تبعا لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات لمفارقة الاسلام يجبرن عليه بخلاف ذراري العبدة ونساوهم ش اي عبدة
الاوثان م لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة ش بنو حنيفة قبيلة من العرب وهو حنيفة ابن لجيم ابن صعب
ابن علي بن بكر ابن وائل وانما سمي حنيفة لانه لقي جذيمة ابا حي من عبد القيس فضرب جذيمة حنيفة فجذمه وقيل المراد يعني
حنيفة يده فسمي هذا حنيفة وسمي هذا جذيمة م وصبيانهم ش وسبي ايضا صبيانهم حتى وقع في سهم علي رضي الله تعالى عنه الحنفية
ولدت له منها محمد ابن الحنفية م لما ارتدوا ش اي حين ارتدت بنو حنيفة وكان ذلك وفاة النبي صلى الله عليه وسلم
م وقسمهم ش اي قسم ابو بكر الصديق رضي الله عنه نساء بني حنيفة وصبيانهم م بين الغانمين ش ومن الصحابة غير هؤلاء
م ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ش اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة
م ولا جزية على امراة ولا صبي لها ش اي لان الحرمة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل
هو القتل او القتال م وهما ش اي المراة والصبي من زمن الرجل او من زمانه وهو عدم بعض اعضائه او تعطيل قواه
م لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية م فيهما فاذا كان كذلك لا يجب عليهما البدل وهو الجزية م ولا زمن ش اي
ولا جزية ايضا على زمن ولا اعمى ش اي ولا اعمى ش ولا المفلوج م من فلج على صيغة المجهول اذا ذهب بصفة فهو
مفلوج او قال اهل الطب الفالج استرخاء لاحد شقي البدن طولا م والشيخ الكبير ش او يعني لا يوضع عليه الجزية م لما بينا ش وهو
قوله لانهما لا يقتلان ولا يقاتلان وعن ابي يوسف انه ش اي ان الجزية ذلك بتاويل خراج الراس م يجب اذا كان له ش اي
للشيخ الكبير م مال لانه يقتل في الجملة ش يعني في صورة من الصور وهو معنى قوله م اذا كان له رأي ش اي في
امور الحرب وقالا لا ترازي وعن ابي يوسف في رواية يوضع عليهم اي الجزية اذا كانوا اغنياء لان المعنى هو الاهل
للمال انتهى قلت هذا المخالف لما في المتن لان المفهوم من كلام المص رحمه الله تعالى ان الرواية عن
ابي يوسف وجوب الجزية على الشيخ الكبير فقط حيث قال اذا كان له مال بالمراد الصغير [illegible] الى قوله
اذا كان له مال بخلاف الاعمى والزمن والمفلوج فلو كانت الرواية عن ابي يوسف في الوجوب على الكل لقال اذا
كان لهم مال بضمير الجماعة وفي قول الشافعي يوخذ الجزية من الاعمى والمفلوج والشيخ الكبير م ولا على فقير ش ولا جزية
على فقير اذا كان لهم مال بضمير الجماعة غير معتمل وهو الذي لا يقدر على العمل والمعتمل المكتسب الذي لا يقدر على
العمل وان لم يحسن حرفة خلافا للشافعي ش فان عنده يجب عليه م له ش اي للشافعي م اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه
م وهو قوله عليه السلام خذ من كل حالم دينارا وهو مطلق لا فصل فيه بين الفقير المعتمل وغيره م ولنا ان عثمان
رضي الله عنه لم يوظفها ش اي الجزية م على فقير غير معتمل ش المراد من عثمان هذا عثمان ابن حنيف لا عثمان ابن عفان
ذكره علاء عنه الشراح وقد مضى ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لما بعث حذيفة ابن اليمان وعثمان ابن حنيف
الى سواد العراق وضعا الجزية على العراق الفقير المعتمل دون غيره فجاز ذلك محل الاجماع لان احدا من الصحابة لم
ينكر عليه اشار اليه المص بقوله وذلك بمحضر من الصحابة لانهم علموا بذلك ولم ينقل من احد منهم انكار
لانهم كانوا حاضرين في ذلك الوقت وذكر الغزالي في وجيزه قال اصحاب الشافعي رضي الله عنه الفقير العاجز
عن الكسب يخرج من الدار على قول وتقرر على قول ثانيا وتقرر جزيته في ذمته على قول م ولان خراج الارض
لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا الخراج ش اي خراج الراس وهو الجزية لان الخراج نوعان خراج الارض وخراج ح
الراس كما مر غير مرة فاذا اعتبرت الطاقة في خراج الارض فكذا يعتبر في خراج الراس م والحديث ش اي
الحديث الذي احتج به الشافعي م محمول على الفقير المعتمل ش توفيقا بين الحديثين م ولا يوضع ش اي الجزية م
على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه ش اي لان الجزية باعتبار تاويل خراج الارض م بدل عن القتل
في حقهم وعن النصرة في حقنا على اعتبار الثاني ش وهو النصرة بالمال في حقنا ولانا لم نفعل هذا م لا يجب ش وعلى
اعتبار الاول لا يجب لان الاصل لا يتحقق في المماليك لان المملوك الحربي يقبل فوجود تحقق البدل ايضا فاذا كان ه

الا مرد ارابين الشيئين فلا يجب بالشك م لان الاصل عدم الوجوب م ولا يودي عنهم موالبهم لانهم تحملوا الزيادة
بسببهم ش اي صار دوا موالبهم بسببهم من الاغنياء فوجبت عليهم زيادة في الوظيفة فلا يجب عليهم شي بسببهم من الاغنياء
وقال في مختصر الاسرار وقولهم ان الجزية تجب على العبد والولي يودي بها عنه باطل لانه لو كان لذلك لاختلف
بكثرة العبيد وقلتهم كصدقة الفطر م ولا يوضع ش اي الجزية م على الرهابين الذين لا يخالطون الناس كذا ذكرها
ش اي القدوري وهو قول ابي يوسف وبه قال الشافعي واحمد في رواية م وذكر محمد عن ابي حنيفة رضي الله
عنه انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف م قال الكرخي في مختصره قال عن ابن
ابي عمرو سالت محمد عن اصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج قال كان ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول يوضع
عليهم اذا كانوا ممن يقدرون على العمل **قلت** لمحمد فما قولك قال القياس ما قاله ابو حنيفة قال محمد ليس على الشيخ
ولا على الرهبان خراج وان اعتزل احدهم الا انه يخالط الناس فعليه الخراج م ووجه الوضع ش اي وجه وضع
الجزية م عليهم ش اي الرهابين الذين لا يخالطون الناس م ان القدرة على العمل ثابتة ش اي موجودة م وانما
هو الذي ضيعها ش اي ضيع القدرة م فصار ش حكمه م كتعطيل الاراضي الخراجية م مع التمكن من الانتفاع بها
م ووجه الوضع عنهم ش اي وجه الوضع وضع الجزية عليهم م الا انه لا يقتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والكل
في حقهم لاسقاط القتل ش ارادان الجزية بدل عن اسقاط في حقهم ولا قتل على الذين لا يخالطون الناس فلا يجب
الجزية م ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ش ذكر هذا تفريعا لمسالة القدوري م ولا يكتفي بصحته في اكثر السنة ش
لان الاكثر حكم الكل وقال في زيادات الزيادات فان كان المرض في اكثر السنة او نصفها فلا جزية عليه وان كان
اقلها يجب عليه الجزية لان الانسان لا يخلوا عن قليل مرض فلا يجعل عذرا م ومن اسلم وعليه جزية ش اي ومن اسلم
ممن عليه جزية والحال ان عليه جزية لم يودها م سقطت عنه وكذلك اذا مات ش كافرا حال كونه م كافرا سقط عنه
الجزية م خلافا للشافعي فيهما ش اي فيمن اسلم وعليه جزية وفيمن مات كافرا م له ش اي للشافعي م انها ش اي الجزية
م وجبت بدلا عن العصمة ش اي عن حقن الدم م او عن السكنى ش في دار الاسلام ش وانما تردد بينهما لان
العلماء اختلفوا في ان الجزية وجبت بدلا عماذا قال بعضهم بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي
في قول وقال بعضهم بدلا عن النصرة التي قامت باصرارهم على الكفر وهو الاصح وقال بعضهم بدلا عن السكنى
في دارنا وبه قال الشافعي في قول ولهذا قال في قول يوخذ الجزية عن الاعمى والعتوه والمقعد لانهم يشاركون
في السكنى وعندنا لا تجوز كما بيناه م وقد وصل اليه المعوض ش وهو العصمة او السكنى فلا يسقط عنه العوض
ش وهو الجزية م بهذا العارض ش اي بالاسلام او بالموت م كما في الاجرة ش يعني اذا استوفى الذمي منافع الدار
فلا يسقط العوض وهو الاجرة م والصلح م عن دم العمد ش يعني اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن
دم العمد على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض وهو نفسه سلم له فلا يسقط البدل
فان قلت لا نسلم ان الجزية بدل عن النصرة الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة سنة فقاتلوا
معه لا يسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا لسقطت اجيب بانما لم يسقط لانه لا يلزم حينئذ تغيير
المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس فان قيل
الجزية حق مالي وجب على الكافر على تعزه فوجب ان لا يسقط بالاسلام كخراج الارض اجيب بان خراج الارض
فيه صغار بالنصرة ولهذا لا يوضع على المسلم اصلا بخلاف خراج الارض فانه ليس فيه صغار ولهذا يوخذ في ارض
خراجية للمسلم فافترقا م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم جزية ش هذا
الحديث رواه ابو داود في الخراج والترمذي في الزكوة عن جرير عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن
عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثوري
عن هذا فقال يعني هذا اذا اسلم فلا جزية عليه وقال الترمذي روي عن قابوس عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم
مرسلا ورواه احمد في مسنده والدارقطني في سننه وسكت عنه وقد روي اللفظ الذي فسره به سفيان
وقال الطبراني في معجمه الاوسط باسناده عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم من اسلم فلا جزية عليه م ولانها ش
ولان الجزية م وجبت عقوبة على الكفر ولهذا م ايضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر تسمى جزية وهي ش
اي الجزية م والجزاء واحد ش يعني انما سميت جزية من الجزاء لانها عقوبة تقع جزاء على الاصرار على الكفر م
وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ش ولا تقام الجزية بعد الموت يعني لا يوخذ بعد موت
من عليه الجزية ان خلف شيئا لان الموت كالقتل ولهذا يستوفي بطريق الذل والصغار فصحتو بالجناية والاهانة

اعظم

اعظم من الكفر وعقوبة الكفر من الدنيا لا تكون الا بدفع الشر وقد كان بالموت والاسلام فيسقط وهذا
معنى قوله ولان الشرع العقوبة في الدنيا لا تكون الا بدفع الشر وقد اندفع ش اي الشر م بالموت والاسلام ش اي
بموت من عليه الجزية او باسلامه ايضا واما شرع العقوبة في الاخرة بالعذاب الاليم المستمر م ولانها ش ولان
الجزية م وجبت بدلا عن النصرة في حقنا ش اراد ان وجوب الجزية شرعت مصرفة لكفاية للغزاة م وقد قدر
عليها ش اي على النصرة م بنفسه بعد الاسلام ش فسقطت لقدرته على الاصل والعصمة تثبت م وهذا جواب
عن قول الشافعي انها وجبت بدلا عن العصمة بيانه ان العصمة ثابتة م لكونه ادميا ش يعني من حيث انه ادمي
خلق معصوما يحملون الدم لكونه مكلفا فلا يتاتى له القيام بامور التكليف لا بكونه معصوما وانما بطلت عصمته
بعارض الكفر ثم لما اسلم عادت العصمة فصارت العصمة به لا بقبول الجزية وللقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة بلا
ولكنها ساقطة بالكفر فالجزية بعدها على من كانت بدلا فكانت بدلا **والجواب** انها لو كانت بدلا عن
العصمة فاما ان يكون عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول لوقوع الغنية عنه ولا الى الثاني لان
الاسلام يغني عنها م والذمي يسكن في ملك نفسه ش هذا جواب عن قوله او عن السكنى بيانه ان الذمي انما يسكن اما
بالشراء او غيره من اسباب الملك م فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى ش يعني لا فائدة لايجاب البدل لسكناه
في موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التاقيت لان الاجارة مشروطة
ولم يشترط التاقيت في السكنى دل على ان السكنى لم تكن بطريق الاجارة م واذا اجتمع عليه ش اي على الذمي م
والحولان في ذلك الحولان الكاملان اي جزيتا الحولين بحذف المضاف واقيم المضاف اليه مقام ذلك وفي
بعض النسخ ان اجتمعت عليه الحولان تانيث الفعل باعتبار تقدير جزيتا الحولين كما ذكرنا **وقال** الاترازي في مختصره
ويجوز ان يراد بالحولين الجزيتان مجاز اطلاق اسم المحل على الحال او انثت الفعل على تاويل السنة لان الحول في معناها
تداخلت ش اي الجزية هذا لفظ القدوري اثبته في لفظ الاقطع م وفي الجامع الصغير ومن لم يوخذ منه
خراج راسه حتى يضرب مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يوخذ ش اي لا يوخذ منه م مضى م وهذا عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يوخذ منه ش يعني عما مضى م وهو قول الشافعي قال ش وبه قال احمد ومالك
يوخذ منه اذا كان فقيرا لم يوخذ منه لعشر م اذ الفقير لا جزية عليه عنده ش وان مات عند تمام السنة ش اي
عند تمام السنة الاولى لم يوخذ منه في قولهم جميعا ش اي في قول اصحابنا المذكورين والشافعي م وكذلك ش اي
لا يوخذ م ان مات في بعض السنة ش لانه ان مات قبل الوجوب فلا شبهة فيه وان مات بعد الوجوب فقد
سقط بالموت عندنا خلافا للشافعي م اما مسالة الموت فقد ذكرناها ش اشار به الى قوله ولان شرع العقوبة في
الدنيا لا تكون الا بالدفع والشر وقد اندفع بالموت والاسلام **وقيل** خراج الارض على هذا الخلاف م يعني تداخل
الحولان عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل لا تداخل فيه ش اي في الخراج م بالاتفاق ش ووجه الفرق بينهما
ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفاوت الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى جارية ارضا خراجية يجب عليه الخراج
فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وتفاوت وبقاء ولهذا لم يشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل
م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م في الخلافية ش اي فيما اذا اجتمع عليه حولان م ان الخراج وجب عوضا ش اي عن
حقن الدم وعن السكنى م والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها يستوفي ش كما في سائر الاعواض م وقد
امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين ش بخلاف ما اذا اسلم لانه يتعذر استيفاؤه م ولان الموت يتوفر لا يتاتى فيتعذر استيفاؤه
من الوجه الذي وجب ش ولابي حنيفة انها م ولان الجزية ش وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه م واذا
به ما ذكر قبل هذا بقوله ولانها وجبت على الكفر م ولهذا ش اي ولكونها وجبت عقوبة م لا يقبل منه ش اي من الذمي
م لو بعث ش اي جزيته م على يد نائبه في اصح الروايات ش وهنا ثلاث الروايات بين المصنف منها رواتين الاول
هي قوله لا يقبل وقوله م بل يكلف الحاجة من تتمة هذه الرواية وهو قوله يكلف ش اي الذمي م الا ان ياتي به
ش اي فيما وجب من الجزية م بنفسه ش ياتي بنفسه م فيعطي ش حال كونه م قائما والقابض منه قاعدا وفي رواية ش
هذه الرواية الثابتة م وهي ان ش ياخذ ش اي القابض م بتلبيبه ش والتلبيب اخذ موضع اللب في الثياب واللبب
موضع القلادة من الصدر م ويهزه ش اي يهز القابض الذمي م ويقول اعط الجزية يا ذمي ش اي يا عدو الله ثم
وفي شرح الطحاوي يوخذ منه الجزية بطريق الاستحقاق له حتى يصفع حالة الاخذ واذا كان الامر كذلك م
فثبت انه ش اي ان المدبر يوخذ منه وهو الجزية م عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت ش اذا كانت
من جنس واحد كالحدود اذا اجتمعت من جنس واحد تتداخل م لانها ش اي ولان الجزية م وجبت بدلا

عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا ش اي بدلا عن النصرة في حق المسلمين م كما ذكرنا ش عند قوله فيما تقدم عن قريب ولانها وجبت عن النصرة في حقنا لكن في المستقبل ش هذا استدراك من قوله لانها وجبت بدلا عن القتل انما يظهر في المستقبل لان القتل انما يستوفي للحراب لا الى الماضي قايم في الحال لان الحراب ماض لان الماضي فات م ولذا النصرة ش اي ولذا لون النصرة في حقنا قايم في المستقبل لان الماضي وقت الغيبة عنه ش لعدم قابليتها في الماضي الفايت م ش قول محمد في الظهرة ش اشار به الى قول محمد ش يعني معناه مصنف حتى يتحقق اجماع الحولين لانها عند احد الحول تجب وهذا صرح في ابحار اشار اليه بقوله الى ما ذكره في نقله في الجامع الصغير عن مذهب ابي حنيفة في الجزية بقوله م وجاءت سنة اخرى جملة ش اي حمل المجي بعض المشايخ على المضي مجازا ش لان كل شي مجي اوله وجود المجاز ان مجي الشهر ملتزم مضي الاخر لا محالة وذكر اللزوم واراده اللازم ليتحقق الاجماع مجازا م وقال ش اي بعض المشايخ م الوجوب ش اي وجوب الجزية م باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجماع ش اي اجماع الحولين م فيتداخل حينئذ الحولان م وعند البعض ش اي بعض المشايخ ش اي المجي م هو جري على حقيقته ش اي على حقيقة المجي وهو دخول السنة م والوجوب ش اي وجوب الجزية ش اي عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجماع بمجرد المجي م اي يتحقق اجماع الحولين بمجرد مجي السنة الثانية والتاخير الى الحول تخفيف وتاخير عند ابي حنيفة ولذلك قال هو في الزكوة انما تجب في الحول م والاصح ان الوجوب ش اي نفس الوجوب م عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في اخره ش اي في اخر الحول وبه قال احمد م اعتبارا بالزكوة ش اي قياسا على الزكوة حيث يوخذ في اخره م ولنا ان ما وجب بدلا عنه ش اي عن القتل او القتال لا يتحقق الا في المستقبل كما قررناه ش اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفي للحراب قايم في الحال لا الحراب ماض كذا قاله الاترازي وقال الكاكي قوله على ما قررناه هو الجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وذا انما يتحقق في المستقبل لا في الماضي فكذلك وجب ان يكون الحكم في بدلهما كذلك ايضا وهو ان لا يجب لنصرة ماضية ويجب لنصرة مستقبلة ينبغي ان يجب في اول الحول ليتحقق شبهه وهو وجوب النصرة عليهم بالمال بخلاف الزكوة لانها تجب في المال النامي الا ليتمكن من الاستنما لاشتمال الحول على الفصول الاربعة م فتعذر ايجابه بعد مضي الحول ش يعني انما وجبت لما لم يتحقق الا في المستقبل تعذر ايجابه بعد مضي الحول يعني فتعذر ايجاب ما وجب بعد مضي الحول م فاوجبنا في اوله ش اي في اول الحول لانه اول اوقات امكان الوجوب

فصل اي هذا فصل في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا وما يتعلق بالسكنى وغيرها من احوالهم م ولا يجوز احداث بيعة ش بكسر الباء م ولا كنيسة في دار الاسلام م يقال لمتعبد اليهود والنصارى تعددهم ولذلك البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا خصا في الاسلام ولا كنيسة ش هذا الحديث رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصا في الاسلام ولا بنيان لبيعة مضعفة ورواه ابو عبيد القاسم ابن سلام بلفظ المصنف وروى ابو عدي في الكامل عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة في الاسلام ولا تبنى ما خرب فيها وفي سنده سعيد ابن سنان واعله به وقال عامة رواته غير محفوظ وعن احمد ابن معين ضعيف وقال ابن القطان وفيه من الضعفاء غير سعيد ابن سنان وهو محمد ابن جامع ابو عبد الله العطار قال ابو زرعة ليس بصدوق وفيه ايضا سعيد بن عبد الجبار ضعيف بل متروك وحكى البخاري وابن جرير عن ابن حميد كان يكذبه قوله لا احصاء بكسر الحاء مصدر احصاه اي نزع خصيته والاخصاء في معناه خطاء ذكره في المغرب والوجه في الجمع بين الخصاء والكنيسة ان الخصاء نوع ضعيف ليس في النسل بل ذا الكنيسة في دار الاسلام يورث الضعف في الاسلام وفي الخصاء تغيير عليه اصل الخلقة وكذا في بناء الكنيسة تغيير عليه شعار الاسلام قلت الاوجه ان يقال سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخصاء واتفق ان سائلا اخر سئل عن الكنيسة فاجابهما بقوله لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة وهذا من الفيض الالهي فليتامل م وقيل المراد به النهي والاستماع من الشام م والمراد احداثها ش اي المراد من قوله عليه السلام ولا كنيسة اي احداث الكنيسة وقيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون منها كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز احداث شيء فيها بالاجماع وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي واحمد في رواية يجب هدمه وعندنا يامرهم الامام ان يجعلوا كنايسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لا يهدمها هذا اذا صالحهم بعد الفتح ان يجعلهم ذمة وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية لان الصحابة رضي

رضي الله تعالى عنهم فتحوا الكثير من البلاد عنوة ولم يهدموا كنايسهم وكتب عمر ابن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه الى عماله لا تهدموا بيعة ولا كنيسة وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على الارض لهم م ولنا ان الخراج لنا جاز احداثهم وان صالحهم على الارض او على الدار لنا ويودون الجزية فالحكم في الكنايس على ما وقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث في البيعة في الكنيسة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير والاولى ان يصالحهم على قدر ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث ولو وقع الصلح مطلقا لا يجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع م وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنايسهم لا يمنع م وان انهدمت البيعة والكنيسة القديمة اعادوها ش المراد من القديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحتهم على اقرارهم على بلدهم واراضيهم ولا يشترط ان يكون في زمن الصحابة والتابعين لا محالة م لان الابنية لا تبقى دايما ولما اقرهم الامام عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه ش اي لان النقل م احداث في الحقيقة ش وقال محمد رحمه الله في سواد رهشا نهران انهدمت كنيسة من كنايسهم او بيعة او بيت نار فلهم ان يبنوها كما كانت وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع اخر في المصر بقوله ان يبنوها كما كانت يريد به قدرنا الاموال اما الزيادة على البناء الاول الممنوع لانه احداث بيعه في المصر م والصومعة ش قال الجوهري فوعلة يعني وزنها فدل على الواو فيه زايدة وهي بيت يبني براس طويل التعبد فيها بالانقطاع عن الناس وهو معنى قوله م للتخلي فيها بمنزلة البيعة ش انما قال بمنزلة البيعة يعني لا يجوز احداثها مثلا كما لا يجوز احداث البيعة م بخلاف موضع الصلاة في البيت ش حيث لا يمنع يعني اذا عين موضعا في البيت للصلاة فيه لا يمنع منه م لانه تبع للسكنى ش اي لانه تابع لسكنه فيكون في جملة مسكنه م وهذا في الامصار ش اي عدم جواز احداث البيعة والكنيسة في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعاير ش اي شعاير الاسلام م فلا يعارض باظهار ما يخالفها ش اي ما يخالف الشعاير م وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك ش اي من احداث البيعة والكنيسة م في القرى ايضا لان فيها بعض الشعاير ش مثل الاذان واقامة الصلوات بالجماعة م والمروي عن صاحب المذهب ش وهو الامام ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه اي الذي ابو حنيفة رضي الله عنه من عدم المنع عن احداث الكنيسة والبيعة في قرى الكوفة لان اكثر اهلها كانوا اهل ذمة م لم يكن فيها موضع بتنفيذ الاحكام يعلمهم ثم يرد المنع من الاحداث وثابت في الفتاوى الصغرى اذا ارادوا احداث البيع والكنايس في الامصار يمنعون بالاجماع اما في السواد ذكر في العشر والخراج انهم يمنعون وفي الاجارات انهم لا يمنعون واختلف فيه قال مشايخ بلخ يمنع وقال الفضلي ومشايخ بخاري لا يمنع وذكر شمس الايمة السرخسي الاصح عندي انهم يمنعون عن ذلك في السواد هل يهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها الا في الامصار وذكر في الاجارات لا تهدم البيع القديمة بل تترك وذكر في العشر والخراج انها تهدم م وفي ارض العرب يمنعون من ذلك ش من احداث البيع والكنايس في امصارها وقراها لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ش هذا الحديث رواه اسحق ابن راهويه في مسنده اخبرنا النضر بن شميل اخبرنا صالح بن ابي الاخضر عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي توفي فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب انتهى انما سميت بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها وقيل لانحسار الماء عن موضعها واختارت القطع لانها جزرت عنها المياه التي حواليها لبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقال الازهري سميت جزيرة لان بحر فارس وبحر السواد احاط بجانبيها يعني الجنوبي واحاط بجانب الجنوبي ايضا وقال ايضا والشمالي دجلة والفرات واسند ابو داود عن سعيد ابن عبد العزيز قال جزيرة ما بين الوادي الى اقصى اليمن الى تخوم العراق الى البحر وقال المنذري في مختصره وقال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروى عنه انها الحجاز واليمن واليمامة وما لم يبلغه ملك فارس والروم وحكى البخاري عن المغيرة انها مكة والمدينة وقال الاصمعي هي اقصى البلاد الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى طي الشام وقال ابو عبيد قال ابو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر ابي موسى الى اقصى اليمن في الطول واما العرض ما بين رمل يبرين الى منقطع السماوة وفي شرح ديوان الفرزدق حفر ابي موسى ما البلعين الى حين منازل من البصرة وقال وقال ابو عبيد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم باخراج اليهود والنصارى من هذا كله م ويوخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ش بكسر الزاي وتشديد الياء الزي الهيئة واصله زوي قلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء م وبراكبهم جمع مركوب م وسروجهم ش جمع سرج م وقلانسهم جمع قلنسوة م ولا يركبون

الحلل ولا يركبون شيء من ذلك ولا يحملون السلاح وفي الجامع الصغير انما ذكر لفظ الجامع الصغير ليعلم انا ذكره لتفسير
ما ذكره القدوري لان المذكور فيما قبله لفظ القدوري ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات وهو جمع كستيج
وتفسيره الكرخي بالخيط يعقده على وسطه وقال ابو يوسف الكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق
ثيابه فوق ما يتزين به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقال فخر الاسلام في تفسير الكستيجات هي اعلام الكفر وهو فا
رسية معربة وحقيقته العجز والذل بلغة العجم م والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف بضم الهمزة والكاف الثقيلة
وتفسيره ما قاله الكرخي في مختصره وهو ان يكون على قربوس السرج مثل الرمانة م وانما يؤخذون بذلك ش
اي ما ذكره من الاشياء م اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ش في الدين لا في البدن حتى يميلوا اليهم بان
وراهم اصحاب النعمة والخفض والدعة فيقولون ان المؤمنين في سعة ومحنة واهل الذمة في راحة ونعمة
فلذلك وجب تمييزهم باعلام وآثار تدل على الذل ولا يتركون يتحلون ولهذا كان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه
يامر عماله من اهل الذمة م ولان المسلم يكرم ش لاجل اسلامه م والذمي يهان ش لاجل كفره م ولا يبدا ش
الذمي بالسلام م ويضيق عليه الطريق ش يعني يلجا الى اضيق الطرق م فلو لم تكن علامة مميزة ش على صيغة اسم
الفاعل من التمييز م فلعله ش اي فلعل الذمي يعامل ش على صيغة المجهول م معاملة المسلمين وذلك لا يجوز ش
والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده في وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء ش اي
فان الزنار جفاء ش اي حرف وترك لحرمة او للحرمة م في حق اهل الاسلام م والابريسم معرب والعرب خلطتها
ليس من كلامهما قال ابن السكيت هو بكسر الهمزة والراء وفتح السين وقال التمرتاشي يكتفى في كل بلد من العلامة
بما يتعارفه اهله لان المقصود يحصل بهذا فعلم ان الاقتصار على هذه العلامة المخصوصة غير لازم م ويجب ان
يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات م كالجلاجل وغير ذلك لذا قال شمس الائمة السرخسي في شرح
الجامع الصغير وقال ايضا ولذلك من يكون بروزه من نسائهم يؤمر باتخاذ علامة فوق الملاءة لتتميز بذلك عن
المسلمات وان كانت ممن لا تخرج لا تحتاج الى العلامة م ويجعل على دورهم علامة لئلا يقف عليها سائل يدعو لهم
ش لان فيه اهانة لمسلم فضلا ان يدعو له في نفس الامر حيث يدعو العدو والله تعالى يحب ذلك وقوف المسلم على باب
اهل الكفر ذلك واهانة لمسلم فضلا ان يدعو له م قالوا ش اي قال مشايخنا الارض ان ينبغي ان لا يركبوا الا
ش كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه ولذا ان استعان بهم الامام في الحرب م واذا
ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمتهم الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت م وفي
هيئة الاكف اذ السرج للغزاة والعلماء ويكره للنساء الركوب على السرج لانهن لسن من اهل الجهاد ويمنعون من
الثياب وتختص به اهل العلم والزهد والشرف م هكذا امر عمر رضي الله عنه اهانة لهم م ومن امتنع من اداء
الجزية او قتل مسلما او سب النبي صلى الله عليه وسلم وزنى بمسلمة لم ينقض عهده وقال اصحاب الشافعي ينتقض العهد
بجميع ذلك لذا ذكر في شرح الاقطع م لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق
ش يعني التزام الجزية فيكون على عهده ولقد طول الاترازي هنا في كلامه والنزر ما يعجبني وانا انقله سبه
النبي صلى الله عليه وسلم ولقد سبه الله تعالى ذا الوجه مع اصحاب الشافعي م وقال الشافعي رضي الله عنه سبه
النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا ش اي لعهده م لانه ينقض ايمانه ش يعني تقدير لو كان مسلما وكان سب النبي
صلى الله عليه وسلم كان ينقض ايمانه وقال الشافعي اذا امتنع من بذل الجزية وقبول احكام الاسلام ينتقض عهده ولا
ينتقض بزنا بمسلمة او ان يصيبها بنكاح او يفتن مسلما عن دينه او يقطع الطريق او يؤوي الى الكفار عينا
او يدل على عورات المسلمين وبه قال مالك واحمد وقال مالك ينتقض باكراه المسلمة على الزنا وفي سب النبي
صلى الله عليه وسلم او ذكر الله تعالى بما لا ينبغي للشافعي قولان احدهما ينتقض والثاني لا وفي شرح الوجيز ان الجزية
مع القدرة انتقاض للعهد وبالعجز لا لذا قرره الشراح رحمهم الله تعالى فكذا ينتقض امانه ش اي امانه الذي كان له بعقد
العقد اذ عقد الذمة خلف عنه ش اي عن الايمان م فينتقض امانه ش اي امانه كان له بعقد العقد م ولنا ان
سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه ش اي من الذمي م فالكفر المقارن ش اي المقترن به م لا يمنعه ش اي لا يمنع
الامان فالطارئ ش اي الكفر الطارئ اي العارض م لا يرفعه ش اي الامان م ولا ينتقض العهد الا ان يلتحق
بدار الحرب او يغلبوا ش اهل الذمة على موضع فيحاربوننا حربا علينا فيجري عقد النكاح وعقد الذمة عن الفائدة
وهو دفع شر الحرب م واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد م وفيه المصير بقوله لانه التحق بالاموات ش
معناه في الحكم بموته باللحاق كما تقدم ش يعني اذا تاب او رجع يقبل وان لحق بدار الحرب التحق بالاموات فتقسم

تركته

تركته ما يفعل في تركة المرتد فان خلف امراة ذمية في دار الاسلام بانت منه لتباين الدارين واذا
الحقت معه بدارهم ثم عاد الى دارنا فهما على نكاحهما الا ان الذمي اللاحق بدارهم اذا غلب عليها يسترق
والمرتدة ما دامت في دارنا تسترق فاذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت استرقت وتجبر مع ذلك الى الاسلام م
ولذا في حكمهم ما جعله من ماله ش يعني ان الذمي الناقض للعهد اذا اخذ من ماله يكون فيا للمسلمين اذا ظهروا عليه
مال المرتد اذا دخله الى دار الحرب م الا انه استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد اي لان الذمي ش لو اسر يسترق
خلاف المرتد فانه اذا اسر لا يسترق بل يقتل اذا اصر على استرداده ولذا يجوز وضع الجزية على ذمي نقض العهد
ولحق بدار الحرب خلاف المرتد فصل ش اي هذا فصل في بيان احكام نصارى بني تغلب وذ[كر] لرها
في فصل على حدة لان حكمهم يخالف حكم سائر النصارى وبنو تغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون
العين المعجمة وكسر اللام تغلب بن وائل من قاسط ابن هنب ابن افصى ابن دعمي ابن جديلة ابن اسد ابن ربيعة
ابن نزار انتقلوا في الجاهلية الى النصرانية فدعاهم عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه الى بذل الجزية فابوا
ونفروا وقالوا نحن عرب خذ منا كما ياخذ من بعض الصدقة فقال لا اخذ من مشرك صدقة فاخذ بعضهم فقال
النعمان ابن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم باس شديد وهم عرب يانفون من الجزية فلا تعن عدوك عليك
بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم القول اي لرده فاجمع
الصحابة على ذلك وقال به الفقهاء م ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين لان عمر
رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة ش تقدم هذا في كتاب الزكاة في اخر باب زكاة الخيل م ولا يؤخذ من
نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم هذا لفظ القدوري في مختصره وهو في ظاهر الرواية وقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير روى الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة انه قال لا يؤخذ من نساء بني تغلب شيء وذكر عن ابي
الحسن الكرخي رحمه الله تعالى انه قال هذه الرواية اقيس لانه لا يؤخذ من نساء اهل الذمة جزية فكذلك لا يؤخذ
من نسائهم تغلب مضاعفة الصدقة لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا
المضاعف م لا تجب عليهم وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم ايضا م وفي بعض النسخ من نسوانهم ش وهو قول
الشافعي ش اي قول زفر وهو قول الشافعي م لانه ش اي لان الذي يؤخذ منهم م جزية في الحقيقة على ما
قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ش اي هذه الصدقة المضاعفة جزية فيما فيما شئتم اي
سموا وهذا ايضا تقدم في باب زكاة الخيل في كتاب الزكاة واما صبيانهم فلا يؤخذ منهم شيء ولذا مجانينهم وعن
احمد تجب عليهما الزكاة م ولهذا ش اي ولكونها جزية في الحقيقة م يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان
ش فلا يؤخذ شيء من نساء بني تغلب ايضا م ولنا انه ش اي الماخوذ منهم م مال وجب بالصلح والمراة من اهل
وجوب اهلها عليها ش اي من وجوب بدل الصلح فيجب عليها ش والمصرف مصالح المسلمين ش هذا جواب عن قوله
يصرف مصارف الجزية تقريره ان يقال ان لا نسلم ان كون مصرفه مصرف الجزية يدل على انه جزية لان مصرف
م هو لانه مال بيت المال وذلك ش اي مصرف مصالح المسلمين م لا يختص بالجزية ش وحدها بل يوضع فيه
خراج الارضين والجزية وما اهداه اهل الحرب وغيرها م الا ترى انه لا يراعى فيه ش اي الماخوذ منهم م ا
شرائطها ش اي شرائط الجزية بوصف الصغار وغيره من عدم القبول من النائب والاعطاء قائما وا
القابض قاعدا واخذ القليب والهز م ويوضع على مولى التغلبي والخراج ش هذا من مسائل الجامع الصغير
ونفس المص بقوله ش اي الجزية م لانها خراج الراس ومولى التغلبي معتقه م وخراج الارض ش اي موضع
عليه خراج الارض م بمنزلة مولى القرشي ش يعني لا يؤخذ الجزية والخراج من القرشي ويؤخذ من مولاه فكذا
هنا م وقال زفر يضاعف ش اي يضاعف على مولى التغلبي م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله
عليه وسلم م ان مولى القوم منهم ش هذا الحديث تقدم في باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز ووجه
استدلاله به ظاهر لان مولاه عليه التضعيف فعليه كذلك لانه منه وهو المروي عن عامر الشعبي ايضا م الا
ترى ان مولى الهاشمي يلحق به لانه بظاهر الحديث فكذلك مولى الهاشمي لانه منه ولنا هذا ش اي اخذ مضاعف
الزكاة م تخفيف م بمعنى انه ليس فيه وصف الصغار وبخلاف الجزية م والمولى يلحق بالاصل فيه ش اي في التخ[فيف]
م ولهذا ش اي ولكون المولى لا يلحق الاصل بالتخفيف م موضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا م ولم يلحق
مولاه في ترك الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف واعلاها واولاها م بخلاف حرمة الصدقة ش
جواب عما يقال حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخلص عند التدنس بالاثام وقد الحق مولى الهاشمي

فيما بالهاشمي وتقرير الجواب ان صدقة الجزية بخلاف ذلك م لان الحرمات تثبت بالشبهات م ولهذا ثبتت
الحرمات ملحقة بالحقيقة م فالحق المولى بالهاشمي في حقه ش اي في حق ما هو لمولاه وهو حرمة الصدقة م ولا يلزم
موالي الغني ش جواب عما يقال ما بال الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة من ان الحرمات
تثبت بالشبهات موجودة فاجاب بقوله ولا يلزم الغني علينا م حيث لا يحرم عليه ش اي على الغني الصدقة لان
الغني من اهلها ش اي من اهل الصدقة في الجملة الا ترى انه اذا كان عاملا يعطى من الصدقة ما يكفيه ولذا
يجوز له مال اخذ الزكوة م وانما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس له لهذه الصلة اصلا لانه صين
ش اي حفظ وهو مجهول صان واصله صون قلبت الواو الفا لتحركها وانفتاح ما قبلها واصله صين صون قلبت
الواو ياء ثم ابدلت ضمة الواو لاجل الياء م لشرفه ش اي لاجل شرفه وكرامته عن اوساخ الناس م وذلك لاجل
التعظيم لقول النبي صلى الله عليه وسلم فاذا كان الامر كذلك م فالحق به ش اي بالهاشمي م مولاه لانه منه ولم
يذكر جوابا عن الحديث وجوابه ورد خلاف القياس فاقتصر على مورد النص وهو حرمة الصدقة خاجة فلم يتعد
الى غيرها لان ذلك كان اظهارا لافضل مراتب النبي صلى الله عليه وسلم الى الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك
في شيء م وما جباه ش اي وما جباه اي وما جمعه الامام من الخراج ش اي من خراج الاراضي م ومن اموال بني تغلب
وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور ش وهو جمع ثغر وهو موضع مخافة
البلدان م وبناء القناطر ش وهو جمع قنطرة وهو ما يحكم بناؤه ولا يرفع م والجسور ش جمع جسر وهو ما يوضع ويرفع
م ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم ش بضم العين وتشديد الميم جمع عامل م وعلماؤهم منه ش اي من الذي جباه
من الاشياء المذكورة م ما يكفيهم ش اي ما يكفي القضاة وعمال المصر والعلماء م ويدفع منه ش اي من الذي جباه
ايضا ارزاق المقاتلة وذراريهم ش اي وارزاق ذراريهم لان نفقاتهم واجبة عليهم فلو لم تكف مؤن الذراري
اباؤهم لم يتفرغوا للقتال وليطل من الجهاد الذي من اعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة باسباب النفقات
للذراري ش اي لان الذي جباه الامام م مال بيت المال فانه وصل للمسلمين من غير قتال م وهو ش اي المال الذي
م معد لمصالح المسلمين وهؤلاء ش اي القضاة وعمالهم والعلماء عملتهم ش اي عملة المسلمين وهو جمع عامل م
الذاري من الابناء فلم يعطوا لفاتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغوا للقتال ش وقد شرحناه الان م ومن مات
ش اي من المذكورين في نصف السنة فلا شيء له من العطاء م وهو ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر الدين
ش لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وانما وضع المسالة في نصف السنة
لانه لو مات في اخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد اوفى عناءه فيستحب الصرف وقريبه ليكون اقرب
الى الوفاء ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه في اخر السنة يعطى ولو اخذ في اولها ثم عزل او مات قبل مضيها
قيل يجب رد ما بقي من السنة قيل على قياس نفقة المراة لم يجب وقال محمد احب الي ان يرد الباقي كما لو عجل لها النفقة ثم
مات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما انه صلة من وجه فيقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في
الهبة ذكره في جامع قاضي خان والتمرتاشي م واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي ش انما قال ذلك
لانه في الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي صلى الله عليه وسلم واولاد المهاجرين والانصار

باب احكام المرتدين

ش اي هذا باب في بيان احكام المرتدين وهو جمع مرتد وهو الذي يرتد اي يرجع من دين الاسلام الى الكفر والعياذ
بالله تعالى ولما فرغ عن بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر الطاري لان الطاري انما هو بعد وجود
الاصلي م واذا ارتد المسلم والعياذ بالله عرض عليه الاسلام ش وفي الشرح واذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه
الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه م وفي بعض نسخ القدوري كشفت له لانه ش لان الذي ارتد م عساه
ش اي لعله م اعترضت له شبهة ش وفي بعض النسخ اعترت له شبهة يقال عراه واعتراه يعني اتاه م فتزاح
ش اي تزاح من الازاحة ش وفي بعض النسخ فتزاح عنه ش اي الذي ارتد م وفيه ش اي وفي عرض الاسلام م دفع
شره ش اي دفع شر المرتد م باحسن الامرين ش اراد بهما الاسلام والقتل م واحسنهما الاسلام ش لان الترغيب
ش اي عن ان عرض عليه الاسلام م على ما قالوا ش اي مشايخ الاسلام م الا ان العرض ش غير واجب لان الدعوة
بلغته م لانه لا عذر له ولكن العرض عليه مستحب وفي الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين لان رجاء
عوده الى الاسلام قائمة على ما يجيء ش ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم م فبها ونعمت ش والا قتل م وان لم يسلم قتله

بعد ثلاثة ايام قيل الى هنا كلام القدوري مع شرح المصنف اياه م وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام
فان ابى قتل ش يعني مكانه وذكر في شرحه المسلم يرتد انه يقتل حرا كان او عبدا وقال نجم الاسلام ولا يؤخر الا ان
يستمهل لانه قد ثبت بعد المعرفة فلا يعقوله م وتاويل الاول ش وهو قوله ثلاثة ايام م انه ش اي ان المرتد م
يستمهل ش على صيغة المعلوم من الاستمهال وهو طلب المهلة حاصل معناه انه اذا طلب المهلة م فيمهل ش على صيغة
المجهول من الامهال ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار م بكسر الهمزة ش اي لاختبار الاعذار م كما في قصة
موسى وشرط الخيار والعبد الصالح وانه لم يطلب المهلة فالظاهر من حاله انه تعنت من ذلك فلا باس بقتله الا
انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة الكافر بلغته الدعوة فان قلت تقدير المهلة ههنا بثلاثة ايام من باب
الحكم بالراي فيما لا مدخل للعقل فيه لانه من المقادير قلت بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص
لان ورد النص في خيار البيع بثلاثة ايام وورد فيه لان التقدير بثلاثة ايام هنالك كان للتامل والتقدير ههنا
هنا ايضا للتامل م وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك ش اي الامهال
م او لم يطلب وعن الشافعي ان الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون
عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناها بالثلاث ش وقال الكاكي ومدة الاستتابة ثلاثة ايام عند
مالك واحمد والشافعي في قول وفي اصح قوليه ان تاب في الحال والا قتل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
وهو اختيار ابن المنذر وعن علي رضي الله عنه انه استتاب شهرا وقال الثوري يستتاب ما رجي عوده وقال النخعي يستتاب
ابدا وهذا يقتضي ان لا يقتل ابدا وهو مخالف للسنة والاجماع م ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال
وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ش هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم فروي عن
ابن عباس رضي الله عنه اخرجه البخاري في حديث استتابة المرتدين وفيه من بدل دينه فاقتلوه وروي عن معاوية
بن ابي حيدة اخرجه الطبراني في الكبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه
ان الله لا يقبل توبة عبد كفر بعد اسلامه وروي عن عائشة رضي الله عنها اخرجه الطبراني في معجمه عنها مرفوعا نحوه
سواء م ولانه ش اي ولان المرتد م كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير امهال م وانما قال كافر حربي لانه
ليس بذمي ولا مستامن اذ لا يقبل الجزية وما طلب الامان فكان الرجل حربيا فيقتل لاطلاق النص ولانه بنفس الردة
صار محاربا لاهل الاسلام فيقتل الا اذا استمهل فيمهل ثلاثة ايام لما مر ونقل الناطفي في ذات الاجناس عن كتاب
الارتداد لمحمد فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب من
الامام التاجيل اجله الامام ثلاثة ايام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التاجيل فانه لا يؤجله فان اسلم والا قتل وقال
الكرخي في مختصره فان رجع ايضا عن الاسلام فاتي به الامام بعد ثالثة استتابه ايضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله وان
هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم حبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله
حال انسان قد اخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد ما خلى سبيله فعل به مثل ذلك ابدا ما دام يرجع الى
الاسلام ولا يقتل الا ان يابى او يسلم وقال ابو الحسن الكرخي وهذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا
وروي عن علي وابن عمر رضي الله عنهم انه لا يقبل توبته بعد المرة الثالثة لانه مستخف مستهزئ وليس بتائب م
ولا ش اي فيه للحال من غير امهال م لانه ش اي لان الاسلام م لا يجوز تاخير الواجب ش وهو القتل م لامر موهوم
ش وهو اسلام المرتد م ولا فرق بين الحر والعبد ش اي لا فرق بين المرتدين يكون حرا او عبدا اذا ابى الاسلام
لاطلاق الدلائل م وهو قوله تعالى اقتلوا المشركين م وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وغيرهما من غير
فصل بين الحر والعبد م وكيفية توبته ش اي توبة المرتد ان يتبرا عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه
لا دين له ش يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية لوجب عليه ان يتبرا من ذلك ولكن ليس له دين
فلاجل هذا يتبرا عن الاديان كلها سوى دين الاسلام بعد ان ياتي بالشهادتين قال في شرح الطحاوي
سئل عن ابي يوسف كيف يستتاب فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله واتبرا
مما خالف عند الله وسرا من الذي انتحل وان يشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال ولم ادخل في هذا
الدين قط وانا بريء منه اي من الذي ارتد اليه فهي توبة ايضا كذا نقل الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي يوسف
وقال في شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله ويتبرا
من النصرانية وان كان يهوديا يتبرا من اليهودية ولذلك اذا كان كل ملة يتوقف عليها واما اذا قال اشهد
ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله فانه لا يكون مسلما لهذا الاسم لانهم يقولون هذا الاسم

اذا اسروا قالوا رسول الله الكلمة هذا في اليهود والنصارى الذين بين ظهراني اهل الاسلام واما اذا كان في
دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله فهذا
دليل الاسلام او قال محمد رسول الله وقال دخلت في دين الاسلام او قال دخلت في دين محمد عليه الصلاة والسلام
فهذا دليل اسلامه ذكره في باب المرتد م ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود لانه لا ملة للمرتد بعد ترك
ما كان عليه واما اذا تبرأ عما انتقل اليه حصل المقصود والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الائمة الثلاثة
م قال ش اي القدوري فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام كره ولا شيء على قاتله م لان القتل وجب عليه بالنص
بمجرد الكفر فلم يجب الضمان على قاتله لوجود المبيح ش ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب لان في القتل تفويت
المستحب وعند من قال بوجوب العرض يحرم قتله م وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح م للقتل ش والعرض بعد بلوغ
الدعوة غير واجب م لان الكافر اذا بلغته الدعوة لا يجب تجديد العرض عليه بل يستحب فكذا هنا وفائدة الاستحباب
حل قتله قبل العرض ش واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم م سواء كانت حرة او امة ولو قتلها قاتل لا يجب عليه
شيء م وقال الشافعي تقتل ش وبه قال مالك واحمد والليث والزهري والنخعي والاوزاعي ومكحول وحماد
وهو قول ابي يوسف ولا ذكره ابو الليث م لما روينا ش وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه من غير فصل بين الرجال
والنساء وروى الدارقطني ان امرأة يقال لها ام مروان ارتدت فامر عليه السلام ان تستتاب
فان تابت والا قتلت م ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فتناط بها ش اي تتعلق بها
م عقوبة مغلظة ش وهو القتل م وردة المرأة تشاركها فيها ش اي تشارك ردة الرجل في هذه العقوبة
فتشاركها في وجوبها ش وهو القتل م لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك فصار كالزنا وشرب الخمر
والسرقة وفيه نظر لان اثبات ما يندرئ بالشبهات بالرأي م ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل ش وروى الجماعة
الا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر ان امرأة وجدت في بعض مغازي في معرك النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن قتل
النساء والصبيان وفي لفظ البخاري ومسلم فانكر قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس بن مالك
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا
امرأة الحديث فاذا لم تقتل بالاصل الكفر فبالطارئ بطريق الاولى كالصبي وروى الدارقطني في سننه عن عبد الله
بن عيسى الجزري انبانا عفان بن شعبة عن عاصم بن ابي رزين عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل
المرأة اذا ارتدت قال الدارقطني هذا لا يصح الحديث على عفان وعمرو وهذا لا يصح عن النبي صلى الله عليه
وسلم والجواب عن الحديث الذي احتج به الشافعي انه عام متروك الظاهر لان من بدل دينه من اليهودية الى
النصرانية او من النصرانية الى اليهودية او من الكفر الى الاسلام لا يقتل مع وجود التبديل فيحمل على الرجل المرتد توفيقا
بين الحديثين م ولان الاصل تأخير الاجزية الى الدار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء م الذي هو
المدار عليه لان الناس يمتنعون حرفا من الجزية وصاروا في المعنى كالمجنون وفيه اختلال الابتلاء م وانما عدل
عنه ش اي عن هذا الاصل دفعا لشر ناجز م اي واقع ش وهو الحراب م يتعلق بالحراب اي بالابتداء م ولا يتوجه
ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية م يعني لانهن غير صالحة م بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية ش
اي كالكافرة الاصلية والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وقال الاكمل وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قتل مرتدة فقد قيل ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتلها بمجرد الردة لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله
صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ولدا كانت قاعدة وهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه
وسلم فامر بقتلها ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه ش اي
حق الله م اما بالحبس ش كما في حقوق العباد حبست لايفاء ما عليها من الحق م وفي الجامع الصغير امة ارتدت وابى اهلها
الصغير لاستخدامها على ذلك الخير والامرة والملازمة م وتحبس المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها
مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ش يعني ان امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار م من المولى ش واما الاجبار
من المولى م لما فيه الجمع بين الحقين م حق الله تعالى بعد الاقرار م من المولى ش واما الاجبار من المولى ش حق الله
تعالى وهو الجبر على الاسلام وحق العبد وهو الاستخدام وفي الايضاح قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان احتاج الى
خدمتها دفعها القاضي اليه وامره ان يجبرها على الاسلام ويرسل اليها كل يوم يهددها ويضربها اسواطا الى ان
تموت او تسلم فالصحيح انه يدفعها الى المولى احتاج او استغنى طلب او لم يطلب ليحبسها ويهددها المولى فان قيل المولى
الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف ذكرت الزام الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ابى يقتل فلا

في الدفع الى المولى وروي يضرب كل ايام مبالغة في الحمل الى الاسلام ش وعن الحسن ان المرتدة تضرب
كل يوم تسعة وثلاثين سوطا حتى تموت او تسلم م ويزول ملك المرتد عن امواله بردته ش اي بسبب ردته
زوالا مراعى ش اي محفوظا حتى يتبين حاله وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد في رواية والقاية في قوله
م فان اسلم عادت ش اي امواله م على حالها ش اي بقيت ملكا كما كانت م قالوا ش اي المشايخ م هذا ش اي الذي
ذكره القدوري من الزوال المراعى م قول ابي حنيفة رضي الله عنه عند ابي حنيفة وهو الاصح م وعندهما ش
اي عند ابي يوسف ومحمد لا يزول ملكه وبه قال الشافعي في قول واختاره المزني واحمد في ظاهر الرواية وقال
ابن المنذر اهل العلم على انه لا يزول ذمة بمجرد الردة لانه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف والا
الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه كالمقضي عليه بالرجم او القود وهو معنى قوله م كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص
ش وانه لا يزول باباحة دمه م وله ش اي ولابي حنيفة م انه ش اي ان المرتد م حربي مقهور ش اما كونه
حربيا فلكونه كافرا غير مستامن لانه كافر والحربي كذلك م واما كونه مقهورا فلانه تابى ان يقبل ففي ملكه
يجب ابدا حتى يقتل ش وقد م ولا قتل الا بالحراب فكان القتل هنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح
لهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق اللزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه
وهو كونه حربيا م وهذا ش اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا م يوجب زوال ملكه ومالكيته بالاجماع على
زوال ملكه لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان
القائم المالكية مع بقاء الملك محال م غير انه ش اي غير ان المرتد م مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى
عوده اليه ش اي الى الاسلام وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف محتاج الى ما يتمكن به من اداء ما تكلف
فالنظر الى الاول يزول وبالنظر الثاني لا يزول م فتوقفنا في امره ش فقلنا بزوال موقوف م فان اسلم جعل
العارض كان لم يكن م وكان لم يكن في حق هذا الحكم ش اي في بقاء مالكيته على ملكه واحترز بقوله في هذا الحكم عن
حبوط عمله وعن بينونة امراته وعن وجوب تجديد كل الشهادة لان ردته لا تجعل كان لم يكن في حق هذه
الاحكام وصار كان لم يزل مسلما فلم يعمل م على صيغة المجهول اي السبب م اي لان السبب المزيل للملك وهو الارتداد
ولئن مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه م بدار الحرب م استقر كفره فيعمل السبب عمله
وزال ملكه م مستندا الى وقت الردة كما في البيع بشرط الخيار للمشتري م قال ش اي القدوري ولئن مات
او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال اسلامه الى ورثته المسلمين وقال الرازي فلو قال وان مات او
قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه كان اولى لان حكم الحاكم في اللحاق بعد موته يعني فيه نظر لانه معنى كلامه
قلت لم ينقل هكذا هنا لا لعناية بما ذكره قبله قيل انه تكرار قلت الآن الاول لم
لفظه والثاني لفظ القدوري م وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا م يعني غنيمة للمسلمين م وهذا ش اي المذكور
م عند ابي حنيفة ش وبه قال زفر والحسن كذا ذكره الكرخي م وقالا ش اي ابا يوسف ومحمد م كلاهما ش يعني
الكسبان جميعا م لورثته وقال الشافعي كلاهما فيء ش وبه قال مالك واحمد م لانه مات كافرا والمسلم لا يرث
الكافر وهو مال حربي لا امان له فيكون فيئا م يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه ضايع م ولهما
ش اي ولابي يوسف ومحمد م ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه ش اشارة الى قوله لانه مكلف
محتاج الى آخره م فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته ش هذا جواب عما يقال هذا توريث المسلم
من الكافر فاجاب بقوله ويستند ش اي الانتقال صرح في المبسوط ويستند التوريث م الى ما قبيل ردته م فيكون
كان لسبب الردة بسبب الاسلام ش اذ الردة سبب الموت ش ولما كان سببا للموت جعل موتا حكما م فكان
آخر جزء من اجزاء اسلامه آخر جزء من اجزاء حياته حكما م الى ما قبيل ردته ش فيكون كان لسبب الردة لسبب
الاسلام ش بهذه الحيلة م ولابي حنيفة انه يمكن الاسناد ش اي اسناد التوريث في كسب الاسلام
لوجوده ش اي لوجود الكسب م قبل الردة ولا يمكن الاسناد في كسب الردة لعدمه قبلها ش اي لعدم
الكسب قبل الردة م ومن شرطه ش اي ومن شرط اسناد التوريث م وجوده ش اي وجود
الكسب قبل الردة توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث
المسلم من الكافر وذلك لا يجوز م ثم انما يرثه ش اي انما يرث المرتد م من كان وارثا له حالة الردة و
وارثا الى وقت موته وفي رواية عن ابي حنيفة اعتبار الاسناد ش ذكر هذه الروايات تفريعا للتبيان
القدوري وهذه الرواية رواية الحسن عنه ان من كان وارثا له وقت ردته او ولد من علوق حادث

وبقي الى موته يرثه ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو اسلم بعد قرابته بعد ردته وولد من علوق
حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية م وعنه ش اي وعن ابي حنيفة هذه الرواية رواها ابو يوسف
عن ابي حنيفة م انه يرثه ش اي يرث المرتد م من كان وارثا له بعد الردة ولا يبطل استحقاقه ش اي
استحقاق الوارث م بموته ش قبل موت المرتد م بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت ش في حكم الموت
ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه ورثته فيه
فهذا مثله وعنه ش اي وعن ابي حنيفة هذه الرواية رواها عن ابي حنيفة م انه يعتبر وجود الوارث عند
الموت ش سواء كان موجودا عند الردة او حدث بعدها وفي المبسوط هذه الرواية هي الاصح م لان الحادث
بعد انعقاد السبب قبل تمامه ش اي تمام السبب م كالحادث قبل انعقاده ش اي قبل السبب فلا حر...
زمان الموت لان السبب يتم به حتى يرثه الولد الحادث بعد الردة قبل القتل او الموت وهذه بمنزلة الولد
الحادث بعد الردة وهذا قبل القتل او الموت م وبمنزلة الولد الحادث من البيع قبل القبض ش يعني الولد الحادث
في المشتراة قبل القبض حيث يكون له حصة من الثمن غير مضمونة حتى اذا هلك في يد البائع قبل القبض بغير
احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله متعلقا بالاصل كما كان كذلك لو كان الولد حادثا قبل انعقاد السبب وفي
قال في النهاية وحاصله ان على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا
الى وقت الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد وحدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان
وعلى رواية ابي يوسف يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الاول دون الثاني ...
م وترثه ش اي يرث المرتد م امراته المسلمة اذا مات ش اي المرتد م او قتل وهي في العدة م الواو فيه للحال
لانه يصيره فارا وان كان حالة ش اي المرتد صحيحا م وقت الردة ش لان الردة سبب للهلاك كالمرض ما
شبهت ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كان
في العدة وفي رواية ابي يوسف ترث وان نقضت العدة لان عنده يعتبر قيام السبب وقت الردة ذكره في
المبسوط فان قيل ابو حنيفة رضي الله عنه يستند التوريث الى ما قبل الردة ذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم
من المدخول بها وغير المدخول لان الردة موت وامراة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها او لم تكن اجيب
بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيجري فيه المدخول بها وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا
حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من اثار النكاح من الدخول
وقيام العدة م والمرتدة كسبها ش اي كسب المرتدة م لورثتها لانه لا حراب منها ش اي من المراة ومعنى هذا ان
عصمة المال تبع لعصمة النفس وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذا لا يجوز عصمة مالها فكان الكسب
ملكها فيكون ميراثا لورثتها فاذا لم تكن حراب منها م فلم يوجد سبب الفيء ش ولا يثبت عليه الحكم بلحاق الا
عند ابي حنيفة ش فان سببه في كونه محاربا في الحال او في المال باللحاق وحاصل الفرق ان عصمة المال تابعة
للنفس فالمرتدة لا تقتل فكما لا تسقط عصمة نفسها فكما لا يثبت عنه لما ذكرنا م ويرثها ش اي المرتدة م زوجها
المسلم ان ارتدت وهي مريضة ش الواو فيه للحال م لقصدها ابطال حقه ش اي حق الزوج بقصدها
من ميراث الزوج م وان كانت ش اي المرتدة م صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة
لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفار المريضة فلا
يرث زوجها منها م بخلاف المرتد ش متصل بقوله فلم يتعلق حقه بماله اذا مات وهي في العدة سواء ارتد في صحته
او مرضه لانه مستحق القتل فكان فارا اما لا يرتد اخر فورثته م فان لحق بدار الحرب ش حال كونه ش قال
كونه مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده ش جمع الدال كذا في شرح الطحاوي م وحلت
الديون التي عليه ش يعني ديونه المؤجلة م او نقله في دار الاسلام وحفظ الحاكم له وبه قال احمد ومالك
والذي نقله المصنف من الشافعي احد اقواله كذا قاله الاكمل وليس له الا قولان احدهما ما نقله والاخر ملكه
يزول م لانه ش اي لان لحاقه بدار الحرب م يوجب غيبته فاشبه الغيبة ش في دار الاسلام فلا يتغير حكم
ماله م ولنا انه ش اي ان المرتد م صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام م فلا يرد
الا ترى قوله تعالى ومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ش لانقطاع ولاية الالزام م هذا تعليل
لقوله وهم اموات لانه باللحاق ينقطع الاحكام كما ينقطع عن الميت وهو معنى قوله م كما في ش اي احكام
الاسلام م منقطعة عن الموتى فصار ش اي المرتد باللحاق م كالموت الا انه ش اي غير انه م لا يستقر

لحاقه

لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء م ليترجح جانب العود الينا ش واذا تقرر موته
ش اي موته الحكمي بالقضاء تثبت الاحكام المتعلقة به ش اي المرتد م وهو ما ذكرناه ش اي الاحكام المتعلقة
به ما ذكرناها من عتق مدبره وامهات اولاده وحلول ديونه المؤجلة ونقل الكسب الاسلامي الى ورثته كما في
الموت الحقيقي م اي كما تثبت هذه الاحكام في الموت الحقيقي م ثم يعتبر كونه ش اي كون حاصل المرتد م
وارثا عند لحاقه ش اي لحاق المرتد بدار الحرب م لان اللحاق هو السبب ش لزوال ملكه م والقضاء لتقرير ش اي
لتقرر السبب وقبل التقرير اللحاق وهما متغايران م لقطع الاحتمال ش اي لاحتمال العود الى دار الاسلام م وقال
ابو يوسف م وقت القضاء ش اي يعتبر كونه وقت القضاء اي يعتبر بقضاء القاضي واللحاق غيبة م والمرتدة اذا
لحقت واراد بدار الحرب فهي على هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف يعتبر وجود الوارث وقت
القضاء وعند ابي يوسف وقت اللحاق او معناه على هذا الذي ذكرناه من عتق المدبر وام الولد وحلول الدين ثم
ونقل الكسب الى الورثة لكن الى ورثة وقت اللحاق او الى وقت القضاء على الاختلاف م وتقضى الديون التي لزمته
في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال الردة هذا
كلام القدوري وهو قول زفر م قال ش اي المص م هذا ش اي هذا المذكور في القدوري رواية عن ابي حنيفة
رضي الله عنه م وعنه ش اي وعن ابي حنيفة م انه ش اي الدين وقال الاترازي اي ان الشان يبدا في قضاء الدين
بكسب الاسلام م وهذه الرواية رواها ابو الحسن عن ابي حنيفة م فان لم يف بذلك ش اي فان لم يف بذلك ش اي
فان لم يكن في كسب الاسلام م يقضى من كسب الردة وعنه م وعنه ش اي وعن ابي حنيفة م على عكسه ش وهذا رواية
ابو يوسف عن ابي حنيفة م وجه الاول ش اي وجه المذكور الاول م وهو قضاء دين على كل حال من كسب تلك الحال
م ان المستحق بالسببين ش احدهما بالسبب الواقع في حالة الاسلام م والاخر في حالة الردة م مختلف ش
لان الدين بالسبب الواقع في حالة الاسلام يخالف الدين الواجب بالسبب الواقع في حالة الردة ودخول كل واحد
من الكسبين م اي من كسب الاسلام وكسب الردة م باعتبار السبب الذي وجب به الدين م فلا جرم م فيقضي كل
دين من الكسب والمكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم ش اي باداء الغنم م وجه الثاني ش وهو الذي يبدا
فيه بكسب الاسلام م اي كسب الاسلام ملكه م اي ملك المرتد واوضح ذلك بقوله م حتى يخلفه الوارث فيه ش
بعد الفراغ لان حق الخلافة قوله فيه اي في كسب الاسلام ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث ش اراد ان
الوارث انما يكون خلفا عن الوارث عن الميت اذا لم يكن عليه دين فاذا كان عليه دين ش فيقدم الدال عليه ش
اي على الوارث م اما كسب الردة فليس مملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده ش اي عند ابي حنيفة
فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر اراد به كسب الاسلام م فحينئذ يقضي دينه ش اي من كسب
الردة لما لم يكن مملوكا له كيف يؤدى منه دينه اذا لم يكن لكسب الاسلام فاجاب بقوله م كالذمي يعني هذا نظير
لان الذمي اذا مات ولا وارث له ش الواو فيه للحال ش يكون ماله لجماعة المسلمين م ولو كان عليه دين يقضى
منه كذلك هاهنا ش اي اراد ذلك الحكم في هذا الوجه م وجه الثالث ش وهو البداءة من كسب الردة فان
لم يف به ش اي بكسب الردة م فحينئذ يقضي من كسب الاسلام كسبه لقدر ما لحقه ش اي لحق المرتد لان الدين
مقدم على الارث وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان هذا مناقض قوله اما كسب الردة فليس مملوك له لان
لبطلان اهلية الملك بالردة والثاني ان كون الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ
عن حق المورث والثالث ان قضاء الدين من خالص ماله واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه
اولى واجيب عن الاول بان المنفي خلوص الحق هنا هو ثبوت ان لا يتعلق حق الغير به كما يتعلق قال فيه ثم يكون خالص
بكونه خالص حقه لكونه ملكا الا ترى ان المكاتب خالص حقه فليس ملك له ولذلك الذمي اذا مات لا وارث له ثم
على ما ذكرنا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال قبل وزال الاسلام استقل بالردة ونسبه في الردة ثم
عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام لعرضيته ان يكون خالص حقه بالتوبة فكان احدهما
خالص حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول اولى وهذا على طريقة ابي حنيفة م وقال محمد وابو يوسف يقضي ديونه
من الكسب ش اي كسب الاسلام وكسب الردة جميعا لكونهما ملكه م حتى يجري الارث فيه وبه قالت الائمة الثلاثة قال القدوري
اي الذي باعه المرتد واشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او يتصرف فيه م اي الذي يتصرف فيه من امواله
ش يتعلق بقوله وما باعه م والعطوفات عليه يدخل فيه م فهو موقوف ش جملة اسمية في محل الرفع على
انها خبر المبتدا اعني قوله وما تضمن المبتدا معنى الشرط يدخل في خبر الفاء على ما عرف في موضعه واوضح معنى

الموقوف بقوله فان اسلم صحت عقوده م المذكورة ش وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت م هذه
العقود م وهذا ش اي كون هذه التصرفات موقوفة عند ابي حنيفة م انما قال المص هذا لان القدوري
لم يذكر الخلاف في الموضع ش وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين م احدهما الاسلام والثاني احد الوجوه
الثلاثة من الموت والقتل واللحاق وفي الشامل جميع تصرف المرتد في حال ردته من بيع وشراء وعتق وتدبير
وكتابة وهبة ووطي امة وادعاء نسب جائز ان اسلم وباطل ان لحق الا النسب فانه يثبت عند ابي حنيفة وعند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح من المريض ش اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام م منها
م نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق م ... قلت كيف يتعلق طلاق المرتد ومجرد الردة تبين المراة قلت
هذا ليس بممتنع الا يرى ان المسلم اذا ابان امراته ثم طلقها في عدتها جاز فكذا هذا ويمكن ان لا يقع البينونة الا
اصلا كما اذا ارتد الزوجان معا ثم طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال والسؤال وفي المحيط ان الفرقة التي تقع
بالارتداد يقع بعدها الطلاق فكان طلاق المرتد واقعا لو طلقت بالامانة بالطلاق البائن لانه لا يفتقر الى
حقيقة الملك م ويرجع الى قوله كالاستيلاد ش اي لان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك بدليل ان الاستيلاد
يصح في جارية الابن وان لم يكن فيها ملك لها بل له حق التملك في مال الابن لدفع حاجته والاستيلاد من حاجته م
وتمام الولاية ش يرجع الى الطلاق وفيه لف ونشر م اي لان الطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية الا يرى ان العبد
يصح بطلاقه مع انه لا ولاية له على نفسه اصلا ومن هذا القسم التابع لتسليم الشفعة وقبول الهبة الحجر على العبد
الماذون م وباطل بالاتفاق ش اي القسم الثاني من تصرفات المرتد باطل بالاتفاق بين اصحابنا م كالنكاح والذبيحة
لانه ش اي لان كل واحد من النكاح والذبيحة معتمد الملة م بلا خلاف بين العلماء م ولا ملة له ش اي المرتد
لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل فان قيل اي شيء يرتد بالملة ان اردت ملة الاسلام
ينتقض باهل الا ... وباهل الكتاب وان زيد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المسلم الذي هو الوسائل
في المشرك والمجوس فيما بينهم وليس لهم ملة سماوية واصلا مقررة والا محرفة قال عليه السلام ولدت من نكاح
لا من سفاح قلنا قال الامام ظهير الدين في فوايده ان اجتمعت الفحول في هذا فلم اجد جوابا شافيا وكتب في ذلك الى
حتى هجرني فوادي وقال العبد من الملة التي يدينون بها بذلك من النكاح المتوارث لان عند ذلك يحصل ما هو الغرض
من النكاح وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة
تحبس فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح بخلاف المجوس والمشركين فانهم يدينون بذلك النكاح المتوارث م
وموقوف بالاتفاق ش اي القسم الثالث من تصرفات المرتد موقوف باتفاق اصحابنا م كالمفاوضة ش
معناه ان المرتد اذا فاوض مسلما يعني شركة المفاوضة توقف فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او لحق
بلحاقه في دار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق ش لانها م لان المفاوضة م تعتمد المساواة ش لان من
شرط المفاوضة شروطا ان يتضمن وكالة وكفالة وان يتساويا مالا وتصرفا ودينا فلا يصح بين حر وعبد
وصبي وبالغ وكافر لعدم التساوي م ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ش وفي الكافي اذا بطلت المفاوضة
تصير عنانا يعني شركة عنان وعند ابي حنيفة تبطل اصلا لان في العنان وكالة وهي موقوفة وتعليق
توقفه ش اي القسم الرابع من تصرفات المرتد مختلف فيه هل هو نافذ ام باطل ام موقوف فقال هذا القسم
في توقفه واشار الى بيان بقوله م وهو ش اي المختلف فيه م وما عددناه م من البيع والشراء والاعتاق
والهبة ونحو ذلك فقال ابو حنيفة رضي الله عنه موقوف ان اسلم جاز ما صنع وان مات او قتل على ردته
او لحق بدار الحرب بطل ذلك كله وقال ابو يوسف ومحمد نافذ كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع
الصغير م لهما ش اي لابي يوسف م ان الصحة ش اي صحة التصرف م يعتمد الاهلية ونفاذ الملك والاهلية
في وجود الطلب لكونه مخاطبا ش الا يرى ان الكل يجب عليه بارتداده ولو كانت اهليته معدومة لما
ما قضت لم يجز عليه القتل م وكذا الملك ش لا شك في بقائه م لقيامه قبل موته م اي لقيام ملكه قبل
موته على ما قررناه من قبل ش اشارة الى قوله يختلف يحتاج الى اجر م ولهذا ش اي ولاجل قيامه قبل موته
لو ولدت له امراته بعد الردة ش اي الولد المولود قبل الردة م امراة مسلمة يرثه فلو كان ملكه زايلا لم يرثه
هذا الولد ولو كانت ولدت بعد الردة قبل الموت لا يرثه ش ولم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه
هذا الولد لانه كان حيا وقت الموت لا يرثه ش فيصح تصرفاته الا عند ابي حنيفة يصح كما يصح من الصحيح
يعني من جميع المال ش لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تراح م اي تراد الشبهة
ولا

حينئذ ش فصار كالمرتدة م حيث لا يقتل ش وعند محمد يصح ش اي تصرفاته كما يصح من المريض
بلا قتل م ش يعني من ثلث المال لانه على شرف الهلاك حقيقة م لانه من انتحل الى نحلة ش اي من انتسب الى دين وفي
ديوان الادب يقال انتحل فلان قول غيره او شعر غيره اذا ادعاه لنفسه والنحلة بكسر النون وسكون الحاء الملة
الدعوى قال الاترازي وكانه به هنا من انتسب الى دعوى م لا سيما ش اي خصوصا حال كونه م معرضا عما
نشا عليه وقوله ش فلا يترك ش جواب من اي غالبا لا الذي انتحل اليه م فيقضى ش اي عدم تركه ما انتحل اليه م
الى القتل ظاهرا م بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ش ولا يعتبر استمرارها على ما انتحلت اليه اولا واحتج محمد على ابي يوسف
بانه اذا اقر لوارث بدين لم يجز م ولابي حنيفة انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى قوله فيروك ش اشارة الى ما
ذكر من تعليل ابي حنيفة بقوله وله انه حربي مقهور تحت ايدينا عند قوله ويزول ملك المرتد ويتوقف التصرف
بناء عليه م اي على توقف الملك م وصار ش اي هذا المرتد م كالحربي يدخل دارنا ش اي دار الاسلام م
بغير امان فيوخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتصرف حاله ش اي حال الحربي من الاسترقاق والقتل والمن فكذا
المرتد م يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك
هنا وقال الاترازي في قوله كالحربي الى اخره نظر لان الحربي الداخل دارنا بغير امان فلو كان امانا كان
يتوقف تصرفاته فلو قال كالحربي الذي اسر على ما يفصلنا ذلك كان اولى انتهى ونقل الاكمل هذا بقوله واعترض
عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان اما ان يكون فيا فكيف يتوقف بقضي عليه ثم قال والاعتراف بجوازه
لم يسقط الاعتراض م واستحقاقه القتل ش جواب عن قولهما والاخفاء في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود
الاهلية لان الصحة يقتضي اهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان
كل واحد منهما ليست فيه وانه مهما يستحق القتل م لبطلان سبب العصمة م في الفصلين ش يعني في فصل المرتد
وفصل الحربي م فاوجب ش اي بطلان سبب العصمة م خللا في الاهلية ش فان قيل لو كان استحقاق
القتل موجبا لخلل الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرف الزاني المحصن الذي يستحق القتل وقاتل العمد
موقوفة لاستحقاقهما القتل فاجاب المص عن ذلك بقوله م بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك
جزاء على الجناية ش يعني ان الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان على الجناية لان العصمة باقية فيهما لبقاء الاسلام
م وبخلاف المرتدة ش جواب عن قولهما تغيير حرسية والمرتد حربي في الحال لوجوب جزاء المحاربة عليه
فلو كانت عقود المرتد كلها جائزة الا المفاوضة فانها موقوفة فان اسلمت صحت والاجارة عنانا كما قال في الوتر
وان اعاد المرتد بعد الحكم بلحاقه م بدار الحرب م الى دار الاسلام ش حال كونه مسلما فما وجده
في ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه ش اي لكونه مسلما احتاج اليه فيقدم عليه
ش اي على الوارث م بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه بالبيع والهبة او بسبب لا يحتمل
الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد فذلك كله ماض لا سبيل للمرتد عليه ولا ضمان على الوارث ايضا لانه
ازال حين كان له سبيل في الازالة وقال الكرخي في مختصره ان كان الكاتب اي مكاتب المرتد ادى ما عليه
ما عليه من الكتابة اي الورثة فيعتق ثم جاء المرتد مسلما مضى عتق المكاتب ولا يفسخ وان كان ما اداه قائما في يد
ورثته اخذه المرتد وقال في شرح الطحاوي الولاء للمرتد م وبخلاف امهات اولاده ومدبريه ش حيث لا
يفسخ م لان القضاء ش اي لان قضاء القاضي بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاؤه عن ولاية فلا يحتمل الفسخ
فلا ينقض ولانه م فلا يحتمل الفسخ م فلا ينقض ولانه لما جاء الينا تائبا صار كانه حي بعد ان مات فلو حي حقيقة
بعد الموت وان كان ذلك بخلاف العادة لم يكن له على امهات الاولاد والمدبرين سبيل فكذا هذا م ولو جاء مسلما
قبل ان يقضي القاضي بذلك ش اي بلحاقه م فكانه لم يزل ش يعني الراي مسلما لما ذكرناه وهو قوله الا انه لا
يستقر لحاقه الا بالقضاء فلا يعتق عليه شيء من امهات اولاده ومدبريه م واذا وطي المرتد جارية نصرانية
كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد ش اي من حين ارتد م فادعاه فهي
ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه ش وفي الكافي وغيره فجاءت بولد له عمره سنة او ستة اشهر فالحقوا
الستة بالاكثر وانما قيد بالاكثر فلانه لو جاءت لاقل من ستة اشهر فالولد يرث من ابيه المرتد وان كانت امه
نصرانية للتيقن بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لا بعد الاسلام قبل الردة واما لو كان لستة
اشهر فلم يتيقن بعلوقه قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما تبعا للاب ذكره قاضي خان م وان كانت الجارية مسلمة ورثه

الابن ان مات ش اي الاب م على الردة او لحق بدار الحرب انما صحة الاستيلاد م فلما قلنا ش ان الرجل
قبل صحة لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك اي لان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك فتصح دعوته وان لم
دعوة الولد صحيحة على قولهما للاشكال لان عقود المرتد عندهما جائزة فلذلك دعوته صحيحة لان الاستيلاد لا
فيه بل يفتقر الى حقيقة الملك بل يثبت بادنى الملك الا ترى ان العبد المأذون اذا ادعى النسب من الجارية التي
جاز ولذلك الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه ثبت النسب من الجارية من تجارته جاز فاذا ثبت
ثبت التفريع المذكور في رواية وعدمه فان قلت كيف جعلت الصبي تبعا للمرتد فيما اذا كانت امه يهودية
او نصرانية ولم يجعلوه مسلما تبعا لدار الاسلام قلت تبعية الدار انما تكون اذا لم يكن معه احد ابويه
كان فلا وقيل هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما
للدار ولا يعتبر مرتدا الحاقا واجيب بانا لا نسلم انه يبقى تبعا للدار بل كان هو مسلما تبعا لابويه فيبقى على ما كان
ردتهما بخلاف ما نحن فيه فان الولد لم يثبت له حكم الاسلام اصلا فجعل تبعا لابيه والمرتد يقربه الى الاسلام
م واما الارث فان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع له ش اي للاب م لقربه الى الاسلام لجبره عليه
لانه لا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام ولا يجبر الام ولما كان تبعا لابيه م فصار في حكم المرتد والمرتد
لا يرث المرتد ش ولا يرث من احد لا من المسلم ولا من المرتد م اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانه
ش اي لان الام خيرهما دينا م والولد تبع خير الابوين دينا والمسلم يرث المرتد م واذا لحق المرتد بماله بدار
الحرب فظهر على ذلك ش اي غلب على ذلك المال م فهو فيء ش اي غنيمة لانه مال حربي فيكون حكمه حكم سائر اموال
اهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين م وان لحق ش اي بدار الحرب م ثم رجع ش الى دار الاسلام
م واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال ش فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال
ش لم يجر فيه الارث واذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة م والثاني ش اي المال الذي كان في الثاني م انتقل
الى الورثة فيضاف قبض القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما م والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة
قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما وكان ذلك في ظاهر الرواية
بعض نسخ الروايات من التيسير يكون فيئا لا حقا للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء م واذا لحق
المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة خلافا للائمة الثلاثة
والمكاتبة ش اي بدل الكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها
م اراد به قضاء القاضي باللحاق لحلفنا الوارث هو من المرتد فالوكيل من جهته ش اي من جهة المرتد لانه
لما لحق بدار الحرب صار كانه سلط ابنه على ماله وجعله خلفا عنه في التصرف فلما عاد ثبت حكم الاحياء
وبطل حكم الموت ولم ينفسخ الكتابة لما ذكرنا وكان بدل الكتابة له لان ابنه كالوكيل من جهته وحقوق العقد
ش اي في عقد الكتابة م يرجع الى الموكل ش لا الى الوكيل م والولاء لمن تبع العقد عنه فيه ش ولم يقع
الاعتق المرتد الذي اسلم فيكون الولاء له بخلاف ما اذا ادى بدل الكتابة للوارث فان الولاء حينئذ يكون للوارث
العتق عنه وبخلاف ما لو رجع بعد الكتابة فان الولاء فيه للابن ايضا م واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار
الحرب او قتل على ردته فالدية ش اي دية القتيل م في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة
وقالا ش اي قول ابي يوسف ومحمد م فيما اكتسبه ش اي فيما اكتسبه في الاسلام والردة م وفي بعض
النسخ جميعا وبقولهما قالت الثلاثة ولذا لو كان حيا في دار الاسلام فالدية في ماله لان العواقل لا تعقل
لانعدام النصرة م لان التناصر او لان العقل للتناصر والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد م فيكون ش اي الدية
م في ماله ش اي في مال المرتد القاتل لانعدام النصرة م وعندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م الكسبان
جميعا ش اي كسب الاسلام وكسب الردة ماله ش اي مال المرتد م لنفوذ كان في الحالين ش اي في حال الاسلام
وحال الردة م ولهذا ش الصالح لما قبله م يجري الارث فيهما ش اي في كسب الاسلام وكسب الردة م عندهما
ش اي عند ابي يوسف م وعنده ش اي وعند ابي حنيفة م ماله المكتسب في الاسلام ش اي مال المرتد هو
الذي اكتسبه في الاسلام دون الذي اكتسبه في الردة فقوله ماله مبتدا وقوله ما اكتسب خبره وليس فصل
لان المعنى لا يستقيم على تقدير الصفة وكان الترتيب ان يقول بضمير الفصل حتى لا يتوهم الصفة كما في
قوله تعالى والكافرون هم الظالمون م لنفوذ تصرفه م لكسب الاسلام دون المكسوب في الردة لتوقف
تصرفه

لتوقف تصرفه م في كسب الردة م ولهذا ش ايضاح لقوله وماله المكتسب في الاسلام م كان الاول ش
اي مكتسب الاسلام م ميراثا عنه ش اي عن المرتد م والثاني ش اي كسب الردة اي كان كسب الردة م فيئا
ش اي غنيمة م وعنده ش اي عند ابي حنيفة م واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من
ذلك ش اي من القطع م او لحق ش اي بدار الحرب م ثم جاء مسلما فمات من ذلك ش اي من القطع م فعلى القاطع
نصف الدية في ماله للورثة ش اي لورثة المقطوع يده م اما الاول ش اي الوجه الاول وهو ما اذا مات على ردته
ش فلان السراية ش اي سراية القطع الى المولى او الى الموت م حلت محلا غير معصوم فاهدرت ش يعني لم
اعتبارها فلم يجب دية النفس لان فوتها حصل في حال لا قيمة لها ولم يجب القصاص في اليد لان اعتراض الردة صار
شبهة فاذا لم يجب القطع وجب دية اليد وهو نصف لان قطع اليد حصل في عصمة اليد وهي حالة الاسلام انما
كانت الدية في ماله لكون القطع عمدا اما اذا كان خطأ فقال الحاكم في على عاقلته م بخلاف ما اذا قطع المرتد
ثم لم يمت من ذلك هدر لا يلحقه الاعتبار بعد ذلك يعني اذا لم يقع معتبرا لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان
الموجب لا يحصل موجبا م انما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة ش اي فلذا يهدر بالردة ولنا بالاعتاق
ازال البيع ايضا حتى لو عتق يد عبد انسان ثم باعه مولاه ثم رده اليه بعيب ثم مات فالجاني لا يضمن للبائع
ضمان النفس لانه لما باعه فقد ابراه من حيث السراية من حيث البيع م واما الثاني ش اي الوجه الثاني م وهو ما اذا
الحق يعني من حيث الحكم الحقيقة م والموت يقطع السراية لان القاضي لما قضى باللحاق صار ميتا حكما لما ذكرنا
م والاسلام ش بعد ذلك م حياة حادثة في التقدير ش كانها نفس اخرى م ولا يعود حكم الجناية الاولى ش وذكره
الولوالجي في فتاواه في هذا الحكم عن ابي يوسف روايتين في رواية يضمن دية النفس وفي رواية لا يضمن
واما اذا ادعاه مسلما بعد اللحاق بعد قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير لا نص فيه ثم مات ثم قال على الاختلاف يعني عند محمد يجب نصف الدية واليه اشار المصنف بقوله ش
واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى م اشار به الى المسالة التي تلي قوله واذا
لم ينقض الى اخره وهو قوله م وان لم يلحق ش اي دار الحرب م واذا اسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية ش اي فيما اذا مات على ردته او لحق ثم
ثم جاء مسلما او لم يلحق واسلم م لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان ش لانه بعد الارتداد
صار حاله لو قتله فانه لا يجب عليه شيء فصارت الردة متخللة كما قوله من القطع م وصار كيد مرتد فاسلم ش سواء مات
من القطع او لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان في الثاني بنا الاصل لما رواه المتخلل لا يلحقه الاعتبار
م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه ش اي في محل معصوم
لانه كان في الحالين مسلما م فيجب ضمان النفس م وهو الدية الكاملة ش كما اذا لم يتخلل الردة ش وبه قالت الائمة
الثلاثة م وهذا لانه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها ش اي قيام العصمة م في
حال انعقاد السبب ش وهو زمان الجناية م وفي حال ثبوت الحكم ش بوجوب الضمان م وحالة البقاء بمعزل في
ذلك كله ش اي في حالة انعقاد السبب ومن حال ثبوت الحكم فلا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة كما لا يعتبر
نقصان الحول في الزكوة وقال ابن دريد انا عرف هذا الامر بعد اي صح م وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين ش يعني
اذا قال العبد ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث
لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا يستلزمه لانه لا انتهاء له لانها وضعت لتبديل الدين
الصحيح من غير ابراء الا انه اذا مات على الردة لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان
البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا انعقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء ولم
يذكر في الكتاب ما اذا ارتد القاطع فمات وقطع يد لسرايته مسلما فقال في الشامل ان كان عمدا فلا شيء
لان القاتل مات وان كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس لان الجناية انعقدت موجبة للعقل لان الجاني كان
مسلما ولحق بدار الحرب والعبد ما لا يؤخذ ش اسيرا ما له وابي ش اي امتنع ان يسلم بدل الكتابة في ماله م وما
بقي ش بعد ذلك م فلورثته ش اي فلورثة المكاتب م هذا الجاهز على اصلهما ش اي المذكور من الحكم ظاهر على اصل
ابي يوسف ومحمد م لان كسب الردة ملكه ش اي ملك المرتد م اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا ش يكون
كسبه له واما عند ابي حنيفة ش يعني هذا مشكل على قول ابي حنيفة لان كسب الردة للمرتد عنده اذا كان حرا وههنا
جعله ملكا للمكاتب ويحتاج ابو حنيفة الى الفرق بينهما اي بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له

اذا كان حرًا وجعله ملكًا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق ما ذكره بقوله م ولان المكاتب انما يملك النسان
بالكتابة ش اي بعقد م الكتابة والكتابة ش اي وعقد الكتابة م لا يتوقف بالردة ش لا يبطلها لانه لا يبطل
بحقيقة الموت فكذا بالموت حكما بلحوقه في دار الحرب فيكون مكاسبه لمكاتب الاسلام وجعل كانه في دار
الاسلام اذ قيام المولى في رقبته يمنع صيرورته حربيا وجعل في حكم المرتد في دار الاسلام لذا في جامع شمس الائمة
قاضي خان واد المتوقف عند الكتابة بالردة م فكذا اكسابه ش الحاصلة لا يتوقف واستوضح ذلك بالردة بقوله
م الا يرى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا ش لا يتوقف ش بالادنى وهو الردة م بطريق الاولى
ش انما كان الرق اولى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق
وعندهما عامة تصرفات نافذة كالبيع والشراء وغيرهما فاما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم المانع
تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد اولى م واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ
بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار الحرب ش وقيد الحبل بدار الحرب وقع اتفاقا وان حبلت في دار الاسلام
فكذلك الحكم م وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر ش بضم الظاء اي فغلب م عليهم جميعا فالولدان في ش اي الولد وولد
الولد فيا م ويجبر الولد الاول على الاسلام ش باجماع الائمة الاربعة بعد ان يصير مميزا تبعا لابيه م ولا يجبر ولد
الولد ش لان الاولاد يتبعون الابا في الدين والاحفاد لا يتبعون الاجداد م وروى الحسن عن ابي حنيفة
ش اي ان ولد الولد م يجبر على الاسلام تبعا للجد ش لان الجد له حكم الاب في نكاح الصغير والصغيرة ولهذا لا
لها الخيار بعد البلوغ ولذلك في بيع مال الصغير فكذا في تبعية الاسلام م واصله التبعية في الاسلام ش اي
اصل الخلاف التبعية في الاسلام وهي اي التبعية في الاسلام م رابعة رابع مسايل ش حاصل معناه احدى
مسايل والفرق بين رابع وبين رابع اربعة هو معنى الاول مصير الثلاثة اربعة ومعنى الثاني احدها لان تحصيل
الحاصل محال فلا يتحقق معنى التصيير م كلها على الروايتين ش اي كل هذه الاربعة على الروايتين احدها ظاهر الرواية
والاخرى رواية الحسن فالجد فيها على رواية كالاب وفي ظاهر الرواية لا م والثانية ش اي المسالة الثانية
صدقة الفطر م ففي ظاهر الرواية لا يؤدي الجد صدقة الفطر عن ابن ابنه م وفي ظاهر الرواية يردها اذا لم يكن
الابن لا بن مال كالاب لكن اذا كان الاب فقيرا م والثالثة ش اي المسالة الثالثة م جر الولاء ش قال الحاكم
الشهيد في الكافي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء يعني اذا اعتق الجد والحاقه معتوق والاب حر
لا يجر لان العائد الى مواليه وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء كالاب اذا اعتق وبدل الحاكم في الكافي وعن الشعبي
قال اذا اعتق الجد جر الولاء م والاخرى ش اي في المسالة الاخرى وهي الرابعة م الوصية للقرابة ش فاذا اوصى لقرابته
او لقرابة لا يدخل في الوصية الوالد لان الله تعالى جعله اقرب من القرابة قال الله تعالى الوصية للوالدين والاقربين
الجد لا يدخل ايضا على رواية الحسن لانه كالاب وعلى ظاهر الرواية يدخل لانه ليس كالاب م اذا ارتد الصبي
الذي يعقل ارتداد ش يعني اذا ارتد يصير مرتدا م عند ابي حنيفة ومحمد ش وبه قال مالك واحمد م ويجبر على الاسلام
ولا يقتل واسلامه ش اي اسلام الصبي الذي يعقل م اسلام ش اي معتد به م لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو
يوسف ارتداده ليس بارتداد ش لم يعتبر ليس بمعتبر م واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام
وارتداده ليس بارتداد ش يعني كلاهما لا يعتبران م لهما ش اي لزفر والشافعي في الاسلام انه تبع لابويه فيه ش اي في
الاسلام م فلا يجعل اصلا ش لانه مولى عليه السلام فلا يكون اهلا له بنفسه م ولانه ش اي ولان المعنى م يلزم احكاما
تشوبها م من الشوب وهو الخلط فقال شاب الماء اللبن وهو جملة من الفعل والمفعول وقوله م الضرر ع فاعل
الحملة تحمل الميراث ونحوه والصبي اهل الرحمة لا المضرة فلا يعتبر اسلامه للزوم المضرة ولان قول الصبي
ملزم الا ترى انه لو طلق او اعتق او باع او اشترى لا يجوز فكذا اذا اسلم او ارتد فلا يوكل له ش اي فلا يجوز ان
يجعل الصبي اهل الاسلام ش اي في اعتداد الصبي م ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه ش وعن عروة ان عمره كان
حينئذ سبع سنين وثمان سنين وروى ابن سعد في الطبقات باسناده عن مجاهد ان اول من صلى علي رضي الله عنه
وهو ابن عشر سنين وعن محمد بن عبد الرحمن بن زرارة قال اسلم علي وهو ابن تسع سنين ولم تعبد وثنا قط ودكره
ابن الجوزي في التحقيق وروى عن احمد رضي الله عنه اسلم علي وهو ابن ثمان سنين وروي عنه ايضا انه اسلم
وهو ابن خمس عشرة سنة ولم يصح هذا وقال والمنصوص عن احمد صحة اسلامه ويجبر على الاسلام اذا كان احد
ابويه مسلما فان رجع عن الاسلام انتظر به حتى يبلغ فان اسلم والا قتل م وافتخاره بذلك مشهور ش اي وافتخار علي
رضي الله عنه باسلامه مشهور وقد قال م سبقتكم الى الاسلام طرا زمانا ما بلغت اوان حلمي ش ولانه ش اي ولانه

الصبي م اي حقيقة الاسلام وهو التصديق والاسلام معه ش وهو ركن الايمان لان الايمان هو التصديق بالجنان
والاقرار باللسان وقد حصل ذلك والحجر عن الايمان لهم لان الاقرار دليل على الاعتقاد على ما عرف م وقد علم ش
الكلام م والحقايق لا ترد ش لان الشرع ما سقط اعتبار حقيقة في غير ما يعبر صرورته بخلف الاقارير والطلاق لان
الشرع سقط اعتبار حقيقتها ببعض الاعذار م وما يتعلق به سعادة ابدية ش يجوز ان يكون معطوفا على التصديق
وما يتعلق اي هو التصديق وهو ما يتعلق ويجوز ان يكون خبر مبتدا محذوف ويجوز ان يكون مبتدا وخبره قوله هو
الحكم الاصل على تقدير ان يكون تعبيرا ويجوز ان يكون وما يتعلق به مبتدا م وقوله سعادة ابدية خبره وهو الاول
وهو جواب عن قولهما م ولانه يلزمه احكام تشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل
في الايمان في ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف
سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والنفل والجواب ان لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا
لان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في اول الوقت وقع فرضا وليس بمخاطب
عندنا في ذلك الوقت م ونجاه عقبا فتنبه الى عقبى كل شيء وهي ش اي السعادة الابدية م من اجل المنافع ش اي من
اعظمها م وهو الحكم الاصلي ش اي الموضوع له م ثم يبتنى عليه غيرها م مثل حرمان الميراث م فلا يبالي بشيبه ش
لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعة الاصلية وقال تاج الشريعة المراد من الحكم الاصلي ما وصل ذلك الشيء
لاجله وانما ما ذكر من لزوم احكام اثاره لمضرة فذلك اثاره والمراة والتي قد يخلو عنها اما لا يخلو عن حكمه الاصلي
م ولهم ش اي ولابي يوسف وزفر والشافعي م في الردة انها ش اي ان الردة مضرة محضة ش اي التصرفات
الضارة المحضة م بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به ش اي بالاسلام على المنافع م لانه منفعة محضة
على ما مر م وهو قوله وهي من اجل المنافع والمقصود به قول السادة الابدية فذهب ابي يوسف وهو القياس في الرد
ولابي حنيفة ومحمد انها ش اي الردة م موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة لما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام
لما فيه من النفع له م واعترض بان هذا اعتبار بما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيين بالعلة
ذكرها الشارع بينهما ومثله فاسد على ما عرف في الاصول واجيب بان هذا قياس منا لوجود شيء وتحقيقه بوجود
شيء اخر وتحققه في عدم جواز الرد فلا نسلم ان الشارع فرق بينهما م ولا يقتل لانه ش اي لان القتل عقوبة والعقوبات
موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم ش اي لاجل الترحم عليهم قلت هذا التعليل نظر لانه اسقط عقوبة القتل من الصبي ثم
من المرتد باعتبار الرحمة الصباة وما اسقط عقوبة النار كله فانه ذكر من الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي انه يعاقب
بالردة يوم القيامة واحال التمرتاشي هذه الرواية الى التبصرة وفيه تامل وهذا اي وهذا الخلاف م في ارتداد
الصبي الذي يعقل ولا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لا يدل على تغيير العقد ش لعدم تمييزه م ولذا ش اي
لا يصح ارتداد المجنون والسكران الذي لا يعقل وقال في شرح الطحاوي ارتداد السكران لا يكون ارتدادا
لا تبين منه امراته وروي عن ابي يوسف انه تبين امراته وعندهم كذا وطلاقه واقع الاعلى قول ابي عثمان رضي الله عنه
لا يقع طلاقه فروع تقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق اكثر اهل العلم قال ابن المنذر لا نعلم احدا
خالفهم الا الحسن فانه قال لا يقبل في الاربعة قياسا على الزنا وقتل المرتد الى الامام عند عامة اهل العلم الا عند الشافعي
في وجه في العبد الى سيده ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان لم يلحق بدار الحرب اقيم عليه الحد وان لحق لا وبه قال
الثوري ومالك واحمد في رواية وقال الشافعي واحمد اقيم عليه الحد سوا لحق بدار الحرب او لا ولا يقبل توبة الساحر
في رواية وبه قال مالك واحمد ولا يقبل توبة الزنديق وبه قال مالك واحمد في رواية تقبل وقال الشافعي واحمد
في رواية تقبل توبة كل مرتد سواء كان لمن ما ينبطه هويته اهله وما يشعر به اهله كالزنديق والمعطل م ثم للسحر
حقيقة وله تاثير في ايلام الاجسام وقال بعض اصحاب الشافعي وبعض الظاهرية لا تاثير في الجسم ولا حقيقة له واذا
هو تخيل وتعليمه حرام ولذا تعلمه بلا خلاف من اهل العلم ولو اعتقد اباحته لهم وعن اصحابنا ومالك واحمد
يكفر الساحر بفعله سواء اعتقد تحريمه او لا يقتل لما روي عن عمر وعثمان وابن عمر وجندب بن عبد الله وجندب
ابن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم فانهم قتلوه بدون الاستفتاء به وعند الشافعي لا يقتل
ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته واما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف الذي يحدس ويخرص
وقيل هو الذي له رئي من الاخبار ثابتة بذلك وقال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشا
يكفر وان اعتقد انه تخيل لم يكفر وعند الشافعي ان اعتقد حكم الساحر بما يوجب الكفر مثل التقرب الى
الكواكب السبعة وانها ما يلتمس يكفر وعند احمد حكمه حكم الساحر في رواية تقبل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا

كل ساحر وكاهن وبالله التوفيق **باب البغاة** اي هذا باب في بيان احكام
البغاة جمع باغ كالقضاة جمع قاض من البغي وهو الخروج عن طاعة الامام واصل البغي الطلب قال الله تعالى ما كنا نبغ
ثم اذا تطلب ما لا يجوز شرعا قال تاج الشريعة البغي التعدي وبغى الوالي ظلم وكل مجاوزة وافراط على المقدار الذي
هو حد الشيء فهو بغي وفي لسان اهل الشرع الخروج عن طاعة الامام وقال الامام الرازي المراد من البغاة الخوارج
ولهذا لقب هذا الباب من المبسوط بباب الخوارج وقال في فصول الاستروشني لا بد من معرفة اهل البغي فاهل البغي
هم الخارجون على امام البغي بغير حق بيانه ان المسلمين لا بد من معرفة اهل البغي فاهل البغي هم الخارجون على
امام البغي واذا اجتمعوا على امام وصاروا امنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغي وعليه ان يترك
الظلم ولا ينصفهم ولا ينبغي للناس ان يكون فيه اعانة على الظلم ولا ان يعينوا تلك العامة بتلك الطائفة على
الامام ايضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على الامام وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا الحق والولاية
فقالوا الحق معنا فهم اهل البغي فعلى كل من يقوى على القتال ان ينصروا امام المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون
على لسان صاحب الشرع فانه قال عليه السلام الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها فان كانوا تكلموا بالخروج
لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للامام ان يتعرض لهم لان العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر في زاد
الامام اللامشي وذكر القلانسي في تهذيبه قال بعض المشايخ لولا علي رضي الله عنه ما دربنا القتال مع اهل
وكان علي ومن تبعه من اهل العدل وخصمه ومن تبعه من اهل البغي وفي زماننا الحكم للغلبة ولا ندري العادلة
والباغية وكلهم يطلبون الدنيا الى هنا لفظ كتاب الفصول وقال الكاكي ثم اعلم ان طاعة الامام الحق
اجمع عليه المسلمون ومن ثبت امامته بعقد امام الحق واجب وكل من خرج عليه يجوز قتاله لقوله عليه السلام
من اعطى اماما صفقة يده وثمرة قلبه فليطعه ما استطاع فان جاء اخر ينازعه فاضربوا عنق الاخر رواه مسلم واجمعوا
على قتال البغاة واكثر الفقهاء على عدم جواز تكفيرهم وفي المحيط تكفير اهل البدع كلام بعض العلماء لا نكفر
احدا وبعضهم يكفرون البعض وهو ان كل بدعة تخالف دليلا قطعيا فهو كفر وكل بدعة لا تخالف دليلا قطعيا
فهو فسق عند اجماع اهل السنة والجماعة م واذا تغلب من قولهم تغلب على بلد لنا اذا استولى عليه قهرا
م قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم ش اي الامام م الى العود الى الجماعة وكشف عن
من شبهتهم وقال الطحاوي في مختصره واذا ظهرت جماعة من اهل القبلة راغبا وقاتلت عليه وصار لها منعة
سئلت عما دعاها الى الخروج فان ذكرت ظلما والا دعيت الى الخروج فان ذكرت ظلما انصفت في ظلامتها والا
الى الرجوع الى الجماعة وقال ابو بكر الرازي في شرحه وانما سئلت عن ذلك لجواز ان يكون خروجها لامتناع
ظلم جرى عليها او غيرها وان كانوا ممتنعين من الظلم فهم محقون لا يجب قتالهم بل يجب معاونتهم لانهم
خرجوا للامر بالمعروف والنهي عن المنكر فاذا علم ان خروجهم لم يكن لظلم لحقهم او لحق غيرهم دعوا الى الجماعة
في طاعة الامام والاصل فيه قوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا الاية فاستفدنا من هذه الاية حكمين
احدهما ما كان للباغي في استصلاحهم ورجوعهم نعليهم ويستصلحهم لقوله تعالى فاصلحوا بينهما والثاني انهم
اذا لم يجيبوا الى الصلح والرجوع واظهروا البغي وجب علينا قتالهم ش لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك
ورأى قبل قتالهم وهذا رواه النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رضي الله عنه قال اخبرنا عمرو بن علي
حدثنا عبد الرحمن بن مهدي حدثنا عكرمة بن عمار حدثنا ابو زميل سماك الحنفي حدثني عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة الاف فقلت لعلي يا امير المؤمنين ابرد بالصلوة لعلي اكلم
القوم فقال اني اخاف عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا
مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت اتيتكم من عند اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم المهاجرين والانصار
ومن عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره عليهم نزل القران فهم اعلم بتأويله منكم وليس فيكم احد لابلغكم ما
يقولون وابلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت ما نقمتم على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه
واول من امن به قالوا ثلث قلت ما هي قالوا احداهن انه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله
قلت هذه واحدة قالوا واما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا كفارا لقد حلت لنا
واموالهم وان كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم **قلت** هذه اخرى قالوا واما الثالثة فانه محى
نفسه من امير المؤمنين فان لم يكن امير المؤمنين فهو امير الكافرين قلت هل عندكم شيء غير هذا قالوا حسبنا
قلت لهم ارأيتم ان قرأت عليكم من كتاب الله عز وجل وحدثتكم من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم

فهل ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم انه حكم الرجال في دين الله تعالى فاني اقرأ عليكم ان قد صير الله تعالى
حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم **قلت** ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله
تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها
انشدكم الله احكم الرجال في حقن دمائهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم احق ام في ارنب ثمنها ربع درهم فقالوا اللهم
بل هذا قال اخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم اتسبون امكم عائشة رضي الله
عنها تستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم لئن فعلتم لقد كفرتم وان قلتم ليست بامنا لقد كفرتم فانتم بين ضلالتين فاتوا منها بمخرج اخرجت
من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم واما قولكم محى نفسه من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا
يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا والله
لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان
كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله خير من علي وقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك يمحوه من النبوة اخرجت من هذه الاخرى
قالوا اللهم نعم فرجع منهم الفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم فقتلهم المهاجرون والانصار ورواه عبد الرزاق
في مصنفه وقال في اخره فرجع منهم عشرون الفا وبقي منهم اربعة الاف فقتلوا على ضلالتهم م وحرورا بفتح الحاء المهملة
ممدود ومقصور قرية بالكوفة كان بها اجتماع الخوارج فنسبوا اليها فقال فلان حروري بين الحرورية م ولانه ش اي ولان
كشف شبهتهم مع دعوتهم الى العود الى الجماعة م اهون الامرين ش احدهما الدعوة الى الجماعة والاخر القتال م ولعل الشر
يندفع به ش اي بكشف شبهتهم مع دعوتهم الى الجماعة وفي المبسوط الاحسن ان يقدم ذلك القتال لان الكي اخر الدواء
م ويندفع به ش اي بكشف الشبهة مع الدعوة م ولا يبدأ ش اي الامام بقتالهم حتى يبدؤوه ش اي حتى يبدأ البغاة القتال
فان بدأوه ش اي القتال م قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال ش اي المصنف رحمه الله م هكذا ذكر القدوري في مختصره
وذكر الامام المعروف بخواهرزاده ان عندنا يجوز ان يبدأ ش اي الامام بقتالهم ش اي قتال البغاة م اذا
عسكروا واجتمعوا ش الامام خواهرزاده هو الامام الاعظم والبحر المفخم ابو بكر محمد بن الحسين البخاري وسمي
خواهرزاده لانه كان ابن اخت القاضي ابي ثابت قاضي سمرقند صاحب الذخيرة والمبسوط والايضاح وكان
خواهرزاده اماما كاملا في الفقه نحو عن صاحب التصانيف ومبسوطه اطول المبسوطات مات في سنة ثمان وثمانين
واربعمائة وهي السنة التي توفي فيها شمس الائمة السرخسي رحمه الله وكان وفاة البزدوي سنة ثمان وعشرين واربعمائة
م وقال الشافعي لا يجوز ش البداءة بقتالهم م حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة م وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم ش لانه لا يجوز
قتل المسلم م وفي بعض النسخ لا يحل قتل المسلم م الا دفعا ش لقتالهم م وهم مسلمون ش اي البغاة مسلمون بدليل قوله عليه السلام
وقوله تعالى وان بغت احداهما على الاخرى اي احدى الطائفتين من المؤمنين وقد سمي البغاة مؤمنين م بخلاف الكافر
لان نفس الكفر مبيح عنده ش اي عند الشافعي يعني ان علة اباحة القتل هو الكفر عنده وعندنا العلة هي الحراب م ولنا
ان الحكم يدار على الدليل ش اي دليل القتال م وهو الاجتماع والامتناع ش يعني اذا اجتمعوا وصارت لهم منعة يجب دفعهم
بالقتال م وهذا ش معنى دوران الحكم على الدليل م لانه ش اي لان الشان م لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه
الدفع ش اي دفعهم لحصول الشوكة لهم والغلبة على المؤمنين فاذا كان الامر كذلك م فيدار الحكم على الدليل ش اي
دليل قتالهم وهو تجمعهم واجتماعهم م ضرورة دفع شرهم ش اي لاجل ضرورة دفع شرهم وفي المبسوط ولا
قتالهم في ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز قتال اهل الحرب كالرمي
بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم والبيات بالليل لان قتالهم حينئذ فرض كقتال اهل الحرب والمرتدين
وعند الائمة الثلاثة قتالهم بالمنجنيق وارسال الماء والنار لا يجوز الا اذا لم يندفعوا بدونه م واذا بلغه ش اي الامام
م انهم ش اي ان البغاة م يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ش اي الامام م ويحبسهم حتى يقلعوا
عن ذلك ش اي حتى يمتنعوا عما قصدوا ويقلعوا بكسر الباء من الاقلاع وهو الامتناع وهو قوله صلى الله عليه وسلم
اقلعوا عن المعاصي قبل ان يأخذكم الله م ويحدثوا توبة ش اي يحدثوا توبة عما هم فيه م دفعا للشر بقدر الامكان
ش اي لاجل دفع شرهم بحسب الامكان م والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت يحمل على عدم الامام ش بيان
ذلك ان الشيخ ابا الحسن الكرخي قال في مختصره قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين المسلمين
ينبغي للرجل ان يعتزل ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة قال عليه السلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار
وقال المص هذا محمول على حال عدم الامام الداعي الى القتال اما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا امنين
به والسبل امنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فيجب على من كان يقوى على القتال ان يقاتلهم مع امامهم

المسلمين اشار اليه بقوله م انما اعانة امام الحق من الواجب ش لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فان الامر
للوجوب م عند الغناء ش بفتح الغين المعجمة وبالمد هو الكفاية كان والقدرة بالجر عطفا على ما قبله ويجوز ان يكون
العطف للتفسير قلت روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم من تعودهم وترك الاعانة قلت
هو ايضا محمول ولكن على عذر فقد يعذر على القتال اذا العاجز لا يلزمه الحضور م فان كانت لهم فئة ش اي جماعة
غير المنفردين للقتال م اجهز ش على صيغة المجهول من اجهزت على الجريح اذا سرعت قتله وقد تممت عليه يعني كان
مجروحا اشرف على الموت فتممه م واتبع موليهم ش على صيغة المجهول جاز ايضا وبكسر اللام وسكون الياء وهو الذي
تولى وسكون الياء وهو الذي تولى وهرب خوفا على نفسه م دفعا لشرهم ش اي لاجل دفع شر البغاة للالحاق
ش اي الخروج والمولى م بهم ش اي بالفئة م فيلحقان ابهم ش وان لم يكن لهم فئة لم احمر الى جميعهم ولم يتبع موليهم
وكلا اللفظين ايضا على الصيغة المجهولة م لاندفاع الشر دونه ش اي بدونه اذا كانت لم فئة اولم يكن الجريح
ش لان القتال اذا تركوه لم يبق قبلهم الدفع فصار لقتال عين الجوارح م وجوابه ش اي جواب الشافعي ما قاله الا
المعتبر دليله ش اي دليل القتال وهو الاجماع م لاحقيقته ش اي لا حقيقة القتال وبقولنا قال مالك وبعض
اصحاب الشافعي ولا تسبة لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف
ستر ولا يوخذ مال ش يوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة مع علي رضي الله عنهما وذلك ان عثمان رضي
الله عنه لما قتل يوم الجمعة لثمان عشرة ليلة مضت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين فوقع لعلي رضي الله عنه
بالمدينة بالخلافة يوم قتل عثمان بايعه من كان بالمدينة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم
وفيهم طلحة والزبير وذكرا انهما بايعاه كارهين غير طائعين فخرج الى مكة وبها عائشة الى البصرة يطلبون بدم
عثمان وبلغ عليا ذلك فخرج من المدينة الى العراق وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي الى الكوفة يستنفر اهلها
للسير معه فقدموا عليه فسار بهم الى البصرة وغيرهم فوقع بينهم قتال عظيم فظفر بهم وقتل يومئذ طلحة والزبير وهرب
وعائشة رضي الله ومن معهم الى البصرة وغيرهم وبلغت القتلى ثلاثة عشر الف قتيل وانما سمي يوم الجمل لان عائشة كانت
اذ على جمل يسمى عسكر وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا عبدة بن سليمان عن جويبر عن الضحاك ان عليا رضي الله عنه
لما هزم طلحة والزبير واصحابهما امر مناديه فنادى ان لا يقتل ولا مدبر ولا يذفف على جريح ولا يستحل فرج ولا مال قوله
يكشف ستر اي لا شيء يساوهم م وهو القدوة ش اي علي رضي الله عنه هو الذي يقتدى به م في هذا الباب ش اي باب
قتال الخوارج م وقوله ش اي قول علي رضي الله عنه م في الاسير ش ولا يقتل اسير م تاويله ش اي تاويل الظاهر
اذا لم يكن لهم فئة فان كانت تقتل الامام الاسير لحبسه لما ذكرنا اي قوله اي عند قوله وعليهم الى كاسر
دفعا لشرهم وعند الائمة الثلاثة لا يقتل الاسير بل يحبسه م ولانهم ش اي ولان البغاة مسلمون ولان الاسلام
العرض والمال للحديث المشهور م ولا باس بان يقاتلوا لان الاحتياج المسلمون اليه ش اي الى سلاحهم لاجل القتال
ان احتاج المسلمون اليه ش اي الى سلاحهم ان احتاج المسلمون اليه ش اي سلاحهم لاجل القتال م وقال الشافعي لا
م وبه قال احمد في رواية م والكراع على هذا الخلاف ش اي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي وبه قال مالك
واحمد في رواية يعني يجوز استعمال الكراع وهو الخيل عند الحاجة عندنا وقال الشافعي واحمد في رواية لا يجوز
قال مالك رحمه الله في رواية م له ش اي للشافعي انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضي
الله عنه قسم السلاح بين اصحابه بالبصرة م وروى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن فطر عن منذر عن
ابن الحنفية ان عليا قسم يوم الجمل في ذلك ما اجابوا عليه من كراع وسلاح م وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك
يعني كانت قسمته قسمة الانتفاع لدفع الحاجة لا قسمة تمليك ولهذا لما وضعت الحرب اوزارها ردها اليهم
ولان الامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه ش اي في المعنى الجامع اي ان الاسلحة
اسلحة اهل البغي لو اعطيها اخاف الضرر الادنى م وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع لدفع الضرر
الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه انه لا
الى قول علي رضي الله عنه ولا يوخذ مال لئلا يستعينوا بها عليه قاله الاكمل قلت ليس بذال بل
اشارة الى قوله لانه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به واما الحبس لدفع شرهم بكسر شوكتهم لئلا يستعينوا بها على
م ولهذا ش اي ولكسر شوكتهم ش جعلها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الالة ش اي ان الامام يبيع الكراع وان حبس
الثمن انظر م لصاحب م والشر ش لحافظ لان ابقاءه يحتاج الى النفقة والخدمة واما الرد بعد التوبة فلاندفاع العزيمة
والاستغنام فيها ش يعني اموال اهل البغي لا يستغنم لعصمتها ولا يغنم لاحل هذا بين العدل لكنها تحبس ضرورة دفع الشر فاذا الله

والاستغنام فيها م يعني اموال اهل البغي لا يستغنم لعصمتها فلا يغنم هذا بين اهل العدل لكنها تحبس ضرورة
الضرورة دفع الشر فاذا اندفعت الضرورة بتوبتهم ردت م وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم
ياخذه الامام ثانيا ش وبه قال الشافعي واحمد وابن الماجشون المالكي وقال ابن القاسم لا يعتبر ذلك وعلى من اخذ منه
الزكوة الاعادة وبه قال ابو عبيد لان الاخذ ممن لا ولاية له م لان ولاية الاخذ له ش اي للامام م باعتبار الحماية ولم
يحمهم فلا يحميهم م فان كانوا ش اي اهل البغي ان كانوا صرفوا الذي اخذوه م في حقه ش اي في جهته التي عينها الشارع له اجزى
من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه فان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيد واذلك لانه
لم يصل الى مستحقه م لان سقوط المطالبة قضاء لا يوجب سقوطها ديانة م قال ش اي المصنف رحمه الله م قالوا ش اي المشايخ
م لا اعادة عليهم في الخراج ش ديانة ايضا لانهم محل الخراج م لانه مقابلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر
ان كانوا فقراء لذلك م لا اعادة عليهم ش لانه ش اي لان العشر م حق الفقراء ش اي من اهل الاسلام وقد وجد م وقد بينا
خاه في الزكوة ش اي وقد بينا الحكم المذكور قبيل فصل في الفضة وفي المستقبل باخذه الامام ش اي في الحول اللاتي ياخذ الامام
العشر والخراج لانه ش اي لان الامام م يحميهم فيه ش اي في المستقبل من الزمان م لظهور ولايته ش حينئذ م ومن قتل
رجلا وهما ش اي والحال انهما م من عسكر اهل البغي ثم ظهر ش بضم الظاء اي غلب عليهم م فليس عليهم شيء ش اي لا يجب على القاتل
دية ولا قصاص وقالت الائمة الثلاثة يؤخذ بموجب جناية اي جناية كانت لعموم الايات والاخبار م لانه لا ولاية
لامام العدل حين القتل ولم ينعقد موجبا ش للقتل م كالقتل في دار الحرب ش لعدم الولاية م وان غلبوا ش اي البغاة م بان
وقعت علينا ايدي البغاة م فانه يقبض منه ش اي من القاتل م وتاويله اي تاويل قوله فانه غلبوا عليه وازعجوا قبل ذلك
ش اي ازعج اهل البغي م قبل اجراء احكامهم على اهل المصر وازعجوا على صيغة المجهول من ازعجه اي قلعه من مكانه م وفي ذلك
ش وفيما ذكر م احكامهم ش ولم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص ش لان اسلامهم كان يعارض بقاء ولاية الامام م واذا
قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي ش اي وان قتله الباغي رجلا من اهل العدل وقالت اهل الا
ذلك واما قبل المصنف وتاويله لان المسالة التي ذكرناها من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيه اذا لم يجر على اهله
احكامهم واما ذكره فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير ونقله المصنف منه هكذا حيث قال وقال كنت على حق
والبدل وقال الان انا على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه ش اي المذكور
من الاحكام م وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين م اي فيما اذا قال كنت على حق وفيما اذا
قال انا على باطل م وهو قول الشافعي ش اي قول ابي يوسف وهو قول الشافعي في القديم م واصله ش اي واصل الخلاف
م ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولانا لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب
الضمان عندنا ش وبه قال احمد وباتم ش لانه قتل نفسا في القديم يجب الضمان وبه قال مالك م وعلى هذا الخلاف ش اي
للاكوة اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا ش اي والحال انه قد اتلف نفسا او مالا ش لا يجب الضمان عندنا وعلى قوله
الشافعي في القديم يجب م وله ش اي للشافعي م انه اتلف معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة
ش اي قياسا على ما اتلف قبل ان يكون لهم منعة م ولنا ان اجماع الصحابة رواه الزهري ش اي رواه محمد بن مسلم الزهري
واجماع الصحابة ان لا يضمن الباغي اذا قتل العادل وقال الاترازي ذكر اصحابنا في كتبهم كفخر الاسلام وغيره انه قال
وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا على كل دم استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل
فرج استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وما كان يرد فاتما انتهى قلت روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن
الزهري ان سليمان ابن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت الى اهلها من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت
بالحرورية فتزوجت ثم انها رجعت الى اهلها تائبة قال الزهري فكتبت اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا في فرج استحل بتاويل القرآن ولا قصاص في دم
استحل بتاويل القرآن ولا يرد مال استحل بتاويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه وان ارى ان ترد على
زوجها وان يحد من افترى عليها انتهى م ولانه ش اي ولان الشافعي امر ذلك للباغي م اتلف عن تاويل فاسد والفاسد
منه ش من التاويل ملحق بالصحيح ش اي بالتاويل الصحيح م اذا ضمت اليه ش اي الى التاويل م المنعة الدافعة وقوله
م في حق الدفع يتعلق بقوله ملحق بالصحيح م اي في دفع الضمان ش بيانه ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية صغيرة
او كبيرة لقوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا فيها وتاويلهم هذا وان كان فاسدا لكنه اعتبر في حق دفع
الضمان لما روي عن الزهري انفا وقال في تحفة الفقهاء هذا اذا اتلفوا في حال المنعة فاما اذا اتلفوا انفسهم ونفوسهم ثم
قبل ظهور المنعة او بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم في اهل دار الاسلام ش قال هذا جواب الحكم ويفتى ان يضمن كل

واحد من الفريقين للاخر ما اتلف من الانفس والاموال لكنها معصومة في هذه الحالة لا بطريق الدفع كاهل
اهل الحرب ونا وليهم م يعني بعد ما اسلموا وهذا ش اشارة الى قوله والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عند
ونا تم لان الاحكام لان الاحكام اي احكام الشرع في حق الدنيا م لا بد فيها من الالزام والالتزام ولا التزام
ش لان اعتقاد الاباحة عن تاويل م اي الالزام منه ش لتاويله الفاسد ان مال العادل مباح وجوز اراقة دمه لانه
عصى الله صغيره او كبيرة فقد لعن ولا الزام لعدم الولاية ش اي ولا الزام على الباغي لعدم ولاية الالزام م لوجود
ش اي منعة اهل البغي بخلاف ما قبل ظهور المنعة والولاية ش جواب عن قول الشافعي اعتبار المنعة اي ولاية الالزام
فيه قبل المنعة م باقية عليهم كما كانت م وعند عدم التاويل يثبت الالزام اعتقادا ش اي من حيث الاعتقاد م بخلاف الا
بان ما منعة حق الشارع كلا منعة فلا وجود منعة دافعا للاثم م اذا اثبت هذا ش اي اشار به الى قوله لان الاحكام
لا بد فيها الى اخره حيث ثبت شرطه كما كانت لهم معناه ولم يكن م لا في حق استحقاق الميراث فحرم الارث لانه قتله
حق م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م فيه ش اي في قتل الباغي العادل م ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا ش اي في د
الحرمان عن الارث ايضا ش كان تاويله يعتبر في حق دفع الضمان وفي حق دفع الحرمان ايضا اذ القرابة ش اي لان
القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد ش اي التاويل الفاسد فيه الا ان من شرطه ايضا ش استثناء من قوله يعتبر
ومعنى ذلك اي في دفع الحرمان اي في دفع الضمان والحاجة ههنا الى استحقاق الارث حاصل هذا الكلام ان التاويل
يعتبر في حق دفع الضمان م الا ان من شرطه ش اي من شرط الارث ش بقاؤه ش اي بقاء الباغي على ديانته ش يعني يكون
مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته وهو معنى قوله فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع ش اي لم
م فوجب الضمان م لعدم الدافع م ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم ش اي عساكر اهل الفتنة م لانه
اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان م وليس ببيعه ش اي بيع
ش بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس ش م بالرفع خبر ليس ش لان الغلبة في الامصار لاهل
واهل الفتنة فيها قليل وتقييده بالكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا منها او لا والا فالحكم في غيرها كذلك م وانما
السلاح لا بيع ما يقاتل به لا صنعة م متجددة فانه لا باس به من اهل الفتنة واوضح ذلك بقوله الا يرى انه يكره
المعازف جمع معزف بكسر الميم وهو ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن ش ولا يكره بيع الخشب الذي يتخذ منه المعازف
م وعلى هذا ش الحكم م الخمر مع العنب حيث لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والعرق لابي حنيفة بين الكراهية بيع
من اهل الفتنة وعدم الكراهية بيع العصير ممن يتخذ خمرا هنا يرجع الى العامة قلت يلزم ان يبعث مرو بين البلد
او الحربي الى الافاق الا اذا كان في ذلك وهن لهم فلا باس به وقتيل اهل العدل شهداء يفعل بهم ما يفعل بالشهداء
وقتيل اهل البغي لا يصلى عليهم سواء كانت لهم فية او لا هو الصحيح ولكن يغسلون ويكفنون م لصوص غير متاولين
غلبوا على مدينة وقاتلوا وقتلوا الانفس واخذوا اموالا الاخذ واباحتهم ولذا لو خرج جماعة لا منعة لهم ولا تاويل
فيه لاهل العلم ش ولو استعان اهل البغي اهل الحرب فاعانهم اهل الحرب على اهل العدل يسبون ويقتلون لانهم
نقضوا العهد ولو طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا ان كان خيرا لنا والا يا خذ الامام منهم شيئا ولو نصب اهل
البغي قاضيا يصلح للقضاء ان كان من اهل العدل يجوز بلا خلاف وان كان منهم بان كان ممن يستحل دماء اهل العدل
واموالهم لا يجوز بلا خلاف وان كان ممن يستحل يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي واحمد ولو كتب قاضيهم الى قاضي اهل الله
كتابا نعمل بلا خلاف والاولى ان لا يقبل لسر العلويين م وعندنا كل متسلط اذا تم السلطة يصير سلطانا يصح تقليد الله
ويصح منه ما يصح من السلطان العادل وبالله العصمة وهو ولي التوفيق والحمد لله وحده وصلى الله على محمد واله

كتاب اللقيط

اي هذا الباب في بيان احكام اللقيط والمناسبة بين كتاب اللقطة وكتاب السير من حيث ان فيهما عرضية الفوات
والاموال وعلى من ذلك منه وقدم اللقيط على اللقطة لما ان ذكر النفس مقدم وهو وزن فعيل بمعنى مفعول واللقيط م
الرفع فمعناه لغة ما يلقط اي ما يرفع من الارض اي ما يرفع من الارض وفي الشرع اللقيط اسم لمنبوذ طرحه من اهله خوفا من
القتلة او فرارا من تهمة الزناء وقال المص رحمه الله م اللقيط سمي به اعتبارا ماله لما انه يلقط ش اشار به الى انه من باب
الشيء باعتبار ما يؤول اليه كما في قوله من قتل قتيلا فله سلبه وكما في قوله تعالى اني اراني اعصر خمرا م والالتقاط مندوب ش اي رفع
اللقيط من الارض مستحب م لما فيه من احيائه ش لانه على شرف الهلاك واحياء الحي بدفع سبب الهلاك عنه قال الله
ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا ولهذا كان رفعه افضل من تركه لما في تركه من ترك الرحم على الصغار وقال عليه

السلام من لم يرحم صغيرنا الحديث وفي رفعه اظهار الشفقة على الضعيف وهو افضل الاعمال بعد الايمان بالله العظيم
على خلق الله لذا في المبسوط م وان غلب على ظن ضياعه ش اي على ظن الشخص ضياع اللقيط بقوله م
لامراته والشفقة واجب ش وقال الشافعي ومالك واحمد رفعه فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه فحينئذ فرض
واجب اي التقاطه حينئذ واجب ش كمن راى اعمى يقع في البئر يفترض عليه حفظه عن الوقوع وتمسكوا على وجوبه بقوله تعالى وتعاونوا
على البر الا انه من لاجماع الامة لمن راى اعمى يقع في البئر ... حتى يجدوا قاذفه ولا يحد قاذف امه ذكره في شرح الطحاوي و
على البر الا انه م اللقيط حر ش اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه ولا يحد قاذف امه ذكره في شرح الطحاوي
لا خلاف في انه حر ولما روي عن الشعبي انه قال ان رقبة حسبه فهو حر ولو اراد ان يسترقه فهو له وهذا مخالف
لاجماع العلماء م لان الاصل في بني ادم انما هو الحرية ش اذ الناس اولاد ادم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه وكا
حرين ولان الرق بعارض الكفر والاصل عدم العارض م وكذا الدار دار الاحرار ش اي الدار دار الاسلام فمن كان
فيها يكون حرا باعتبار الظاهر م ولان الحكم للغالب ش اي لان الغالب ممن يسكن دار الاسلام الاحرار والعمر
الغالب م ونفقته في بيت المال ش اذا لم يكن معه مال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما م اما الرواية عن عمر
رضي الله عنه فاخرجها مالك في الموطا في كتاب الاقضية عن ابن شهاب الزهري عن سنين ابن جميلة م رجل من بني
سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قلت تحت عمر به الى عمر وقال من حملك من حملك
هذه النسمة فقال وجدتها ضايعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم فقال
عمر رضي الله عنه اذهب به فهو حر وعلينا نفقته ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا مالك عن ابن شهاب حد
ابو جميلة انه وجد منبوذا على عهد عمر ابن الخطاب فاتاه به فاتهمه عمر فاثنى عليه فقال عمر هو حر ولان ماله
ونفقته من بيت المال ورواه الطبراني في معجمه من طريق ورواه الدارقطني في كتاب العلل وزاد فيه زيادة
حسنة وهي ابو جميلة ادرك النبي صلى الله عليه وسلم وحج معه حجة الوداع وهي زيادة صحيحة انتهى قلت
سنين بضم السين المهملة وفتح النون وسكون الياء اخر الحروف وفي اخره نون وكنيته ابو جميلة بفتح الجيم وقال
ابن ماكولا ادرك النبي صلى الله عليه وسلم وقال انه شهد معه حنينا وحدث عن ابي بكر رضي الله عنه وروى عنه
ابن شهاب يعني محمد ابن مسلم الزهري واما الرواية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه فاخرجه عبد الرزاق وحدثنا
سفيان الثوري عن الزهري عن ثابت ابن ذهيل عن ابن عوس عن تميم انه دخل الفسطاط فاتى به الى علي رضي الله عنه
فالحقه بامته انتهى قلت وذكره الكاكي فقال عن علي انه قال نفقته من بيت المال وولاؤه للمسلمين م ولا
ش اي ولان اللقيط مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة ش والجامع بينهما الاسلام والعجز عن الاكتساب
وعدم المال وعدم من تجب عليه نفقته قلت ولان ميراثه ش اي ميراث اللقيط لبيت المال لعدم وارثه م
والخراج بالضمان ش الخراج ما يخرج من غلة الارض او العلام يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها
اليه في وقت معلوم ومعنى الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنه ان ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كان
مؤنته فيه في بيت المال لان الغرم بازاء الغنم وقال الاجل قوله الخراج بالضمان ش اي له غرمه وله غرمه اي غلة
العبد المعيب للمشتري قبل الرد في ضمانه م ولهذا كانت جنايته فيه ش اي ولاجل كون الخراج بالضمان كانت جنايته
ش اي جناية اللقيط في بيت المال م والملتقط متبرع ش في الانفاق عليه ش اي على اللقيط ش لعدم الولاية ش اي
لعدم ولايته في التصرف في جهته فيكون متبرعا ش الا ان يامره القاضي به ش اي بالانفاق عليه م ليكون ما
انفق عليه م دينا عليه لعموم الولاية ش اي ولاية القاضي م وان امره القاضي بذلك مطلقا ولم يقل على
ان يكون دينا عليه ذكر في مختصر العصام ان يكون دينا عليه ويرجع عليه اذا كبر وذكر في الكافي ان يكون دينا
عليه ويرجع عليه اذا كبر وذكر في الكافي انه لا يكون دينا عليه ولا يرجع عليه وهذا اصح لان الامر المطلق يحتمل
قد يكون للحث في اتمام الشرع وقد يكون للرجوع واما يزول هذا الاحتمال اذا اشترط ان يكون دينا عليه وان كان
مع اللقيط مال او دابة له ينفق عليه من ماله بامر القاضي لان اللقيط حر وما في يده وما في ماله فهو له ظاهرا
لو ادل في القادري الولوالجي ش اي قال العبد ذري م فان اللقطة رجل لم يكن بغيره ان يا خذ منه لانه ثبت له حق
الحفظ لسبق يده عليه ش اي على اللقيط فكان اولى به كما في سائر المباحات م فان ادعى مدع ان ابنه فالقول قوله ش هذا
لفظ القدوري وقال المص م معناه ش اي معنى كلام القدوري اذا لم يدع الملتقط نسبه ش اي نسب اللقيط اما اذا ادعى
الملتقط نسبه فهو اولى لانهما استويا في الدعوى ش ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى ولذا اذا كان الملتقط ذميا فهو
اولى من المسلم الخارج حتى اذا كان بيد ذمي يدعي انه ابنه واقام احد من المسلمين انه ابنه فهو للذمي بحكم يده واما لو كان
يدعي اللقيط خارجين احدهما مسلم والاخر ذمي واقام بينة من المسلمين يقضى للمسلم فالحاصل ان الترجيح في باب النسب اولا باليد

المستور من احسن الوجهين من كل اقرع وسلم الى من خرجت قرعته م وان وجد ش اي اللقيط في مصر من امصار
المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما ش هذا لفظ القدوري في مختصره
وقال المصنف م وهذا استحسان ش والقياس ان لا يثبت نسبه من الذمي لان المنبوذ في دار الاسلام محكوم عليه بالاسلام
بدليل الصلاة عليه اذا مات ودفنه في مقابر المسلمين واذا ثبت اسلامه بحكم دار الاسلام لا يصدق الذمي على دعواه
لان كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه واشار الى وجه الاستحسان بقوله م لان دعواه تضمن
النسب وهو نافع للصغير ش من حيث وجوب النفقة والحضانة وابطال الاسلام ش اي وتتضمن دعواه ايضا ابطال
الاسلام م الثابت بالدار ش اي بدار الاسلام م وهو يضره ش اي وابطال الاسلام يضر اللقيط ولا يمنع ان يكون الذمي
ولد مسلم ولهذا يكون ولده مسلما اذا اسلمت امه وقال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن محمد في النوادر في الرجل
يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني قال فهو ابنه وهو مسلم وان كان عليه زي الاسلام فانه جعله مسلما واثبت نسبه من
النصراني لان ذلك لا يضره ويشفق عليه م وان كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه وذلك ان يكون
في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط راسه مجزوز الى هنا لفظه م فصحت دعوته م اي دعوة الذمي فيما
ينفعه ش اي في الشيء الذي ينتفع اللقيط به وهو الاسلام دون ما يضره ش وهو ابطال الاسلام م وان وجد ش اي اللقيط
في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة ش اي وان وجد في بيعة النصارى م او كنيسة ش اي وان وجد في كنيسة اليهود
م كان ش اي اللقيط م ذميا ش لانه لما وجد في المواضع المختصة بهم كان الظاهر من حاله انه منهم فكان ذميا وان
احتمل الجواز او يكون من غيرهم ولهذا يحكم بكفر من يوجد في دار الحرب بدلالة الظاهر وان جاز ان يكون ولد
مسلم تاجر او اسير م وهذا الجواب ش اي الجواب الذي ذكره القدوري وهو قوله كان ذميا لانه لفظه في مختصره م
فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة ش من غير اختلاف فيه م وان كان الواجد مسلما في هذا المكان م يعني في
البيعة والكنيسة م او ذميا م اي ولو كان الواجد ذميا م في مكان المسلمين اختلفت الرواية عليه ش اي في هذا
الفصل م ففي كتاب اللقيط ش يعني ففي رواية كتاب اللقيط في المبسوط م اعتبر المكان السابق ش اي لسبق المكان
على يد الواجد والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى من المبسوط م في بعض النسخ وروي في بعض نسخ روى في
بعض النسخ من المبسوط اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد لانه كالمباحات التي تستحق بسبق اليد
لكن اعتبار الواجد اولى ثم اوضح ذلك بقوله م الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما
ش اي احد الابوين م يعتبر كافرا وبه مسلما م وفي بعض نسخه ش اي نسخ الدعوى من المبسوط م اعتبر الاسلام نظرا للصغير
لانه ينفعه الكفر يضره وقال الشافعي ان كان يوجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون او في بلد كان لهم ثم اخذ الكفار فهو
مسلم وان وجد في بلد فتحه المسلمون ولا مسلم فيه او في بلد الكفار وفيه مسلمون فهو مسلم وقيل هو كافر وبه قال احمد
وبه قال اعتبر المكان واشهب اعتبر الواجد في مكان اهل الكفر ترجيحا للاسلام م ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه
وهذا لفظ القدوري في مختصره م لانه حر ظاهرا ش لان الاصل في بني ادم الحرية لان الناس كلهم اولاد ادم وحوا
صلوات الله عليهما وسلامه وهما كانا حرين فكان اولادهما احرارا تبعا لهما والرق يعارض الكفر فكان الظاهر هو الحكم بالظاهر
الا ان يثبت خلافه بالبينة وقال الكاكي يجب ان يفيد هذا بقيدين اي ادعى الحر المسلم وفيه المسلم لانه اذا كان المدعي
الذمي قبول بينته تفصيل اي شهد بقبيل او على وقيد الحرية لان المدعي اذا كان عبدا واضاف ولادته الى امراته الامة فان
فيه خلافا بين ابي يوسف ومحمد فذكر في الذخيرة بين ابي يوسف ومحمد فذكر في الذخيرة الولد حر عند محمد وعند ابي
يوسف م الا ان يقيم ش اي المدعي اذا ادعى ش البينة انه عبده م فحينئذ يكون عبده فان قلت البينة
لا تقوم الا على خصم منكر ولا خصم هنا اجيب بان الملتقط خصم لانه احق بحفظه ولا يزول يده الا بالبينة فان ادعى
عبد انه ابنه ثبت نسبه منه م هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المص م لانه ينفعه ش اي لان النسب ينفعه
لانه يتشرف به م وكان حرا ش من تتمة كلام القدوري في مختصره م لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الظاهر
بالشك ش حاصل الكلام ان المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر في
بني ادم الحرية فلا يكون عبدا وقد تلد له فيكون عبدا والظاهر في بني ادم الحرية فلا يبطل بالشك م والحر في دعوة
اللقيط اولى من العبد ش اي الحر مرفوع على انه مبتدأ وقوله اولى خبره وقوله في دعوة مصدر مضاف الى فاعله وقوله
اللقيط بالنصب مفعوله قوله من العبد اي من دعوة العبد م والمسلم من الذمي ش اي ودعوة المسلم اولى من دعوة
الذمي اذا ادعى كل واحد منهما ان اللقيط ابنه م ترجيحا ش اي لاجل الترجيح لما هو الانظر في حقه اي في حق
اللقيط انما ذكر المص هذا تفريعا لمسائل القدوري ثم كون المسلم اولى من الذمي فيما ادعيا وهما خارجان اما اذا كان

اولى وكان اذا كان الملتقط ذميا فهو اولى من المسلم الخارج حتى اذا كان من يد ذمي يدعي انه ابنه واقام احد
من المسلمين انه ابنه فهو للذمي واما اذا كان يدعي اللقيط احدهما خارج ان كان فيه مايزه بان كان احدهما
مسلم والاخر ذمي واقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم فالحاصل ان الترجيح في باب النسب اولا باليد ثم في الدين
وقال الشافعي واحمد الترجيح بقول القافة م وهذا استحسان ش اي هذا الذي ذكره القدوري م استحسان والقياس
ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط ش من حق الحفظ بالعامة المسلمين من الولاء من غير بينة م ووجه الاستحسان
انه م اي المدعي ان ادعى المدعي ابنه م اقرار الصبي بما ينفعه ش من حيث وجوب النفقة والحضانة مثل قوله لانه
ش اي لان اللقيط م يتشرف بالنسب من غير ضرر يلحقه ش اي لعدم النسب م ثم قيل يصح في حقه ش هذه اشارة الى
اختلاف المشايخ في ادعاء الخارج ان الملتقط ابنه فقال بعضهم يصح ادعاؤه في النسب يعني في حق ثبوته لا في ابطال
الملتقط وهو معنى قوله م دون ابطال يد الملتقط م وقال بعضهم يقبل قوله فيهما جميعا وهو معنى قوله م وقيل
يبتني عليه ش اي على ثبوت النسب م بطلان يده ش اي الملتقط يده لان الاب احق بالولد من الاجنبي وجوازه
يثبت الشيء ضمنا وان لم يثبت قصدا كما لا يثبت الارث منها دالة القابلة على الولادة حكما م ولو ادعاه الملتقط م قيل
ادعى نسب اللقيط الملتقط وهو الذي التقطه وهذا ذكره المص تفريعا لمسالة القدوري م قيل يصح ش اي ادعاؤه
ش قياسا واستحسانا م يعني من حيث القياس ومن حيث الاستحسان لانه لم يبطل بدعواه حق احد ولا منازع له في
ذلك م والاصح انه على القياس والاستحسان ش اي على اختلاف حكم القياس ش مع حكم الاستحسان يعني ان الدعوى
لا يصح وفي الاستحسان صح كما في دعوى غير الملتقط وهذا لم يذكرهما الكرخي وانما ذكرها الطحاوي فقال القياس
لا يصح بغير بينة ثم اعلم ان وجه القياس في دعوى الاجنبي بانه ان دعوى الاجنبي انما يصح قياسا للزوم بطلان حق
الملتقط ودعوى الملتقط انما لا يصح قياسا للزوم بطلان حق الملتقط لتناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا
لنسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم لما ادعى انه ابنه كان مناقضا لا محالة ووجه الاستحسان ظاهر وهو ان فيه
نفعا للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة وثبوت النسب ويحصل له الشرف بذلك وما قيل من التناقض
في وجه القياس لكنه ليس بمعتبر لاشتباه الحال فربما يكون الصبي منبوذا لبعض الحوادث فيظن الملتقط
انه لقيط ثم تبين انه ولده فلا تناقض اذن ولئن سلمناه التناقض ظاهرا فالتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن
اذا اكذب نفسه م وقد عرف في الاصل ش انه قد عرف حكم المبسوط وهو ما ذكرناه ش اي وان ادعاه اثنان
ش وان ادعى المدعي اللقيط شخصان من رجال م ووصف احدهما علامة في جسده ش اي في جسد اللقيط مثل
شامة او وشمة او ثولول ونحو ذلك م فهو اولى به ش اي فالذي وصف علامة اولى باللقيط لان الظاهر شاهد
له لموافقة العلامة كلامه ش فيجب على الملتقط دفعه اليه وقال الشافعي واحمد والليث وابو ثور والاوزاعي
والاوزاعي قد رده يعتبر قول القافة واذا اشتبه على القائف يقرع واذا تعارضت بيناهما لحديث المولى المدلجي
قال لا يثبت النسب او يكون لدعواه وجه لرجل عرف انه لا يعيش له الولد فزعم انه رماه لانه سمع اذا طرح
عاش ونحو ذلك مما يدل على صدقه وقال اشهب يلحق الدعوى اذا ادعاه ملتقط او غيره الا ان يبقى لهذا
كذا في جواهر المالكية م وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في النسب م وهو الدعوى لانهما سببه
الاستحقاق في حق اللقيط وقد مر خلاف الشافعي واحمد في اعتبارهما وان كان المدعي اثنين وروي عن ابي حنيفة
انه جوز الى خمسة ولا يلحق بالنسب من اثنين عند ابي يوسف وبه قال في رواية احمد وقال محمد يلحق باكثر من ثلاثة وبه قال
احمد في رواية وفي الايضاح يوافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح وفي الذخيرة وهذا خلاف اللقطة فانه
عافيه ووصف احدهما الرافق بعض العلامة حيث لا يترجح صاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط دفعها اليه
ولا يجب وهنا يلزمه دفعه والفرق ان في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوى لانها سبب
الاستحقاق في فصل اللقيط الا ترى انه لو انفرد دعوى اللقيط قضي له به كما لو اقام البينة فيعتبر الوصف للترجيح سبب
الاستحقاق واما اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل
الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا له فافترقا ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع
له فيه الا اذا اقام البينة لان البينة اقوى ش لما بعد دعواه بها وفي الشامل ادعته امراة انه ابنها لم تقبل الا ببينة
في دعوى المراة حمل النسب على الزوج واذا ادعته امراتان واقاما البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة وفي رواية ابي حفص
وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية ابي سليمان عن ابي حنيفة ايضا وفي خبر الشافعي ولو ازدحم اثنان قدم من
كان اسبق فان استويا قدم الغني على الفقير والبلدي على القروي والقروي على البدوي وكذلك نظرا للصبي وظاهر العدالة

على

احدها ذو اليد كان اولى م وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر ش اي للظاهر
من اهل الملك لكونه حرا فيكون ما في يده له م وكذا ش اي وكذا يكون للقيط م اذا كان ش اي المال م مشدودا على
دابة هو عليها ش اي اللقيط على الدابة م لما ذكرنا ش اشارة به الى قوله اعتبارا للظاهر م ثم يصرفه الواحد اليه
الملتقط ينفق عليه من ذلك المال م بامر القاضي ش لانه نصب ناظرا م بالعموم لعموم ولاية القاضي لانه نصب
لامور المسلمين وهو ظاهر الرواية م لانه مال ضائع ش اي لان المال الذي وجد مع اللقيط م مال ضائع وللقاضي
ولاية صرف مثله اليه ش اي مثل المال الضائع الى اللقيط ولذا لا يشتريه الا بامره وبه قال الشافعي فقال لو انفق بغير امر
القاضي ضمنه وان لم يكن حاكم والقويد دون الاشهاد ضمن ايضا وان انفق بالاشهاد ففيه قولان قال في الشامل وهو
في رواية مثله وقيل يصرف اي يصرف الملتقط الى اللقيط م بغير امر القاضي لانه ش اي لان المال م للقيط ظاهرا
اي بحسب الظاهر م وله ش اي وللملتقط ولاية الانفاق ش عليه م وشراء ما لا بد منه ش اي لان شراء ما لا بد منه
الانفاق عليه وبه قال احمد لا يجوز تزويج الملتقط ش اي تزويجه اللقيط م لانعدام سبب الولاية م للملتقط ش اي القرابة
والملك والسلطنة م ولم يثبت واحد منها فلا يثبت الولاية لعدم سببها م ولا يجوز تصرفه ش اي تصرف الملتقط في
مال اللقيط اعتبارا بالام م اعتبارا على عدم تصرفها في مال ابنها وهذا ش اي عدم جواز الملتقط في مال اللقيط
لان ولاية التصرف لتثمير المال م اي لتكثير فائدته والفائدة والربح ش وذلك ش اي تثمير المال انما يتحقق م
الكامل والشفقة الوافرة وفي الام الشفقة الوافرة دون الراي الكامل وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف
في المال لعدم المقصود منهما بخلاف الاب فان له شفقة وافرة ورايا كاملا فكان له التصرف في المال والراي جميعا م
ان يقبض له الهبة ش اي يجوز للملتقط م ان يقبض للملتقط الهبة م لانه ش اي لان قبض الهبة له م نفع محض ش لا ضرر
فيه بالاختلاف م ولهذا ش ولكون الهبة نفعا محضا يملكه الصغير بنفسه ش اي يملك قبض الهبة بنفسه م اذا كان عاقلا
يعقل ذلك ويميز م وتملكه الام ش اي يملك قبض الهبة لابنه م ووصيها ش اي يملك ايضا وصي الام لانها نفع محض للصغير
م ويسلمه ش اي يسلم الملتقط اللقيط م في صناعته م لانه من باب تثقيفه م والتثقيف تقويم المعوج بالثقاف
وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتاديب والتهذيب م وحفظ حاله ش من الاستغال باللعب وتعلم الفساد
ويؤاجره م اي ويؤاجر الملتقط اللقيط لان فيه نفعا له هذا لفظ القدوري في مختصره ولفظ يؤاجره كلمة
اللغة وانما هو في اصطلاح الفقهاء م قال ش اي المص رحمه الله م هذا رواية القدوري في مختصره ش يعني جواز اجارة
الملتقط للقيط على رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية ش اي ذكره
محمد في باب الكراهية م وهو الاصح ش اي المذكور في الجامع الصغير هو الاصح مما ذكره القدوري م وجه الاول
رواية القدوري م انه يرجع الى تثقيفه وقد مر معناه انفا م ووجه الثاني اراد به رواية الجامع الصغير م ان
الملتقط لا يملك ش اي منافع اللقيط بالاستخدام م فاشبه العم ش اي فاشبه الملتقط العم اي كما لا يجوز للعم اجارة الصغير
فكذلك لا يجوز للملتقط بخلاف الام يعني تملك اتلاف منافع الصغير بالاستخدام بلا عوض فلان تملكه بالاجارة بعوض
اولى على ما نذكر في الكراهية ش في اخر كتاب الكراهية في مسائل متفرقة ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق

م كتاب اللقطة ش

اي هذا باب في احكام اللقطة واللقطة واللقيط متساويان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني ادم واللقطة
وللتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني ادم م قال ش حص لفظ اي لفظ اللقطة بالمال لان الفعلة بضم
الفاء وفتح العين نعت المبالغة في الفاعل كالضحكة واللعبة واللقيط فعيل بمعنى المفعول فاللفظ الدال على
ادمي المال لزيادة مثل الانسان لرفعها كانها بامر كل من راها برفعها كانها هي رافعة نفسها على الاسناد المجازي
كناقة حلوب وركوب كانها تحلب نفسها على وجه المبالغة لزيادة رغبة من راها في الحلب والركوب انما الطلب
المنبوذ لا تمثيل كل من راه برفعه لزيادة نشر كاض فان امه نبذته قصدا لضرر كاض بخلاف اللقطة فانها
نفعا حاضرا وفي المغرب اللقطة الشيء تجده ملقى فتأخذه وقيل هي المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره وعن الخليل
اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لان من جاء على فعلة فهو اسم الفاعل وبسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة
يضحك منه وعن الاصمعي وابن الاعرابي والفراء بفتح القاف اسم للمال ايضا م اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه
ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها ش هذا لفظ القدوري في مختصره وشرط الاشهاد ظاهر بلا ذكر خلاف حتى لو
هلكت عنده وقد ترك الاشهاد يضمن وقال الطحاوي في مختصره ان ابا حنيفة كان يقول ان كان اشهد على ذلك

فلا ضمان عليه فيها وان لم يشهد على ذلك كان عليها ضامنا لها وقال ابو يوسف لا ضمان عليه فيها اشهد على انه اخذها
ليعرفها او لم يشهد بعد ان يحلف بالله ما اخذها الا ليعرفها ش قال الطحاوي قول محمد وذكر في المنظومة
الخلاف والحصر والتتاوي والولوالجي وخلاصة الفتاوى قول محمد مع ابي حنيفة وذكر في التحفة وشرح الاقطع
قول محمد مع قول ابي يوسف ش علل المص لما ذكره القدوري بقوله م لان الاخذ ش اي اخذ اللقطة م على هذا الوجه
ش اي على وجه الاشهاد وقت الاخذ م ماذون فيه شرعا م لاجل الحفظ على صاحبها واذن الشارع ليس باقل من
اذن المالك فاذا اذن المالك فلا ضمان فكذا اذا اذن الشارع الا ترى ان الوديعة لا يجب فيها الضمان لوجود الاذن
لكن اهذا قلت فان في ذلك من اين يوجد اذن الشارع فيه قلت من قوله من اصاب لقطة فليشهد واعدل
راهويه في مسنده عن عياض ابن حمار انه عليه السلام فانه يدل على ان له ان ياخذها بالاشهاد م بل هو الافضل ش اي
بل اخذ اللقطة افضل قال في الشامل اخذ اللقطة مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وفي المبسوط
اختلف في رفعها فالمتقشفة لا يحل رفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذنه واذا حرم شرعا وهما حديث وهو مخالف للحديث ثم
اجماع الامة وقال بعض التابعين يحل رفعها ولكن الترك افضل وبه قال احمد ابن حنبل في الاصح واشار المصنف اليه
والى رفعها افضل عند عامة العلماء ش اذا وجدها بمضيعة وامن على ذلك وهو رواية عن احمد واختارها ابو
الخطاب الحنبلي وعن الشافعي في قول اذا لم يامن عليها واجب وقال مالك ان كان شيئا له مال فرفعت احب الي لان فيه
حفظ المال اي مال المسلم فكان اولى من تضييعه وفي شرح الاقطع يستحب اخذ اللقطة ولا يجب وقال في النوازل قال
ابو نصر محمد ابن محمد ابن سلام ترك اللقطة افضل من تركه وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يفترض الرفع
وان لم يخف يباح رفعها اجمع عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب وقال في فتاوي الولوالجي اختلف العلماء في رفعها
اجمع العلماء عليه والافضل من تركها وقال بعضهم يحل رفعها وتركها افضل وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو رفعها
ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اذا اخذ ولم يبرح عن ذلك المكان
حتى وضع هناك اعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية م وهو
الواجب ش اي رفعها هو الواجب م اذا خاف الضياع ش اي ضياع اللقطة م على ما قالوا ش اي المشايخ لقوله تعالى
والمؤمنون بعضهم اولياء بعض فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله في الوجيز يفترض رفعها اذا خاف ضياعها ثم
م واذا كان كذلك ش اي اذا كان اخذ اللقطة ماذونا فيه م لا يكون مضمونة عليه ش اي على الملتقط فجواز الاخذ
له شرعا م وكذا ش اي وكذا لا يكون اللقطة مضمونة م اذا تصادقا ش اي المالك والملتقط م انه اخذها للمالك م لان
تصادقهما حجة في حقهما وصار ش اي تصادقهما م كالبينة ش يعني ان البينة اذا وجدت عند الاخذ لا يجب الضمان فكذا
اذا وجد التصادق م ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع م ذكر هذا تفريعا لمسألة القدوري انما قيد بالاجماع
احترازا الضمان الذي يلزم عند عدم الاشهاد عند ابي حنيفة لان فيه خلاف ابي يوسف م لانه ش اي لان
الملتقط اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشارع فكان غاصبا وقال في شرح الطحاوي ولو اخذها فيأخذها ليأكلها
لا يردها على صاحبها ثم هلكت فانه يضمن الابراء عن ضمانها حتى يدفعها الى صاحبها وان لم يشهد الشهود عليه م اي عند الا
لتقاط وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن م وبه قال الشافعي
ومالك واحمد لان الاشهاد غير واجب عندهم بل مستحب وذكر في شرح الاقطع قول محمد مثل قول ابي يوسف م و
القول قوله ش اي قول الملتقط مع يمينه لان الظاهر ش اي ظاهر الحال م شاهد له ش اي للملتقط م
لاختياره الحسبة دون المعصية : اي لاختيار الملتقط وجه الله تعالى والحسبة اسم من الاحتساب كالعدة من الاعتداد
وانما قيل اعتبر العمل لمن ينوي به وجه الله تعالى لانه حينئذ ان يعتد عمله فجعل في حال مباشرته الفعل كانه معتد
كذا ذكره الزمخشري في الفائق وحاصل الكلام ان مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعا قال عليه السلام لا تظن انه حرم
من في اخيك سوءا وانت تجد لها محملا في الخير وانما كان القول قوله لان صاحبها لا يدعي سبب الضمان وهو ينكر فالقول
له لان صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر فالقول له كما في الغصب م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م انه
ش اي ان الملتقط م اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير م بغير اذنه م وادعى ما يبريه : بضم الياء من الابراء اي ما
يبريه عن الضمان وهو الاخذ ش اي دعواه ما يبريه الاخذ المالك وفيه م اي وفي قوله هذا م وقع الشك م وهو انه
يحتمل انه اخذه لنفسه فيضمن ويحتمل انه اخذه لمالكه فلا يضمن بوقوع الشك م فلا يبرا عن الضمان م وما ذكرناه ش اي والذي
ذكره ابو يوسف م من الظاهر م وهو قوله لان الظاهر شاهد له م يعارضه مثله ش اي مثل ذلك الظاهر وهو
ان يقال الاصل ان يكون تصرف الانسان له لا لغيره وذكر في الفتاوي هذا الاختلاف اذا كان متمكنا من الاشهاد

فان لم يتمكن لعدم من يشهد على ذلك او لخوفه على ان ياخذ منه ظالم فالقول قوله مع اليمين بالاشهاد ولا
ضمان عليه في ترك الاشهاد م ويكفيه ش اي ويكفي الملتقط في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة اي يطلبها
ويقول من راى لقطة لذا ولذا م فدلوه ش بضم الدال وتشديد اللام م على ش بتشديد الياء سواء م كانت اللقطة
واحدة او اكثر م يعني كانت اللقطة من جنس واحد او من اجناس مختلفة بان يكون ردئيا وفضة وانوابا يكفيه
ينادي من سمعتموه ينشد لقطة ولا يحتاج الى الزيادة م لانها ش ولان اللقطة اسم جنس فيتناول الجميع وعلى
احمد ينبغي ان يذكر جنسهما من ذهب او فضة وفي شرح الطحاوي ولو قال التقطت لقطة او ضالة وعندي
لمن سمعتموه ينشد شيئا فدلوه علي فلما جاء صاحبها فان هلكت لا ضمان عليه ولذلك وجد لقطتين فقال من سمعتموه
ينشد شيئا فدلوه علي ولم يقل عندي لقطتا ولذلك لو قال عندي لقطة برئ من الضمان وان كانت عشرا وهذا
اشهاد انه انما اخذها ليردها على صاحبها وقال شمس الائمة الحلواني ادنى ما يكون في التعريف ان يشهد عند الاخذ
ويقول اخذها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك لغى م قال ش اي القدوري م فان كانت ش اي اللقطة
اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا ش هذا لفظ القدوري م في مختصره
قال ش اي المص رحمه الله م وهذه رواية عن ابي حنيفة ش اي هذه الرواية التي ذكرها القدوري بالترديد
رواية م عن ابي حنيفة رضي الله عنه ش واشار بهذا الى انها ليست ظاهر الرواية في ظاهر الرواية بيد التعريف
مقدرة بالحول قال الطحاوي ايضا م واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الذي نفيسا او خسيسا وهذا ظاهر
الرواية وفي فتاوى الولوالجي وعن ابي حنيفة ان كانت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولا وان كانت اقل من مائتي الى
الى عشرة يعرفها شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها حولا وان كانت عشرة فصاعدا يعرفها شهرا وان كانت ثلاثة
فصاعدا لم يعرفها عشرة ايام وان كانت درهما فصاعدا يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها
يوما وان كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير وقال شمس الائمة السرخسي وشيء من هذا ليس
لازم بل يعرف القليل مقدار ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وقال اصحاب الشافعي التعريف
سنة وهو قول مالك واحمد م وقوله ش اي وقول القدوري م اياما معناه بحسب ما يرى ش ان الملتقط
معناه الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك م وقدره محمد رحمه الله في الاصل ش اي المبسوط قدره محمد
بالحول من غير فصل ش اي بين القليل والكثير وهكذا روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ولا السنة لا يتاخر
عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي يقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدر المدة
اجل العنين م وهو ش اي قول محمد بالحول م قول مالك والشافعي واحمد ايضا م لقوله عليه السلام
لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من التقط شيئا فليعرفه سنة ش هذا الحديث رواه اسحاق ابن راهويه باسناده
عياض ابن حماد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ذكرنا بعضه عن قريب وفيه فليعرفها عن قريب فان جاء
صاحبها والا فهو مال ابيه يوتيه من يشاء واخرج الدارقطني في سننه عن زيد ابن خالد الجهني قال سال ذلك رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة الحديث من غير فصل ش في شيء بين القليل والكثير م وجه
الاول م وهو ما روي عن ابي حنيفة انه عرفها حولا اذا كانت ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة
دينار تساوي الى ما رواه البخاري في صحيحه عن ابي بن كعب رضي الله عنه قال اخذت صرة فيها مائة دينار فاتيت النبي
الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثالثا
فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وجه الاستدلال به انه
عليه السلام اعتبر الحول في كل ما صحت لتعريف بالحول مطلقا واجاب المصنف عن هذا بقوله م والعشرة
وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة لان اليد تقطع بالعشرة كما تقطع بما فوقها ولذلك في ملاءة
العشرة في المهر كما فوقها وهو معنى قوله م وتعلق استحلال الفرج به ش اي وكما تعلق استحلال الفرج به كما في تعلق
استحلال الفرج به في النكاح ش وليست في معناها ش اي وليست العشرة في معنى الالف والاخرى في عدم لزومها
في معنى الالف والاخرى في عدم لزومها فلما كان الامر كذلك قال المص فاوجبنا التعريف
بالحول احتياطا ش نظرا الى اعتبار الجهة الاولى م وما دون العشرة ليس في معنى الالف موجبه تاما ش اي موجبه
من اي وجه من الوجوه ثم قال فاذا كان الامر كذلك م تعوضناه ش يعني تقدير المدة م الى راي المبتلى به
ما دون العشرة وقال الكاكي وما روي عن ابن كعب انه عليه السلام امره بتعريف مائة الدينار ثلاثة احوال
قال ابو داود شك الراوي في ذلك وقال اراد لا ادري ثلاثة اعوام او عاما انتهى قلت

رواه مسلم ايضا في صحيحه وفي اخره فقال لا ادري ثلاثة احوال او حول واحد وفي لفظ عامين او ثلاثة
وفي لفظ عرفها عاما واحدا وقال ابن الجوزي في التحقيق ولعلوا هذه الروايات من غلط بعض الرواة بدليل
ان شعبة قال فيه سمعته يقول بعد عشر سنين عرفها عاما واحدا او يكون عليه السلام اعلم انه لم يقع تعريفها
كما ينبغي فلم يحتسب له بالتعريف الاول وقيل الصحيح اشارة الى قول شمس الائمة السرخسي وقد ذكرناه عن قريب ولهذا
قال بعض اصحاب مالك واصحاب احمد رحمهم الله م ان شاء من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط
يعرفها الى ان يغلب على ظنه اي صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها ش اي باللقطة م وان كانت اللقطة
شيئا لا يبقى قالوا في فتح الفتاوى وان كانت اللقطة مما لا يبقى اذا اتى عليه يوم او يومان عرفها فاذا خاف الفساد
تصدق بها عرفها حتى اذا خاف ان تفسد تصدق به كله حتى هنا الى المعنى طرفها الى ان يخاف فسادها اي فحينئذ
يتصدق به والضمير في قوله يرجع الى قوله شيئا م وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع جمع مجمع
اي مجمع الناس كالاسواق وابواب المساجد وفي الشامل والتعريف ان ينادي في الاسواق والمساجد من ضاع له شيء فليطلبه
عندي م فان ذلك ش اشارة الى الموضع الذي اصابها فيه اقرب الى الوصول الى صاحبها ش لان صاحبها يرجع الى الموضع
الذي نسيه فيه وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان ويكون القاؤه اباحة
اي القاء التي الذي يعلم ان صاحبه يطلبه يكون اباحة منه لمن ياخذها م حتى اذا جاز الانتفاع به من غير
تعريف ش لانه حينئذ من المباحات م ولكنه يبقى على ملك مالكه ش لانه لم يخرج من ملك مالكه فلا يكون تمليكا لمن اخذه
في مواضع مختلفة لجمعها حتى صارت بحكم الكثرة لها قيمة فلا اعتبار لقيمتها لانها ظهرت بصنعه وهو جمعه وله
بذلك ورد شيخ الاسلام ولو كانت متفرقة لجمعها ليس للمالك اخذها لانه يصير ملكا للاخذ بالجمع ولذا الجواب
في النقاط السنابل ديه كان يعني الصدر الشهيد لذا في الذخيرة وفي المحيط لو وجد النواة والقشور في مواضع متفرقة
يجوز الانتفاع به لما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها اما لو لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه القاها بل سقط
منه انتهى وكلام المص يدل على شيئين احدهما انه اذا اجمعها يجوز له الانتفاع بها لانه علل بقوله م حتى اذا وجدها في
الملتقط اخذها منه وفي المبسوط روى بشر عن ابي يوسف لو جز صوف شاة ميتة ملقاة كان له ان ينتفع ولو وجد صاحب
الشاة في يده كان له ان ياخذه منه ولو دبغ جلدها كان له لصاحبها ان ياخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ
فيه انه ملكه لم يزل بالالقاء وفي خلاصة الفتاوى والنقاح والكمثرى والحطب في الماء لا باس ان ياخذها
قال م فان جاء صاحبها ش اي صاحب اللقطة ان جاء بعد التعريف وخبران محذوف تقديره دفعها اليه والا اي
صاحب اللقطة ان جاء بعد التعريف وان لم يجئ يعني اذا لم يظفر الملتقط بصاحبها يتصدق بها والمسالة العدو
بتمامها فيه فان جاء صاحبها بعد ذلك مخالف ان شاء الصبي الصدقة وان شاء ضمن الملتقط وشرح المصنف كلام
المصنف بقوله م ايصالا ش اي لاجل الايصال م للحق الى المستحق وهو ش اي ايصال الحق الى المستحق م واجب
بقدر الامكان م ليخرج من عهدته ش ولما كان الايصال اعم من ان يكون الصاحب اي صاحب الحق او لغيره اوضح
ذلك بقوله م وذلك ش اي ايصال الحق م بايصال عينها ش اي عين اللقطة م عند الظفر بصاحبها م وايصاله
العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته ش اي اجازة صاحب اللقطة م التصدق ش اي اللقطة الى مستحقه وا
قيد بقوله لانه اذا لم يجز التصدق لا يكون الثواب له فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو ش اي صاحبها م بالخيار ان
شاء امضى الصدقة ولو ثوابها لان التصدق وان شاء امضى الصدقة ولو ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع
ش حيث جاء في حديث ابي هريرة اخرجه البزار فان جاء صاحبه فليرده اليه وان لم يات فليتصدق به الحديث
لهذا التصدق وان حصل باذن الشرع ش حيث جاء في حديث ابي هريرة اخرجه البزار فان جاء صاحبه فليرده
اليه وان لم يات فالله صاحب الدين هو لم يحصل باذنه اي لم ياذن المالك فاذا كان لذلك فيتوقف
على اجازته ش اي اجازة الصاحب الصدقة م والملك يثبت للفقير ش هذا جواب عن سوال مقدر تقديره ان
يقال لما توقف نفاذ التصدق على اجازته ينبغي ان يشترط وجود المحل عند الاجازة لكن لا يشترط حتى اذا هلك
المال في يد الفقير ثم اجاز المالك جاز وتقريره اي تقرير الجواب اي الملك يثبت للفقير م قبل الاجازة لان
الملتقط لما اذن له الشرع في التصدق ملك الفقير لان التصدق من اسباب الملك ش فلا يتوقف ش اي ثبوت
الملك على قيام المحل م حتى لو هلك المال في يد الفقير يجوز الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير بالاخذ
ينبغي ان لا ياخذه المالك اذا كان قائما في يده قلنا ثبوت الملك للفقير بالاخذ ينبغي ان لا ياخذه بثبوت
الملك اذا امتنع الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب وكالمرتد لو عاد من دار الحرب

م بعد الاجازة ش اي بعد اجازة المالك بعد قسمة ماله بين ورثته فانه ياخذه مسلماً ما وجده فاما بعد
ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد لو عاد بعد ثبوت الملك لهم م بخلاف بيع الفضولي ش حيث يشترط فيه الاجازة
قيام المحل م لثبوته ش اي لثبوت الملك م فيه ش اي بيع الفضولي م حيث يشترط فيه الاجازة الفضولي يشترط
لصحة الاجازة قيام الاربعة المالك والمتعاقدان والمعقود عليه اذا كان الثمن دينا وسيجي بيانه ان شاء الله
في كتاب البيوع م وان شاء ضمن الملتقط ش هذا عطف على قوله ان شاء امضى الصدقة م لانه ش اي لان الملتقط
سلم ماله الى غيره بغير اذنه ش اي سلم صاحب اللقطة الى غيره بغير اذن منه وبه قال مالك والثوري والحسن
ابن صالح وقال الشافعي واحمد فاذا جاء بعد التعريف بحكم الملتقط بحكم وصارت من ماله كسائر امواله غنيا
كان الملتقط او فقيرا وروي مثله عن عمر وابي مسعود وعائشة رضي الله عنهم م وبه قال عطاء والنخعي وابن
المنذر واحتج الشافعي واحمد بحديث زيد ابن خالد فان لم فاستنفعها وفي رواية شانك بها وفي رواية فاستمتع بها
ولنا حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة من التقط شيئا فليعر
فه سنة فان جاء اليه فان جاء صاحبه فليرده اليه وان لم يات فليتصدق به وان جاء فليخيره بين الاجر وبين الذي
له رواه البزار ولانها مال الغير فلا يملكها بغيرها ويملكها الفقير عندنا لحديث عياض بن حمار
ذكرناه وفيه فان جاء صاحبها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء رواه النسائي وغيره وما يضاف الى الله تعالى
انما يتملكه من حيث الصدقة وعن احمد مثله وحديث زيد ابن خالد يحتمل ان يكون في فقير فيحمل عليه جمعا بين الادلة
فان قلت قيل ان حديث ابي هريرة غريب قلت ليس كذلك بل نقله العدول وهو موافق للقياس
في عدم جواز تملك مال الغير بغير اذنه فان قلت كيف يضمن الملتقط وقد تصدق باذن الشرع قلت
الشرع اباح له اهل التصدق وما لزمه ذلك وهو معنى قول المصنف م الا انه ش اي ان الملتقط م باباحة من
جهة الشرع ش يعني ان الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن لا يسقط الاثم بالضمان وهو معنى قوله
وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة م فانه يحل باباحة شرعية لكن مع الضمان
ولذا الرمي مع الصيد مباح ولذا المشي في الطريق مباح فاذا اهلك بذلك ش يجب الضمان على الرامي والماشي لان
اسقاط حق محترم لا يجوز وفي خلاصة الفتاوي ان تصدق الملتقط باذن القاضي ليس له ان يضمنه وقال الكاكي
هذا ليس بصواب اذا تصدق الملتقط باذن القاضي لا يكون اعلى حالا من تصدق القاضي بنفسه وهناك يضمن
وههنا اولى كذا في الذخيرة وفتاوي قاضي خان م وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض المال
الغاصب لكن ايهما ضمن لا يرجع على صاحبه لان اما المسكين فانه اخذ لنفسه ومن اخذ لنفسه لا يرجع على احد كالمشتري
واما الملتقط فلانه لما ضمن ملك اللقطة من وقت التصدق فتبين انه تصدق بملك نفسه م وان كان ش اي المال
الذي هو لقطة ان كان قائما م في يد الفقير م اخذه لانه وجد عين ماله م وهو حقه فياخذه ان شاء
ش اي القدوري م ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والغنم والبعير ش هذا كلام القدوري م وقال
وقال الشافعي ومالك اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل ش وبه قال احمد وعن مالك
في ضالة الابل ولو وجدها في القرى عرفها وفي الصحراء لا يتعرض لها وهو رواية المزني وعن الشافعي وعن مالك
ان البقر كالشاة اما اذا وجدها في مكان يغلب على الظن هلاكها او قريبة او في قريب منها فوجهان احدها
وفي الوجيز لو وجدها في بلدة او في قرية لا يجوز واصحهما يجوز هذا اذا كان في وقت الامن اما
اذ يجوز في الصحراء والعمران وما لا يمتنع من صغار السباع كالكسير والغنم والعجوز والفصلان يجوز التقاطه في
والعمران في الاصح وفي شرح الاقطع الخلاف في الجواز ش وعلى هذا الخلاف الفرس ش اي على الخلاف المذكور
الفرس ش اي على الخلاف المذكور التقاط الفرس م ولهما ش اي وللشافعي ومالك م لان الاصل في اخذ مال
الغير الحرمة والاباحة الضعيف ش اي اباحة اخذ مال الغير الكثير لاجل الخوف على ضياعه م واذا كان
معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم م اي ولكن الضياع يتوهم م فيقضي بالكراهة والندب
الى الترك اي المستحب ان يتركها وقد ذكرنا الان عن الاقطع اي الخلاف في الجواز م ولنا انها ش اي الشاة
والبعير والفرس لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس قلت
في حديث البخاري عن زيد ابن خالد رضي الله عنه ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة
فقال عرفها سنة الى ان قال فضالة الغنم قال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب قال قال رسول الله صلى

الله عليه وسلم وضالة الابل قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه او احمر وجهه ثم قال
ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها قلت هو محمول على اذا لم يخف عليها اذا خيف فاخذها ثم
للصيانة اولى ويدل عليه ما رواه الطحاوي عن عبد الله ابن عمرو ابن العاص ان رجلا من مزينة اتى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فساله كيف ترى في ضالة الغنم قال طعام ماكول لك او لاخيك او للذئب احبس على اخيك ضالته
قال يا رسول الله فكيف ترى في ضالة الابل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ولا يخاف عليها الذئب تاكل الكلأ
وترد الماء فدعها حتى ياتي طالبها انتهى قوله سقاؤها بكسر السين واراد بها اذا وردت الماء ريها من شربها والحذاء بكسر
الحاء المهملة وبالذال واراد بها اخفافها التي تقوى بها على السير فان قلت ينبغي ان لا يجوز اخذ
اللقطة اصلا بدليل ما روي في شرح الاثار مسندا الى ابن الجارود العبدي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
ضالة المسلم حرق النار قلت معناه اذا اخذها للركوب لا للتعريف والحرق الملتهب ان تملكها سبب لفعل
النار وكذا الجواب عن الحديث الاخر وهو قوله عليه السلام لا يؤوي الضالة الا ضال يعني اذا اخذها ثم
لنفسه وان ابوها فان لنفسه وان ابوها كان لنفسه فان انفق الملتقط عليها ش اي اللقطة م بغير اذن الحاكم او
الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك ش فصار كما لو قضى دين غيره بغير امر القاضي م وان انفق بامره
ش اي بامر القاضي م كان ذلك ش اي انفاقه م دينا على صاحبه ش اي صاحب اللقطة وانما ذكر الضمير باعتبار
المال م لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له ش اي لاجل النظر للغائب لانه نصب لمصالح المسلمين فتعم ولايته
وقد يكون النظر في الانفاق ش اي وقد يكون نظر الغائب في الانفاق ش اي وقد يكون نظر الحاكم بالامر بالانفاق
على اللقطة فكل ما يراه القاضي احوط واصلح كان ذلك له م على ما نبين ان شاء الله تعالى ش عند قوله وان
كان الاصلح الانفاق عليها واذا رفع ذلك ش اي امر اللقطة ش اي الى الحاكم نظر فيه ش اي في امر اللقطة
فان كان للبهيمة منفعة م وهو صلاحيتها للاجارة كالحيوانات التي تركت في محل واحد م اجرها وانفق
عليها من اجرتها م لان فيه ش اي في محل الاجارة م ابقاء العين ش اي عين اللقطة في العبد الآبق
فانه يؤجره وينفق عليه من اجرته لان فيه ابقاء للمالك ش وان لم يكن لها منفعة كالشاة مثلا
وخاف ان يستغرق النفقة قيمتها باعها وامر ش اي الملتقط بحفظ ثمنها ابقاء لها عند تعذر ابقائه صورة ش اي
من حيث المعنى بالمالية حيث لم يمكن ابقاء الصورة لانه يخاف عليها ان يستاصل النفقة العينية لفقضي
القاضي لو راى م وان كان الاصلح الانفاق عليها يعني القاضي الانفاق اصلح اذ في ذلك ش اي
في الانفاق جعل النفقة دينا على مالكها بنفسه ناظرا في امور المسلمين يفعل ما يراه احفظ واصلح
كان له ذلك لعموم ولايته م وفي هذا ش اي في اذن القاضي للملتقط في الانفاق وجعل النفقة
دينا على المالك م نظر في الجانبين ش جانب المالك لابقاء عين ماله وجانب الملتقط برجوعه
على المالك ما انفق م قالوا ش اي المشايخ م وانما يامر بالانفاق يوما او يومين او ثلاثة على قدر ما
رجا ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يامر ببيعها ش اي القاضي ببيع اللقطة م لان دارة النفقة
اي استمرارها مستاصلة ش للقيمة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة ش اي طويلة م قال ش اي المصنف
رحمه الله م في الاصل ش في المبسوط م شرط اقامة البينة حيث قال فان رفعها الى قاض واقام
بينة انه التقطها امره بان ينفق عليها وهو الصحيح وفي بعض النسخ وهو صحيح وهو اختيار
المصنف وقال الولوالجي في فتاواه قالوا هذا اذا كانت اللقطة شيئا لا يخاف عليه متى انفق
ان ينفق الى ان يقيم عليه البينة لكن يقول له انفق عليه ان كنت صادقا م لانه يحتمل ان يكون
غصبا في يده ولا يلزمه بالانفاق بخلاف الوديعة م حيث يامره بالانفاق فيها خوفا من ضياعها
فلا بد من البينة م على انه التقطها ليملك في الحال م للحاكم حتى يقع امره على الصواب م و[illegible]

يقام ش اي البينة م للقضاء ش اي لاجل الحكم وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره كيف تقام شرطي
الاصل انما تقام البينة ولا تقام البينة الا على مدعى عليه منكر ولم يوجد ذلك هنا وتقرير الجواب ان البينة هنا
ليست لاجل قضاء وانما تقام لكشف الحال يعني تقام الحال حتى يكشف الحال حال البهيمة انها لقطة او غصب
في الحال لا الانفاق دون الثاني م وان قال الملتقط لا انفقه على ان لقطتها ش يقول القاضي انفق عليه وان كنت
فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا ترجع وان كان غاصبا م قوله لا ترجع بالنصب لانه عطف على
حتى ترجع فيه منصوب بتقدير ان بعد حتى م وقوله ش اي قول القدوري وهو مبتدأ بالرفع خبر المبتدأ
المذكور انما يرجع ش اي الملتقط على المالك بعدما حضر ولم يبع اللقطة ش ولم يبع الملتقط اللقطة وضبطه
بعضهم على صيغة المجهول اذا شرط القاضي الرجوع م هذا متصل بقوله انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي
الرجوع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا ش قوله ولا يرجع بالغصب م في الكتاب ش اي مختصر
القدوري م وجعل النفقة تعلى هذه الرواية اذا امر القاضي بالانفاق على اللقطة ولم يشترط الرجوع على المالك
لا يرجع عليه وفي الرواية الاخرى يرجع م وهو الاصح ش اي الاصح في الرجوع ليشترط القاضي الرجوع واحترز به
عن قول بعض اصحابنا بان مجرد امر القاضي الرجوع واذا احضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه ش اي يمنع اللقطة
من المالك فللملتقط ان يمنعها منه ش اي منع اللقطة من المالك حتى يحضر النفقة م التي انفقها الملتقط على
اللقيط م لانه ش اي لان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المدلول قاله الكاكي ولا وجه ان يقال ذكره باعتبار
المال ولذلك ولذلك الكلام في قوله م حتى ش والقياس حيث م حيي بنفقته ش اي بنفقة الملتقط م فصار كانه
الملك من جهته ش اي من جهة الملتقط م فاشبه المبيع حيث يجوز للبائع ان يحبس المبيع لاستيفاء الثمن م واقرب
من ذلك ش اي اقرب المبيع الى اللقطة في الشبه رد الحبس ش اي الحبس اللائق م لا يستثنى الحل ش وهو الآبق
ذكرها على ما يأتي لما ذكرنا م وهو ش ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه ش اي بهلاك اللقطة على تأويل المال في يد
الملتقط قبل الحبس لانه ش اي لان اللقطة على تأويل المال م في يد الملتقط قبل الحبس لشبهة الرهن ش اي اذا هلك
بعد حبس المرتهن بالنفقة بهلاكه ش اي بهلاك اللقطة على تأويل المال م في يد الملتقط قبل الحبس لشبهة الرهن
ش اذا هلك بعد حبس المرتهن بالنفقة وفي الذخيرة اذا ابى ان ينفق على المرتهن وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي
النفقة ولو هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن وقال هذا وهو قول زفر وقال ابو يوسف ليس له ان يحبس
فاذا هلك في يد المشتري فالنفقة دين على الراهن بحاله م قال ش اي القدوري م ولقطة الحل والحرم سواء ش
يعني في الحكم وقال الشافعي يجب التعريف اي تعريف لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها ش وبه قال مالك واحمد
في رواية م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م في الحرم كالحل ولا تحل لقطتها الا لمنشدها
هو رواه اخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم فتح مكة الحديث مطولا وفيه لا يلتقط لقطته الا من عرفها الحديث وفي لفظ لهما لا يلتقط ساقطها الا لمنشد
وقال ابو عبيد المنشد المعرف والناشد الطالب معناه لا تحل لقطة مكة الا لمن يعرفها م ولنا قوله عليه السلام
اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ش يعني لقطة الحل ولقطة الحرم والحديث اخرجه الائمة
الستة عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها
ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها الحديث والعفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد
او غير ذلك والوكاء بكسر الواو والمد الخيط الرباط الذي يشد به م ولانها ش ولان اللقطة الحرم لقطة سائر
اللقطات وابيح اخذها اي اخذها وجاز الانتفاع بها بعد الحول كلقطة الحل م وفي التصدق بعد الحول ابقاء
ملكه بمعنى للتعريف ابقاء الملك المالك من وجه ش يعني من حيث تحصيل الثواب له م فيملكه ش اي
يملك الملتقط كما في سائرها ش اي كما يملك في سائر اللقطات م وتأويل ما روى ش ما رواه الشافعي م انه لا تحل
لا الالتقاط الا للتعريف م لعله ذكر في رواية اخرى ولا يلتقط لقطتها الا من عرفها والتخصيص بالحرم
جواب عما يقال ما وتقرير الجواب ان يقال هذا الرفع بالحرم معنى بلقطة الحرم انه لا يسقط التعريف
ان تغليل حل الحرم م لبيان انه لا يسقط التعريف فيه م لمكان الغرباء الظاهر ش اي من حيث الظاهر بيان ذلك
ان مكة مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من الاقطار من كل فج عميق ثم يتفرقون لسبيل غيره فالغالب
ان لقطتها للغريب لا يدري عوده الى مكة فلا فائدة اذن في التعريف فينبغي ان يسقط التعريف اصلا لهذا

تأبد اذن في التعريف فينبغي ان يسقط التعريف اصلا لعدم الفائدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ذلك الوهم فقال لا تحل رفع لقطتها الا لمعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقيل تمسك الشافعي بالحديث
المذكور الا اذا حمل المنشد يعني الناشد وحمل الاعمى والقديم لا تحل لقطتها لا تثبير الملتقط ولا الملتقط
انتهى فان قلت قد ذكرنا ان المنشد هو المعرف الناشد هو الطالب ومذهبه ليس كذلك فان صاحب الوجيز
قال معنى الحديث لا تحل لقطتها الا لمنشد على الدوام والا لم يظهر فائدة التخصيص قلت واذا احضر رجل فادعى
اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك اي على الدفع في القضاء
م وفي القضاء ش يعني الحاكم لا يجبره على الدفع م وقال مالك والشافعي يجبر ش على الدفع وقال الكاكي هكذا وقع في نسخ
اصحابنا ولكن القائل بوجوب الدفع بالعلامة مالك واحمد وابن المنذر قال في كتب اصحاب الشافعي قوله كقولنا والعلامة
مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها م ويصيب في ذلك كله وقد مر عن قريب تفسير الوكاء
لهما ش اي لمالك والشافعي م ان صاحب اليد م الذي هو الملتقط ش ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك وشرط
الوصف ش اي وصف اللقطة بذكر العلامة لوجود المنازعة من وجه م وهي المنازعة في الملك وحاصله ان الملتقط
لا ينازع له في الملك لا يدعي الملك وانما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترط بيان العلامة دون
اقامة البينة م ولنا ان اليد حق مقصود للانسان كالملك حتى يجب الضمان على الغاصب بازالة اليد الا ترى ان المدبر
اذا غصبه رجل غاصب يلزم الضمان لازالة اليد المحترمة وان لم يكن المدبر قابلا للملك فاذا كان كذلك ش فلا يستحق
ش اي المدعي م الا بحجة وهي البينة اعتبارا للملك اذ الادعاء لقوله عليه السلام والبينة على المدعي م الا انه ش اي غير
ان الملتقط م يحل له الدفع ش اي دفع اللقطة الى صاحبها م عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها
وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه ش الحديث رواه مسلم عن ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في
في اللقطة عرفها فان جاء احد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فادفعها اليه واعطه اياها واياها والا فاستمتع بها
وفي رواية والا فهي سبيل مالك م وهذا ش اي قوله عليه السلام فادفعها اليها م للاباحة ش يعني الامر فيه
للاباحة لان الامر يجيء للاباحة م عملا بالمشهور ش اي لاجل العمل بالحديث المشهور م وهو قوله عليه السلام البينة
على المدعي الحديث ش اي من تمام الحديث وتمامه واليمين على من انكر وفي رواية ابي داود فان جاء صاحبها وفي رواية
ما لها فعرف عددها ووكاءها فادفعها اليه بيانه ان قوله عليه السلام فادفعها اليه لو لم يحمل على الاباحة وحمل الوجوب
لزم التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه والاصل في التعارض على وجه يلزم التنافي والاصل
التلفيق فحملنا ما تمسك به الشافعي على اباحة الدفع للتعارض بين الحديثين وقال الاكمل ولقائل ان يقول الحمل
على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الدفع ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الوجوب والجواز ان الشافعي
وقيل بانتفاء الجواز ان الشافعي لم ينقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب والمص هنا في نفاذ عدم الدفع فجاز ان يدفعه
على طريق يلزم الحضر م ويأخذ منه ش اي من مدعي اللقطة م كفيلا اذا كان ش اي الملتقط يدفعها اليه
ش اي يدفع اللقطة الى المدعي م استيثاقا ش اي لاجل الاستيثاق لنفسه حتى اذا جاء اي ظهر الامر بخلافه وتعذر
الرجوع اليه يرجع على الكفيل هذا اذا دفعها بالعلامة اما لو دفعها بالبينة نص ابي حنيفة روايتان والصحيح انه لا
يأخذ كفيلا كذا في جامع قاضي خان م وهذا بلا خلاف ش يعني اخذ الكفيل هنا بلا خلاف م لانه اخذ الكفيل
لنفسه م ولا يأخذ لغيره بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده ش اي عند ابي حنيفة ومحمد ورد الضمير اليه وان لم
يسبق ذكره لشهرة حكم تلك المسألة صورته ميراث قسم بين الغرماء او الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث
كفيل عند ابي حنيفة وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن ان لا يكون غيره فيجيء
بنفسه ولا يمكن الرجوع على الاخذ لانه قد يتوارى فيحتاط باخذ الكفيل اما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم
وحق الاخر موهوم فلا يجوز تأخير حق الحاضر الثابت الموهوم وقال الاترازي قوله ويأخذ منه كفيلا الى قوله
وهذا بلا خلاف فقد تناقض من المص لانه قال في فصل المواريث فيه روايتان والاصح انه على الخلاف م واذا
صدقه ش اي اذا صدق الملتقط مدعي اللقطة م قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة ش اذا صدقه المودع
لا يجبر المودع على الدفع يعني لو جاء رجل الى المودع وقال انا وكيل المودع في استرداد الوديعة مثلا وصدقه لا
يجبر على الدفع اليه لانه اقر بحق القبض في ملك الغير م وقيل يجبر لان المالك هنا غير ظاهر ولما اقر غير ظاهر
اي المالك اخر هذا المدعي في اللقطة غير ظاهر ولما اقر انه هو المالك يلزمه اقراره فيجبر على الدفع ش والمودع
ش يلزم الدال م مالك ظاهر فالاقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين تعرفي الوديعة

اذا دفع اليه بعد ما تصدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على
الوكيل بشيء وهنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه
له بامره في قبضه له بامره وانه ليس بغاصب من قبل المودع حال في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وهنا
في القابض عامل لنفسه وانه ضامن من بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان غيره ان يرجع عليه بما ضمن هذا في
م ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور هو التصدق م لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق
به م امر بالصدقة ش والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة م حيث لا يصح على غني والحديث
ابو هريرة اخرجه الدارقطني وقد تقدم م ان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها ش اي باللقطة وقال
… قال احمد م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابي فان جاء صاحبها
فادفعها اليه والا فانتفع بها ش هذا حديث ابي بن كعب وفي الصحيحين وفيه فاحفظ عددها ووعاءها و…
فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها الحديث م وكان ش اي ابي بن كعب م من المياسير ش اي من الاغنياء وهذا من كلام
المصنف وليس من عند غيره فقيل يرد من كلام المص ما رواه البخاري ومسلم عن ابي طلحة قلت يا رسول الله ان الله
تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان احب اموالي بيرحا فما ترى يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اجعلها في حقيقة في قرابتك فجعلها ابو طلحة في ابي وحسان فهذا صريح غنيا كان فقيرا قلت
انه يسر ذلك وقضايا الاحوال متى تطرق اليها الاحتمال سقط منها الاستدلال م ولانه ش اي ولان الانتفاع
باللقطة انما يكون للفقير حملا على رفعها ولا على دفعها ش اي ليكون حاملا او باعثا على رفعها ش اي رفع اللقطة
صيانة لها ش اي اللقطة يعني حفظا لها عن الضياع م والغني يشركه فيه اي يشارك الفقير في الانتفاع بها حاملا
ان حل الانتفاع باللقطة للفقير بعد التعريف لا للتصدق بل يصير ذلك سببا لا للالتقاط فيصير المال محفوظا على
المالك فانه متى علم انه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب في الالتقاط والتي مشارك الفقير في هذا المعنى
في الانتفاع م ولنا انه ش اي ان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المال م مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق
النصوص م الحرمة للتعرض الملك قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
والاباحة للفقير لما رويناه وهو قوله عليه السلام فليتصدق به فعلم ان الاباحة بطريق التصدق او بالاجماع
على جواز تناول الصدقة للفقير دون الغني م فبقي ما وراءه على الاصل ش اي بقي ما وراء جواز الانتفاع للفقير
على الاصل وهو حرمة الانتفاع للفقير على الاصل وهو حرمة الانتفاع فاذا كان الغير فان الغير لغير اذنه
والتي محمول على الاخذ ش هذا جواب عما قال الشافعي بجواز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا على
رفع اللقطة وصيانتها لانه اذا عرف ان اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد التعريف يرفعها رجاء انه يؤول
اليه وتقرير الجواب ان المعنى محمول على الاخذ معنى لونه حاملا لو فعها م لاحتمال افتقاره في التعريف ش يعني يحتمل ان
يكون فقيرا في مدة التعريف م والفقير قد يتوانى ش اي قد يتكاسل في الاخذ م لاحتمال استغنائه فيها اي في
مدة التعريف فيكون الحامل منهما رفع اللقطة والحاجة اليها ولذلك في كل منهما عامل عدم رفعها الا ان الحامل
في الغني لا يوجب الانتفاع بها بخلاف الفقير وتطرق الاحتمال في المال لا يؤثر في الحال **فان قلت**
في صحيح البخاري عن زيد بن خالد الجهني فان جاء صاحبها والا فشانك فدل على الانتفاع للملتقط غنيا او فقيرا
ينبغي شانك الزم شانك بها والا فشانك فدل في الحفظ لصاحبها م والانتفاع عني كان دون الامام ش هذا جواب
عن استدلال الشافعي بحديث ابي بن كعب رضي الله عنه بيانه ان انتفاع ابي بن كعب كان باذن الامام وحصلها
كما في شهادة خزيمة رضي الله عنه وهو جائز باذنه ش اي الانتفاع باللقطة بعد مدة التعريف جائز للغني
باذن الامام على وجه يكون قرضا وهذا الجواب الذي اجاب به المص عن حديث ابن ابي بن كعب انما يمشي على
ابي غنيا لانه قال فيما مضى وكان من المياسير وقد قلنا فيما مضى كان فقيرا او بيننا ذلك ولهذا قال الاترازي
في جوابه عن حديث ابي كان بعض اصحابنا يقول انه ان كان فقيرا وذكر في حديث ابي طلحة وقد ذكرناه
فان قلت قال الترمذي عقيب حديث ابي والعمل عليه عند اهل العلم وهو قول الشافعي واحمد
واسحق قالوا لصاحب اللقطة ان ينتفع بها اذا كان غنيا ولو كانت اللقطة لا تحل الا لمن تحل له الصدقة لم تحل لعلي
السلام باكل الدينار حين وجده ولم يجد من يعرفه **قلت** اجيب عن هذا بما اجيب عن حديث
رضي الله عنه واما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابو داود في سننه عن سهل بن سعد رضي الله عنه
ان علي رضي الله عنه دخل على فاطمة وحسن وحسين رضي الله تعالى عنهم يبكيان فقال ما يبكيكما فقالت الجوع

فخرج علي رضي الله عنه فوجد دينارا بالسوق فجاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي
واشترى به دقيقا فقال اليهودي انت ختن هذا الذي يزعم انه رسول الله قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق فخرج علي
رضي الله عنه حتى جاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب به الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم
لحم فجاء به فعجنت وخبزت وارسلت الى ابيها فجاء فقالت يا رسول الله اذكر لك فان رايته حلالا اكلناه من شانه كذا وكذا فقال
كلوا باسم الله فاكلوا فبينما هم اذ غلام ينشد الله والاسلام الدينار فامر النبي صلى الله عليه وسلم فدعي فساله فقال سقط
مني في السوق فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل
الي الدينار ودرهمك علي فارسل به فدفعه النبي صلى الله عليه وسلم اليه انتهى واستشكل هذا من جهة ان عليا رضي
الله عنه انفق الدينار قبل التعريف **واجاب** المنذري بان مراجعة علي رضي الله عنه لرسول الله صلى الله عليه وسلم
على ملا من الخلق اعلان به ثم قال فهذا مويد الاكتفاء بالتعريف مرة واحدة **قلت** هذا رواه عبد
الرزاق عن ابي سعيد الخدري قال ان علي رضي الله عنه وجد دينارا في السوق فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
عرفه ثلاثة ايام فلم يجد من يعرف فرجع الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال شانك به الحديث م وان كان الملتقط
فقيرا فلا باس بان ينتفع بها لما فيه ش اي في الانتفاع م من النظر من الجانبين ش جانب الملتقط بالانتفاع وجانب
المالك بحصول الثواب له م ولهذا ش اي ولكون النظر فيه من الجانبين جاز الدفع ش اي دفع اللقطة م الى فقير غيره
من الفقراء وهو وسائر الفقراء سواء في الفقر فجاز الانتفاع له ايضا م ولذا ش اي ولذا لا يجوز م اذا كان الفقير
ش اي الملتقط م ابوه او ابنه او زوجته وان كان هو ش اي الملتقط غنيا وصرفها الى هؤلاء م وكله ان واصله بها
قبلها م لما ذكرنا ش اي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ش ولو التقط العبد شيئا بغير اذن مولاه يجوز عندنا
ومالك واحمد والشافعي في قول فاذا اتواه طولب برده بعد العتق والبيع فيه سواء اتواه قبل التعريف
او بعده وبه قال احمد والشافعي في وجه لانه ضمان جنايته فيتعلق برقبته ويظهر في حق المولى وعند مالك اذا
قبل التعريف يؤمر المولى بالدفع او الفداء وان تلفه بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق لان الشرع اذن له في الانتفاع
لكن ضمانا بخصمه فلا يظهر في حق المولى والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الاباق

ش اي هذا كتاب في بيان احكام الاباق وهو الهرب من ابق يابق من باب ضرب يضرب وذكر في المبسوط
الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الاخلاق م ورداءة الاعراق م يظهر العبد في نفسه فرارا م لتضييع اليد صار
ورده الى مولاه احسان م وهل جزاء الاحسان الا الاحسان م والابق هو الذي هرب من مولاه قصدا م والضال
هو الذي ضل الطريق الى منزله وفي النهاية هذه الكتب اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود لتناسب محاسن
بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضية الزوال والهلاك م الابق ش على وزن فاعل مرفوع بالابتداء وقوله
اخذه ش مبتدا ثان وخبره وهو قوله م افضل ش والجملة خبر المبتدا الاول م في حق من يقوى عليه م اي من يقدر
على اخذه ولا نعلم خلافا بين اهل العلم م لما فيه ش اي في اخذه م من احيائه ش لانه هالك في حق المولى فيكون الرد احياء
له ش واما الضال م فقد اختلفوا فيه م فقد قيل كذلك ش اي حكمه حكم الابق اخذه افضل لما فيه من احياء النفس ومن
التعاون على البر كالابق م وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه ش يعني الضال يطلب ماله فلا يبرح عن مكانه
فيجده المالك بخلاف الابق لانه يختفي عن مولاه فاذا لم يرجع يضيع حقه م ثم اخذ الابق ش الاخذ على صيغة
اسم الفاعل م ياتي به ش اي الابق م الى السلطان ش او نائبه او القاضي لانه ش اي لان من الاتيان العبد الابق الى
السلطان اختيار شمس الائمة السرخسي واما اختيار اخذه م لا يقدر على حفظه ش اي حفظ الابق بنفسه م لتمرده
بخلاف اخذه ثم هذا الذي ذكر شمس الائمة الحلواني فالاخذ بالخيار ان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والصبي
الواجد فيهما بالخيار كذا في الذخيرة م بخلاف اللقطة ش حيث لا يرفعها الى السلطان لانه قادر على حفظها بنفسه ثم
اذا رفع الابق اليه اذا اتى السلطان يحبسه فاذا جاء رجل فيكون ترك حبسه تعريضا على الاباق م بخلاف الضال
لان الظاهر انه لا يروح اذا لم يجبر وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اتى الرجل بالعبد فاخذه السلطان يحبسه
فادعاه رجل واقام البينة انه عبده فاستحلفه بعينه ولا وهبته ثم يدفعه اليه ولا احب ان ياخذ منه كفيلا
وان اخذ منه القاضي كفيلا لم يكن شيئا ولكن ان ياخذ ما احب الي قال الحكيم الشهيد هذه رواية ابي حفص
وروايات بعض روايات ابي سليمان قال احب الي ان ياخذ منه كفيلا وان لم ياخذ منه كفيلا فان اخذ منه وسعه
ذلك وان لم يكن للمدعي بينة واقر انه عبده قال يدفعه اليه وياخذ منه كفيلا وان لم يجي للعبد طالب قال اذا
طال ذلك باعه الامام وامسك ثمنه حتى يجي له طالب ويقيم البينة فان العبد عبده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الامام

ويتفق عليه الامام في مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذ من صاحبه ان حضر ومن ثمنه ان باعه م قال ش اي القدوري م ومن رد الابق الى مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله جعله اربعون درهما ولا جعل الا ما يحصل للتامل على عمله وان رده عليه لاقل من ذلك الى مسيرة السفر م فبحسابه ش اي فيحسب الجعل بحساب ما رده م وهذا استحسان ش اي وجوب الجعل استحسان الشارح لاتفاق الصحابة على ذلك ش والقياس ان لا يكون له شي الا بالشرط وهو قول الشافعي رضي الله عنه وبه قال ابن المنذر وبعض اصحاب احمد وهو قول ابراهيم النخعي ايضا ش ولكن له ما انفق عليه ويجب بالرد بان قال من رد علي ابقي فله كذا او لغلام م لانه ش اي لان الراد م متبرع بمنافعه ش في رده على سبيل فاشبه العبد والضال م حيث لا يجب شي فيه ش ولو تبرع عليه بشي من الاعيان ماله ان يرجع عليه فكذا لو تبرع بمنافعه ولان رد الابق نهي له عن المنكر والنهي فرض فاذن لا يستوجب فاعل الفرض جعلا ولنا ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين درهما عمر رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا محمد ابن يزيد عن ايوب عن ابي العلاء عن قتادة وابي القاسم ان عمر رضي الله عنه قضى في جعل الابق اربعين درهما ومنهم معاوية رواه ابن مسعود ابن معاوية درهما ومنهم عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله ابن رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلاما ابقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت ما الغنيمة قال اربعون درهما كل راس ومن الصحابة الذين اوجبوا اقل من اربعين درهما علي ابن ابي طالب رضي الله عنه رواه ابو شيبة في مصنفه حدثنا يزيد ابن هارون عن حجاج عن حصين ابن ابي شيبة عن الشعبي عن الحارث عن علي رضي الله عنه انه جعل في جعل الابق دينارا او اثني عشر درهما وفيه حديث مرفوع مرسل اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيهما عن عمرو ابن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الابق يوجد خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم م فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها ش اي اوجبنا ما دون الاربعين م فيما دونه ش اي فيما دون الثلاثة م توفيقا م بين الاثار المذكورة م وتلفيقا ش اي جمعا بين الروايات المتعارضة والتلفيق الضم قلت يقال لفقت الشيء والغيبة الى اخرى كذا في الصحاح فان قلت كان الواجب ان يوجد باقل من المقادير بالثقة قلت لم يوجد بالاقل لامكان التوفيق بين الاقاويل ثم اشار اليه المص بقوله فاوجبنا الاربعين الى اخره وعن احمد من مصر فله عشرة دراهم او دينار وان رده من خارج الى مصر سواء كان عمر السفر او لا فله اربعون وقال مالك له اجر مثله في قدر تعبه وسفره وتكلف طلبه ان كان ممن عادته طلب الاباق وان لم يكن ممن نصب نفسه عليه لانه لما اختلف الصحابة فيه علم انه غير مقدر بشي معين فيجب اجر المثل م ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد م هذا دليل عقلي لوجوب بيانه انه الاصل اي ايجاب الجعل هو انه يحمل على رد الابق م اذ الحسبة ش اي العمل فيه لاجل اعتداد الاجر م نادر م فاذا كان كذلك ش فيحصل بسبب وجوب الجعل م صيانة اموال الناس ش عن الضياع فيرغب كل احد على تحصيل الابق ليرده الى صاحبه فياخذ الجعل والرد يحتاج الى عناء وعناء فلا يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ففي ايجاب الجعل يحصل صيانة الاموال م والتقدير بالسمع ش جواب النزام ذلك حسبة ففي ايجاب الجعل يحصل صيانة الاموال م والتقدير بالسمع م جواب عن قياس الشافعي الابق على الضال في عدم وجوب الجعل اي تقدير الجعل في الابق بدليل سمعي وهو اجماع الصحابة الذي ورد في حكم الابق في وجوب الجعل على حسب الاختلاف المقدار فيه في لسنه ولا اختلاف في اصل الوجوب لانه وقع مجمعا عليه من غير نكير منهم م ولا سمع في الضال ش اي لم يرد شيء في وجوب الجعل م فامتنع قياس الابق وكان القياس في رد الابق عدم الوجوب ايضا الا ترك القياس فيه لوجود السمع ولا سمع في الضال فبقي على اصل القياس م ولان الحاجة ش اشارة الى الحاق الابق به بيانه ان الحاجة الى صيانة الضال دونها ش اي لان الحاجة م الى صيانة الابق لانه ش اي لان الضال م لا يتوارى ش اي لا يختفي م والابق يختفي ش لانه هارب والهارب يختفي نفسه م ويقدر الرضخ ش تفصيل لقوله وان رده لاقل في ذلك فبحسابه وان حملوا القسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر وثلث دراهم ورد بهذا الى قوله الى معنى الى اخره تكرار لما ذكرنا وان رده اقل من ذلك فبحسابه بيانه الى هذه الاوجه الثلاثة اعني قوله ويرضخ الى قوله وان كانت تفصيل وتفسير لما ذكرنا والا فالتقدير الشرعي اذا ثبت على خلاف القياس يمتنع ان يكون لما دون القدر حكم المقدر فقال لاجل ذلك ويقدر الرضخ بالمعتبرين من قولهم ارضخ فلان لفلان من ماله اذا اعطاه قليلا ابن الاثير والاسم الرضيخة من ماله ارضاخة كذا ذكره ابن دريد في الرد على دون السفر باصطلاحهما اي باصطلاح الراد والمالك بحسب ما يقع اتفاقهما عليه وهذا احد الوجوه الثلاثة التي اشرنا اليها م ويفوض الى راي القاضي ش

وهذا ش اي هذا الثاني من الوجه الاول اي يفوض امر الرضخ الى راي القاضي على حسب ما يراه قالوا هو الاشبه بالاعتبار م وقيل يقسم الاربعون م هذا هو الوجه الثالث ش اي يقسم الاربعون التي هي الجعل م على الايام الثلاثة ش فيجب بازاء كل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم م اذ هي ش اي الايام الثلاثة م اقل مدة السفر ش في القصر من الصلاة وغيرها وفي فتاوي الولوالجي واذا كان العبد الابق بين رجلين الا فالجعل عليهما على قدر الانصباء لان منفعة الرد حصلت لهما الا فكذلك فالجعل عليهما يكون وفي الذخيرة ولو كان احدهما غائبا فليس للحاضر ان ياخذه حتى يعطي كله ولا يكون متبرعا في نصيب الغائب بل يرجع عليه م قال ش اي القدوري م وان كانت قيمته ش اي قيمة الابق م اقل من اربعين يقضى ش اي المراد م وهذا قول محمد وقال ابو يوسف اربعون درهما م وبه قال احمد ش لان التقدير بها ش اي بالاربعين م ثبت بالنص ش اي بالاثر م فلا ينقص عنها ش اي عن الاربعين م ولهذا لان ما دون الدرهم لسود ولا يجوز اعتبار شرعا التعشير ش اي ولكون الاربعين درهما لا يجوز الصلح لتعين الاربعين بالنص م بخلاف الصلح على الاقل م حيث يجوز ش لانه حط منه ش اي من الاربعين م ولمحمد ان المقصود ش يعني من الجعل م حمل الغير على الرد ش اي رد الابق م ليحيي مال المالك لان الابق كالهالك م فينقص درهم ليسلم له شي ش من مالية العبد م تحقيقا للفائدة م وهي حياة مال المالك نظرا له ولا نظر له في ايجاب اربعين درهما في رد ما يساوي اربعين ثم اعلم ان قول ابي يوسف كان اولا مثل قول محمد ولهذا لم يذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وشمس الائمة البيهقي في الشامل ولذلك في عامة نسخ الفقه ولم يذكروا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وذكر في شرح الطحاوي قول محمد فقال ولو كان العبد يساوي اربعين او دونها فانه ينقص من قيمته درهم واحد عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابو يوسف اولا ثم رجع وقال يجب الجعل درهما وان كانت قيمته درهما م وام الولد والمدبر في هذا م اي وجوب الجعل ش بمنزلة القن واذا كان الراد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه لانهما مملوكان له ولهذا هو احق بكسبهما فكان درهما لرد القن فوجب الجعل لاحياء ماليتهما بالرد وتعليل المص بقوله لما فيه من احياء ملكه اولى من تعليل غيره لما فيه من احياء المالية لان ام الولد مالية فيها عند ابي حنيفة رحمه الله م وقال الكاكي فان قيل الجعل يجب لاحياء المالية ولا مالية لام الولد خصوصا عند ابي حنيفة قلنا المالك احق بكسبها ولهذا مالية العبد باعتبار كسبها وقد احياها بالرد اليه فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب فانه احق بمكاسبه فلا يكون رده احياء مالية المولى الا باعتبار الرقبة ولا اعتبار الكسب كذا في المبسوط م ولو رد بعد مماته م اي ولو رد ام الولد والمدبر بعد موت المولى لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت م اي بموت المولى بخلاف القن ش حيث يجب الجعل برده بعد موت مولاه وقوله يعتقان بموته في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي استغنائه عليه اما الذي عليه لسعايته بان لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب او الحر م ولو كان الراد ابا المولى او ابنه م اي او ابن المولى م وهو ش اي والحال ان الراد في عيال الاب فكذلك لانه اذا لم يكن في عياله يجب الجعل وجملة ذلك ان الراد اذا كان في عيال مالك العبد اي في مؤنته ونفقته لاجل لا جعل له سواء كان الراد بالمالك او بالغاله واما اذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له وان كان اباه فله الجعل اليه اشاره الى الذخيرة وذكر الطحاوي ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فانه ينظران وجد الرجل عبدا او عبد ابيه فلا جعل له سواء كان في عياله او لم يكن وكذلك المراة والزوج وان وجد الاب عبد ابنه ان لم يكن في عياله فله الجعل وان كان في عياله فلا جعل له وكذلك الاخ وساير ذوي الارحام اذا وجد عبد اخيه ان كان في عياله فلا جعل له وان لم يكن في عياله فله الجعل م او احد الزوجين على الاخر ش اي او رد الابق احد الزوجين على الاخر م فلا جعل لهولاء م لان هولاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب ش اي القدوري واراد باطلاقه ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما م قال ش اي القدوري م وان ابق ش اي العبد م من الذي رده فلا شي عليه ش لانه امانة في يده لكن هذا ش اي لا ضمان عليه ش اي عدم وجوب الضمان م اذا اشهد ش عند الاخذ م وقد ذكرناه في اللقطة ش اي وقد ذكرنا في كتاب اللقطة ان الاخذ على الوجه ماذون فيه شرعا م قال ش اي المصنف رحمه الله م وذكر في بعض النسخ ش اي نسخ مختصر القدوري م لا جعل له ش اي لا جعل للراد اذا ابق الابق منه م وهو صحيح ايضا لانه ش اي لان الراد م في معنى البائع من المالك لان عامة منافع العبد فاتت بالاباق وانما يستعيدها المولى بالرد بما يجب عليه والبائع اذا هلك في مدة البيع العبد فاتت الاباق وانما يستعيدها المولى بالرد بما يجب عليه والبائع اذا هلك في يد المبيع سقط الثمن ثم فكذلك هنا يسقط الجعل ثم استوضح المصنف ذلك بقوله م ولهذا كان له ش اي للراد م ان يحبس الابق حتى يستوفي الجعل ش اي حتى ياخذ الجعل وهذا بمنزلة البائع ان يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ش اي ياخذ جميع الثمن

ولذا اذا مات ش اي الآبق في يده اي يد الراد اليه م لا شي عليه م لما قلنا ش انه امانة عنده م ولو اعتقه
المولى كما لقيه اي اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقايه صار قابضا الى وقت ذلك صار قابضا بالاعتاق لم يكن
قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما في العبد المشتري اي كما عتق العبد المشتري
اي كما اعتق العبد المشتري يصير قابضا بالاعتاق واما التدبير فليس له باتلاف للمال فلا يصير به المولى قابضا الا ان
يصل الى يده ولذا اذا باعه ش اي ولذا يصير قابضا اذا باع العبد الآبق م من الراد لسلامة البدل له ش يعني على
الجعل ش والراد وهو الثمن اسلامة العين والمالك وهو ان يقال لما كان الراد في معنى البايع كان المالك في معنى
المشتري فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيعه من الراد م لكنه بيع من وجه وهو معنى قوله ش من حيث ملك التصرف اليه وهذا
لان ملك الرقبة ليس بزايل عن المولى فلما كان لذلك جاز بيع مالك الرقبة ليس فلما كان لذلك جاز بيع المالك من الراد
قبل القبض م فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز ش اي البيع لان النهي ورد مطلقا والمطلق يتناول الكامل
وامتناع جواز البيع قبل القبض جائز على قول ابي حنيفة وابي يوسف م وينبغي اذا اخذه ش واذا اخذ الآبق م ان يشهد
انه اخذه ليرده ش هذا كلام القدوري في مختصره وقال المص م فالاشهاد فيه ش اي في الآبق م عليه ش اي على الآخذ م
على قول ابي حنيفة م حتمه ش اي واجب ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما م وعند ابي يوسف
والائمة الثلاثة ليس للاشهاد بشرط وقد مر في اللقطة ش لان ترك الاشهاد امارة م بفتح الهمزة اي علامة ش اخذه لنفسه
فصار كما اذا اشتراه من الآخذ ش اذا رده على مولاه لا جعل له لانه اخذه لنفسه الا اذا اشهد حين اشتراه انه انما اشتراه
ليرده لانه يتعذر عليه الا بالشرا فله الجعل لان هذه الوكالة وهذا الشرا لا يفيد ملكا فكان كالآخذ بدون الشرا
فلو اخذه بدون الشرا ولم يشهد لا يستحق الجعل وان اشهد استحق فكذا هذا م او اتهبه ش اي قبل هبته اي اخذه
صورته وهبة الآخذ لرجل افرد الموهوب على مولاه م او ورثه فرده على مولاه ش اي وارث الآخذ فرده الوارث
على مولاه ففي الصور كلها لا جعل له لانه رده لنفسه ش لانه لم يأخذ ليرده بل اداه لنفسه ومسألة الوصية ذكرها
الحاكم في المبسوط عند ابق ياخذه رجل فاشتراه منه رجل اخر فرده على مولاه فلا جعل له ولذا لو وهب له او اوصى له
او ورثه لانه يضمنه بالاخذ وهذا على الوجه فيكون رده لاشتياط الضمان م الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده على
مولاه لانه لا يقدر على شرايه ش فيكون له الجعل وهو ممنوع في الثمن ش يعني لا يرجع بالثمن على سيده قال او لتركنا
لو انفق عليه بغير امر القاضي م وان كان الآبق رهنا م فرده اخذه م فالجعل على المرتهن م لانه ش اي لان
حقه مالية العبد والجعل مقابلة احياء المالية فيكون عليه ش اي فيكون الجعل على المرتهن م وقال الاكمل ولا
والجعل مقابلة احيا المالية فيه نظر لانه لا يلزمه اذا ارتد ام الولد ومدبرة لسبيهما لانه احق بكسبه احياء المالية
عند ابي حنيفة اجيب بانه لا مالية فيهما باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبهما لانه احق بكسبهما وفيه احيا للراد
ذلك بانه او برده م والراد في حياة المالك او الراهن وبعده سوا ش لان الرهن لا ينطل بموت الراهن فكان
الرد بعد موته وقبله سوا م وهذا ش اي كون الجعل على الراهن م واذا كانت قيمة الآبق م مثل الدين او اقل
وان كانت اكثر فبقدر الدين عليه ش اي فبقدر حصة الدين على المرتهن م والباقي على الراهن لان حقه ش اي حق
اكثر فبقدر الدين عليه ش اي فبقدر حصة الدين على المرتهن بالقدر المضمون لا غير فيجب الجعل بقدره م وصار
لثمن الدوا م حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه والباقي على الراهن وتخليصه ش اي وتخليص العبد المرهون
م عن الجناية بالفداء فان الفدا يجب على المرتهن بقدر دينه وحصة الباقي على الراهن فكذلك الجعل م وان
كان ش اي العبد الآبق مأذونا م مديونا فعلى المولى اي ويجعل على المولى م وان احياه قضا الدين م لاجل [illegible]
العبد للغرما م لانه ش لان الجعل م مونة الملك والملك فيه ش اي ملك المولى في العبد بالدين م يعني بالجعل
يعني يستوفي منه الجعل اولا م فالباقي من الثمن م كالموقوف ش بين ان يستقر على المولى متى اختار قضا الدين
متى اختار قضا الدين وبين ان يصير للغرما متى الدين استقر الملك له فيجب الجعل عليه وان بيع العبد
استقر له فيجب الجعل عليه وان باع استقر الملك فيه للغرما فان اختار المولى قضا الدين استقر الملك له
م وان كان ش اي الآبق جنيا ان سبق خطا م فعلى المولى ش اي فالجعل على المولى م ان اختار الفداء لعود
المنفعة اليه اي منفعة الرد الى المولى وعلى الاوليا لان منفعة الرد اسلمت لهم م وان كان [illegible] ش الى الا[illegible]
لان منفعة الرد اسلمت لهم م وان كان موهوبا ش اي وان كان العبد الآبق موهوبا م فعلى الموهوب له
اي فالجعل على الموهوب له م وان رجع الواهب في هبته م وكلمة ان للوصل لما قبله بعد الرد م اي بعد الرد
اي بعد رد الآبق وانما ذكر ان الواصلة لدفع شبهة ترد على قوله فيجب على من يستقر له الملك وعلى مو

فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المولى ان المنفعة اليه فعلى هذا ينبغي ان يجب الجعل على الواهب لهذين المعنيين
فاجاب بقوله لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد م اي برد الآبق ش بل بترك الموهوب له التصرف من الهبة والبيع ونحو
هما من التصرف الذي يمنع الواهب من الرجوع في هبته وزوال الملك بالرجوع لزواله بموت العبد فلم يبطل الجعل عليه
برجوع الواهب كما في الموت فان قيل ما الوجه حصلت للواهب بالرد وترك التصرف في الموهوب له فيه قلنا نعم لكن
ترك الموهوب له التصرف احدهما وجوب فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى اخرهما وجودا
لذا اهدا وجودا فيه م اي في الآبق م بعد ما حصلت بالرد ش اي برد الآبق بعد ما حصلت من اباقه م وان كان اي
العبد الآبق الصبي فالجعل م يجب في ماله لانه ش اي لان الجعل مونته ملكه ش اي ملك الصبي م وان رده ش اي
الآبق م وصيه ش اي وصية الصبي فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه ش اي الآبق اذ هو المطالب م لا بق اليتيم عا
وشرعا فلا يتحقق الرد فيه على نفسه ولذا لو كان اليتيم في حجر رجل بقوله فرده الرجل لا جعل له لانه هو المطالب عا
ولذا لو جعل للسلطان او لسحنه او الخفير لا جعل لهم في رد الآبق والمال من ايدي قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم
لذا في المبسوط والذخيرة وفي المحيط لو اخذ رجل الفا غصبه من الآخذ رجل جا الى مولاه فاخذ جعله شرحا الاخذ
راقا وبينه انه لو اخذه من مسيرة سفر ياخذ الجعل من سيده ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء رجل بآبق
من مسيرة سفر فلما دخل مصر سيده وهرب من الآخذ ووجده اخر وجا به الى سيده فلا جعل للواحد منهما ولو اخذ
من المصر بعد الهرب وجاء به الآخر من مدة سفر فالجعل للثاني وذكر الحاكم في الكافي اذا ابيعت الامة ولو صبي
من معها رجل كان له جعل واحد فان كان ابنا غلاما قد قارب الحكم فله جعل ثمانون درهما وعلى الثاني
ومادون ترك مراهق لم يعتبر ايضا

كتاب المفقود ش

اي هذا كتاب في بيان احكام المفقود ووجه مناسبة هذا الباب الذي قبله وقد ذكرناه فقال فقدت الشي
اي غاب عني فقدا وفقودا وفقدانا فهو مفقود اي غائب وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشي اذا غاب
فقدا وفقودا يقال فقدت الشي اي اضللته وتفقدته اي اضللته اذا طلبته او اسم لحي غائب لم يذكر موضعه ولا حياته
ولا مماته وان له من طلبه وفي المبسوط هو حي غائب عن ما اخذ قد يصلون الى المراد وربما يتاخر اللقا الى يوم التنا
وذكر المص في موضع في الكتاب ما يشعر مفهومه الشرعي وهو قوله م اذا غاب الرجل ولم يعرف موضع ولم يعلم احي
هو او ميت نصب القاضي من يعرف ماله ويقوم عليه ش لنفسه في المفقود هذه الصفة ش اي الصفة المذكورة وهو
قوله اذا غاب الرجل الى اخره م وصار ش اي المفقود م كالصبي والمجنون حيث يحتاج الى من ينظر في امرهما م وفي
ع الحافظ لماله ش اي في نصب القاضي كان المفقود م والقايم عليه ش اي على مال المفقود م نظر له ش اي للمفقود وانه
نظر على انه مبتدا على انه مبتدا تقدم عليه خبره م وقوله ش اي قول القدوري ويستوفي حقه وهذا من لفظة
مختصره اي يستوفي في العمري نصب له لحفظ ماله والقيام عليه حق المفقود ولما كان هذا محتاج الى ايضاحه
اوضحه المص بقوله لا خفا انه علاته م لانها من جملة حقه م والدين ش اي ويقبض الدين الذي اقر به غريم من غرمائه
ش اي غرما المفقود م لانه ش اي لان قبض كل احد من علاته والدين المذكور من باب الحفظ م او الخاصم ش اي
الذي نصب له م او دين وجب بعقده ش اي بعقد الذي نصب له في دين وجب بعقده م واصل في حقوقه ش اي
في حقوق العبد وللاصل ذلك م ولا يخاصم ش اي الذي نصب له م في الذي ش تولاه المفقود م فايدته انه لا يقبل
البينة عليه لانه ليس من باب النظر للمفقود وانه صار قضا على الغايب م ولا في نصيب له ش ولا يخاصم الذي
نصب له في نصيب للمفقود م كابنا ش في عقار او عروض في يد رجل لانه ش اي لان الذي قبض له م ليس بمالك
ولا نايب عنه م انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف وانما الخلاف في الوكيل
او بالقبض من جهة المالك في الدين ش يعني الوكيل بقبض الدين من جهة المالك يملك الخصومة عند ابي حنيفة خلافا
لهما م واذا كان لذلك ش اي واذا كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة م يتضمن الحكم به ش اي حكم
الحاكم بثبوت ذلك م قضا على الغايب ش وانه ش اي وان القضا على الغايب لا يجوز الا باذن القاضي ش اي
اذا راي القاضي ذلك م مصلحة ش وقضى به ش اي بما راه ذلك جاز م لانه مجتهد فيه ش اي في الحكم على الغايب
وعند الشافعي يجوز لان القضاء اذا لاقى مجتهدا فيه نفذ وفي الخلاصة ذكر الامام السرخسي رحمه الله حد انا على
ان القاضي هل يقضي على الغايب وهل ينفذ قضاه على الغايب وعندنا لا وهي معروفة اما لو فعل وقضى على الغا
نفذ بالاجماع وهذا ذكر في الزيادات فان قيل ان المجتهد نفس القضا فينبغي ان يتوقف على امضا قاض اخر قلنا
الا ان المجتهد سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضا ام لا فاذا راها القاضي حجة

وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف ش قال في الخلاصة والفتوى على هذا ونقل الاسروشني في فصوله عن فتاوى ظهير الدين ان نفس القضاء يختلف فيه فيتوقف على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في القذف م ثم ما كان يخاف عليه الفساد مثل الثمار ونحوها ش يبيعه القاضي لانه تعذر عليه ش اي على القاضي حفظ صورته ومعناه م وهو ماليته اذا راى ان حفظ صورته وحفظ ماله كلما متعذر م فينظر له ش اي للمفقود بحفظ المعنى م وهو المالية وهي بحفظ الثمن والحفظ في وجه اولى من ترك الحفظ من كل وجه م ولا يبيع ش اي القاضي م ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ش اي لاجل نفقة وهو يتعلق بقوله ولا يبيع م ولا في غيرها ش اي ولا في غير النفقة ولا ما لا يخاف عليه الفساد سواء كان منقولا او عقارا وبه صرح جواهرزاده في مبسوطه م لانه ش اي لان القاضي لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله ش اي فلا يجوز له م ترك حفظ الصورة وانه ممكن ش الواو للحال بعد الامكان لان عذر عدمه له ان يبيعه م قال ش اي القدوري م وينفق على زوجته ش اي زوجة المفقود واولاده من ماله ش اي من مال المفقود الى هنا لفظ القدوري وقال المص م وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم ش اي الحكم جميع قرابة الولاد م كالاباء والاجداد وان علوا والاولاد وان سفلوا والامهات والجدات ان يتعلق م والاصل ش اي في هذا الباب الذي يبنى عليه احكام هذا الباب م ان من يستحق النفقة في ماله ش اي في مال المفقود م حال حضرته بغير قضاء القاضي م كالابوين والاولاد الصغار ذكورا كانوا او اناثا والاولاد الكبار من النساء والزمنى من الذكور الكبار م ينفق ش اي القاضي م عليه ش اي على من يستحق النفقة م من ماله عند غيبته لان القضاء هو الملزم حينئذ ش اي حين انفاق القاضي عليهم م يكون اعانة ش اي تمكينا للمستحق من الاخذ لو تمكنوا من ذلك لهم الاخذ فيعينهم القاضي على ذلك لا الزاما اذ اللزوم ثابت قبل القضاء ولان للقاضي ان يعين صاحب الحق على الفاحشة حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فانه يعطيه الدين من مال الغائب م وكل من لا يستحقها ش اي النفقة م في حضرته ش اي حضرة المفقود م الا بالقضاء ش كالاخ والاخت والخال والخالة م لا ينفق عليه من ماله ش اي لا ينفق القاضي عليه من مال المفقود م في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع م خلافا للشافعي ش فمن الاول م اي فمن يستحق النفقة بغير قضاء القاضي الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني ش اي ومن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي الاخ والاخت والخال والخالة والعم والعمة وانما كان من الثاني لان النفقة ذوي الرحم المحرم وهو مجتهد فلا تجب الا بالقضاء او الرضا ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا والفرق بين قرابة الولاد وغيرهم من سائر المحارم حيث استحق الاولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الاخرون الا بالقضاء فان حق الولاد في النفقة اكد من حق غيرهم لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح وللولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة بالولاد فلا ظهر فضل مزية قرابة استحقاق النفقة بلا قرابة بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وسائر المحارم واما الزوجة فحقها في النفقة اكد ايضا من قرابة الولاد ولهذا يستحق النفقة وان كانت غنية وان كانت الورثة جارا ليس لهم امانة ولا فيهم امراة او كانوا اخوة من الرضاع او بني عم لم ينفق عليهم القاضي من مال المفقود لانهم لا يستحقون النفقة كما لو حضرة المفقود وكذا في حال غيبته وقال جواهرزاده في مبسوطه وان لم يستوثق منهم بكفيل لجواز انهم لو اخذوا نفقة هذه المدة من المفقود مرة فياخذ منهم كفيلا حتى اذا حضر المفقود واثبت انه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة لم يقدر عليهم اخذ من الكفيل وان شاء منهم م وقوله ش اي وقول القدوري م من ماله ش يعني في قوله وينفق على زوجته واولاده من ماله م اراد ش اي القدوري م الدراهم والدنانير كان احق بهم ش لان حق قرابة الولاد والزوجة م في المطعوم والملبوس ش لا في غيرهما م فان لم يكن ذلك ش اي المطعوم والملبوس ش يحتاج الى القضاء بالقيمة م وهي ش اي القيمة ش النقدان ش وهما الدراهم والدنانير ثابت من جنس حقهم والتبر وهو ما كان غير مضروب من الفضة والذهب كذا قاله في المغرب م بمنزلتهما ش اي بمنزلة النقدين م في ذا الحكم ش اي بالقضاء بالقيمة لانه يصلح قيمة كالدراهم والدنانير فلم احد جنس حقهم وللقاضي اعانة في ذلك م وهذا ش اي وهذا الذي ذكرناه من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير م اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة م وعند رجل ش او دينا على رجل م او دينا على رجل م ينفق ش اي القاضي عليهم منهما ش اي من الوديعة والدين م اذا كان المودع ش بفتح الدال م والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح م من المفقود وزوجته م والنسب بينه وبين من ينفق عليه النفقة م وهذا ش اي الاحتياج الى الاقرار انما هو م اذا لم يكونا ش اي الدين والوديعة والنكاح والنسب حمل الدين والوديعة ظاهرا اي الوديعة والدين والنكاح

لذلك

لذلك نكذلك ذكرهما بلفظ التثنية بدليل قوله بعده وان كان احدهما ظاهرا ش اي الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرا عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار ش اي اقرار المودع والمديون م وان كان احدهما ظاهرا اي احد الشيئين الذين احدهما ش الوديعة والاقرار وقد ذكرنا انه جعلهما واحدا والاخر كالشريعين وهو قوله م او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر م مثلا انه ان لم يكن الزوجية ظاهرة عند القاضي يشترط اقرار المودع والمديون بان يقول هذه زوجة فلان المفقود او يقول هذا ابن فلان المفقود او دين فلان المفقود وقال جواهرزاده في مبسوطه ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط اذا كان للمفقود دين ووديعة ينفق اولا من الوديعة اولا لان النظر للغائب في هذا لانه ارفق الامن الدين ربما يتعذر الوديعة في يد المودع في مدة الانفاق فاذا حضر الغائب لا يكون الا الدين او الوديعة والدين لا يتوى م وهذا هو الصحيح ش اي الانفاق في الوديعة والذي على الزوجة وقرابة الولادة هو الصحيح وهو وجه الاستحسان واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر لانه قضاء على الغائب فلا يجوز وجه الاستحسان ان الوديعة والدين مال المفقود وهو من جنس حقهم وللقاضي عليهم ولاية لما ينفق من المال الذي في يده او في بيته م وان دفع المودع ش بفتح الدال بنفسه او من عليه الدين ش اي وكان الدين على حاله م ولا يبرأ المديون م ولا بالدين ولا بالنكاح والنسب ش او كانا جاحدين بالزوجية والنسب لم ينتصب في شيء من النفقة خصما في ذلك ش لان الخصومة انما تسمع من المالك او نائب المالك ولم يوجد الا هذا او ذاك م ولان ما يدعى ش لان ما يدعي من المستحقين م للغائب ش اي لاجله م لم يتعين شيئا سببا لثبوت حقه م وهو النفقة لا نفاد ش اي لان ثم النفقة كما يجب في هذا المال في ما اخر للمفقود م فلم يكن خصما عن المفقود حكما م وقال شيخ العلاي رحمه الله ثم ان ما يدعيه الزوجة والاولاد ان هذه المال م وهو الدين او الوديعة مال للغائب لم يتعين لنفقتهم لانه كما يجوز النفقة في الدين والوديعة مال للغائب لم يتعين لنفقتهم لانه كما يجوز النفقة في الدين والوديعة يجوز في مال اخر ايضا للمفقود فلم ينتصب خصما وقوله لم يتعين سببا لثبوت حقه اي لم يتعين محلا لثبوت حق احد مستحق النفقة وانما ذكر السبب مقام ذكر المحل لمناسبة بينهما لما ان سبب يحل في المحل لانه ادنى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا وقع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه ش اي عن المفقود م قال ش اي القدوري م ولا يفرق بينه وبين امراته ش اي لا يفرق القاضي بين المفقود وبين امراته م وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة هذا رواه ابو شيبة في مصنفه في باب النكاح حدثنا سفين عن ابن عيينة عن عمرو عن يحيى ابن جعدة ان رجلا استهوته الجن على عهد عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فاتت امراته فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امراته والطلاق ورواه عبد الرزاق ايضا في مصنفه وفي اخره تزوجت فخيره عمر رضي الله عنه بينها وبين الصداق الذي اصدقها ورواه في طريق اخر وفي اخره فقال له عمر ان شئت رددنا اليك امراتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر رضي الله عنه يساله عن الجن وهو يخبرهم م استهوته الجن قال الكاكي اي حيرته الجن وذهبته قلت يقال استهواه اي جره الى المهاوي وهي المساقط والمهالك م ولقيه ش اي عمر رضي الله عنه م وفاتنا اي من حيث الاثمة م ولانه ش اي ولان المفقود م منع حقها ش اي حق امراته م بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة ش يعني يفرق القاضي بينه وبين امراته كما يفرق بين العنين والمولى دفعا للضرر عنها لئلا تبقى معلقة لا ذات بعل ولا معلقة م وبعد هذا الاعتبار ش اي بالايلاء والعنة م اخذ ش اي مالك ش اي المقدار الذي يفرق فيه م منهما ش اي من الايلاء والعنة م الاربع ش اي اخذ الاربع من الايلاء م ولان مقداره اربعة اشهر م والسنين ش اي واحد السنين من العنة لان المقدار فيها سنة م عملا بالشبهين ش اي شبه الايلاء وشبه العنة حاصله ان امراة المفقود تشبه امراة المولى من حيث ان حقها في الجماع فات بالشهر لعوات حق الى المولى في الجماع مصنعه وهو الايلاء وشبه امراة العنين من حيث ان حقها الجماع فات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور لان العنة مباح كما ان امراة العنين فات في الجماع بقية الزوج وهو فيها معذور ونقض شيئا لفائدة الكلام لتصل الى حقها في الجماع بقية الزوج وهو فيها اربع سنين اعتبارا بالشبهين م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان م هذا اخرجه الدارقطني في سننه عن سوار ابن مصعب حدثنا محمد ابن شرحبيل الهمداني عن المغيرة ابن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امراة المفقود امراته حتى ياتيها البيان ويروى حتى ياتيها الخبر وهو حديث ضعيف قال ابن حاتم في كتاب العلل سالت ابي عن حديث يروى عن المغيرة

فاكرا اباطيل وذكره عبد الحق في احكامه من جهة الدارقطني واعله بمحمد ابن شرحبيل وقال انه متروك وقال ابن
القطان في كتابه وسوار ابن مصعب اشهر في المتروكين ودونه صالح ابن مالك ولا يعرف ودونه محمد ابن الفضل
ولا يعرف حاله وقال الاتراري ولنا ما روى علماؤنا في المبسوط عن المغيرة ابن شعبة انتهى فان قلت كانه لم يقف
على رواية الدارقطني فلهذا نسب روايته الى اصحابنا من غير اسناد فكانه يقول اصحابنا رضي الله تعالى عنهم ثقات
ولا يحتاج الى بيان رجال الاسناد قلت الاول مسلم والثاني ممنوع على ما لا يخفى مرفوع بالابتداء وخبره قوله
خرج بيانا والجملة م وقول علي رضي الله تعالى عنه ش عطف على قوله ولنا قوله عليه السلام الى قول علي ابن ابي طالب
رضي الله عنه م فيها ش اي في امراة المفقود هي امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق م هذا رواه عبد
الرزاق في مصنفه في كتاب الطلاق اخبرنا محمد ابن عبد الله العرزمي عن الحكم ابن عيينة ان عليا رضي الله عنه
قال في امراة المفقود هي امراة ابتليت فلتصبر حتى ياتيها موت او طلاق واخبرنا معمر عن ابن ابي ليلى عن الحكم ان عليا
رضي الله عنه قال مثله سواء اخبرنا سفيان الثوري عن منصور ابن المعتمر عن الحكم ابن عيينة عن علي رضي الله
قال تتربص حتى تعلم احي هو او ميت م خرج بيانا ش خبر المبتدا م اعني قوله وقول علي رضي الله عنه لما ذكرنا
اي خرج مظهرا للبيان المذكور في المرفوع ش اي لمعنى البيان المذكور في الحديث المرفوع م وهو قوله عليه
السلام في المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان لان قوله البيان مجمل في ان اتيان البيان من اي طريق يكون فبين
علي رضي الله عنه ذلك المجمل بقوله حتى يستبين موت او طلاق في هذا المكان تامل لا يخفى ولان النكاح عرف ثبوته
بين من يعرف المفقود وامراته م والغيبة ش اي غيبة المفقود م لا توجب الفرقة كما في غيبة غير المفقود م
والموت في حيز الاحتمال ش اي في جهة الاحتمال يقال هذا الكلام في حيز التواتر م اي في جهته ومكانه وهو كلام
فلا يزال النكاح م الذي بين المفقود وامراته م بالشك ش لان بالشك لا يزول الثابت وعمر رضي الله عنه رجع
الى قول علي رضي الله عنه م وهذا جواب عن استدلال مالك بقوله لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن
ولم يبين وجه الرجوع قال الكاكي وذكر عبد الرحمن ابي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع عن ثلاث قضيات الى قول علي
احدها مسالة المفقود وغيرها مذكور في المبسوط وقال الاتراري فلم يثبت ان عليا رضي الله عنه رجع الى قول
عمر رضي الله عنه كان ذلك اجماعا على قول علي وفيه تامل لا يخفى م ولا معتبر بالايلاء ش هذا جواب عن
قياس مالك صورة النزاع على الايلاء بيانه ما ذكره من قوله لانه ش ولان الايلاء م كان طلاقا معجلا ش في
الابتداء م فاعتبره الشرع مؤجلا ش اي طلاقا مؤجلا فكان ش اي الطلاق م موجبا للفرقة ش اي مزيلا
لملك النكاح وليس كذلك امراة المفقود لانه لم يوجد في الزوج طلاق اصلا لا طلاق معجل ولا مؤجل م ولا
بالعنة ش اي ولا يعتبر ايضا بالعنة م لان الغيبة ش وفي بعض النسخ لان الحرمة م تعقب الاوبة ش اي الرجوع
اذ الظاهر حال الغائب ان يؤوب م والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة ش اي لعدم استحكامها سنة انفساح ذلك
انه ثبت في باب الغيبة حق الفرقة لفوات حق المراة في الجماع على التابيد لان امراة العنة مترددة بين ان يكون
خلقية وبين ان يكون عارضا فجعل الشارع العلم الفاصل بينهما مضي سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة المشتملة على
الطبائع فاذا مضت سنة ولم تزل العنة علم انها من جانب خلقة او ما كان خلقة لا يزول ابدا وهو الظاهر ازلا
يزول غالبا بخلاف امراة المفقود فان حقها في الجماع لم يفت على التابيد لانه يرجى مجيئه بعد اربع سنين كما قبله
فيفسد القياس هذا حاصل ما ذكره جواهر زاده في مبسوطه م قال ش اي القدوري م واذا تم له مائة وعشرون
سنة من يوم ولد حكمنا بموته ش اذا اتم للمفقود من عمره مائة وعشرون سنة من يوم ولد فانه حكما بموته
فعلى هذا يرجع الى قول اهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة م ونحن
باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا كنوح وغيره عليه السلام م قال ش اي المصنف رحمه الله وهذا
رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران م كذا اعتبر محمد في الاصل لم
يذكر محمد انه يعتبر موت اقرانه من اهل بلده او من جميع البلدان وقال جواهر زاده في مبسوطه قال
بعضهم يعتبر في جميع البلدان لا من بلده خاصة وقال بعضهم يعتبر اقرانه في السن من اهل بلده لان
الاعمار مما يتفاوت ويختلف باختلاف الاقاليم والبلدان حتى قالوا الصقالبة اطول اعمارا من اهل الزنج
فاذا كان كذلك يعتبر اقرانه في السن من اهل بلده لا من جميع البلدان وقال جواهر زاده
وهذا القول اصح وارفق بالناس م وفي المروي عن ابي يوسف مائة سنة م كذا في الشامل وشرح الطحاوي
وفي رواية عنه مائة وخمس سنين م وقدره بعضهم بتسعين م لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر

الاقيس افعل التفضيل للمعقول والاشهر في تفضيل المشهور ولا تفضيل للمعقول الا شاذا كما في قولهم اشغل من ذات
النحيين والاقيس ان لا يقدر بشيء وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا قال في الخلاصة وذكر المتاخرون من مشايخنا
ستون سنة رفقا بالناس وتيسيرا لحرج عنهم وفي فتاوى الولوالجي قال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي يعني اي وقت راى
المصلحة حكم بموته يعني من المقادير المذكورة كالمائة والتسعين ونحو ذلك ويعتبر بموت الاقران لان حياة الانسان بعد موت
اقرانه نادر ولا عبرة بالنادر ولا ارفق بتقدير بتسعين ش لان الحياة بعدها نادر وفي الكافي وعليه الفتوى م واذا حكم
بموته اعتدت امراته عدة الوفاة من ذلك الوقت ش اي من وقت الحكم بالموت وقسم ماله بين ورثته الموجودين
في ذلك الوقت ش اي وقت الحكم بالموت م كانه اي كان المفقود مات من ذلك فعاينه اي عاينا اذ الحكمي اي بالموت
الحكمي معتبر بالحقيقي ش اي بالموت الحقيقي فلو ثبت موته حقيقة تعتد امراته ويقسم ماله بين ورثته فكذلك في الموت
الحكمي م ومن مات قبل ذلك ش اي من مات من ورثة المفقود قبل الحكم بموته لم يرث منه ش اي من المفقود قبل الحكم بموته
م لم يرث منه ش اي من المفقود لانه لم يحكم بموته فيها ش اي في مدة الغيبة م كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث
المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاء حياته في ذلك الوقت باستصحاب الحال م وهو ش اي الاستصحاب
م لا يصلح حجة في الاستحقاق واستصحاب الحال عبارة عن ابقاء ما كان لعدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب حجة
للدفع لا للاستحقاق فلهذا اعتبر حيا في ماله فبقي على ملكه حتى لا يرث احد من المفقود في حال فقده ولا يرث
المفقود من احد بل يوقف نصيبه من مال مورثه فاذا قضت المدة او علم موته يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه
الذي وقف ماله ولذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ش اي لا يقضى للمفقود بالوصية اذا مات الموصي في حال
فقده بل تكون الوصية موقوفة كالميراث الى ان يظهر حاله وفي الذخيرة لا يقضى بصحتها ولا ببطلانها حتى يظهر حال المفقود
لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذا في الوصية م ثم الاصل عندنا
ش اي في مسالة المفقود م انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ش اي لا يكون محروما عن الميراث بسبب المفقود
م ولكنه ش اي ولكن الوارث م ينتقص حقه ش اي بالمفقود يعطى م على صيغة المجهول ش اي يعطى الوارث م اقل من
النصيبين ويوقف الباقي ش صورته تركت امراة زوجا واما واختا لابوين واخا لذلك مفقودا فللام السدس
على تقدير حيوته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته ولا تقدير مماته الربع والثمن ولذلك للاخت
على تقدير مماته وعلى تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقي من نصيبه وهذه
المسالة تصح من ثمانية عشر على تقدير الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية وبينهما موافقة بالنصف فاذا ضربت نصف
احدهما في جميع الاخر يصير اثنين وسبعين ومنه تصح للزوج سبعة وعشرون والسبعة موقوفة من نصيبه وللام
اثنا عشر وستة موقوفة من نصيبها وللاخت ثمانية عشر موقوفة من نصيبها فاذا ظهرت حياته اخذ كل واحد
ما كان مستحقا على ذلك التقدير فيكون للزوج ستة وثلاثون ويعطى الذي اصاب الام والاخت حاله لان الحاصل
لهما على تقدير حياته هو الاقل للاخ وهو ستة عشر سهما وان حكم بموته يعطى الزوج كماله وكذلك الام والاخت
ما كان موقوفا من نصيبهما م وان كان معه ش اي مع المفقود وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين
وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا اي الورثة المذكورون والاجنبي على فقد
الابن قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يدفع الى دفع الثلثين
الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجب على تسليم ذلك اليهما وقول اولادا
في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجب على تسليم ذلك اليهما وقول اولاد ابنه مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد
لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا الحد بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه وهو اذا اقر
من في يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فاقامت البنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا
لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف
لانهما اقامتا البينة ان الملك لابيهما في هذا المال ولان الواحد من الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك
له بالبينة واذا اثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف الباقي على يد عدل لان الذي في يده جحد
فلم يبق مؤتمنا عليه وانما قيد بقوله ذي المال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد ابنتين والمسالة بحالها فان القاضي
لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا ينزع منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج المال من ايديهما لان
النصف صار مستحقا لهما بيقين والنصف الثاني للمفقود من وجه وقد زيد بقوله ولا ينزع منه شيئا للمفقود ان
لا يجعل للمفقود شيئا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة ولذلك لو كان المال في يد ذلك الابن

المعقود وطلبت البنات ميراثهما واتفقوا على ان الابن مفقود فانه يعطى البنات النصف وهو ادنى ما يصيبهما و
يترك الباقي في يد ولد الابن المفقود من غير ان يقضي لهما ولا لابويهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما
الثلثين فكان النصف متيقنا به م وتصادقوا فذكرنا معناه وذكر وجه قيد التصادق ش وطلبت الابنتان الميراث
يعطيان النصف لانه ش اي لان النصف متيقنا به م كما ذكرنا ش لانا لو قدرنا المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين ولو قدر
كان نصيبهما النصف بالنصف معه م ويوقف النصف الاخر ش اي في ظهور حال المفقود م ولا يعطى ولد الابن لانهم
يحجبون بالمفقود لو كان حيا ش لان المفقود لو كان حيا كان ابنه يحجب اولاده ولما لم يعلم حياة المفقود م ولا ميراث
حصل الشك فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع ش اي النصف الموقوف من يد الاجنبي لان المال لا يخرج من يدي
الا بالحكم م الا اذا ظهرت منه ش اي من الاجنبي م خيانة م بان يكون محرزا لما ليس للميت مال في يد لانه لما جحد ظهر
خيانته فلا يترك مال الغير في يد الخاين وموضع علي عدد الا ان يظهر المستحق م ويظهر هذا ش اي نظير المفقود
الحمل في حق وقف النصف م فانه ش اي فان الحمل يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى احترز به عما
انه موقف له نصيب اثنين وواحد فروي ليث ابن سعد عن محمد انه يوقف نصيب اثنين وواحد ثلاثة بنين
رواية هشام عنه نصيب اثنين وهي احدى الروايتين عن ابي يوسف وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة انه
يوقف نصيب بنين ويوقف ثلثا ماله وبه اخذ المبارك وابراهيم النخعي ومالك وشريك م ولو كان معه
ش اي مع الحمل م وارث اخر ش فلا يخلوا اما م ان كان م هذا الوارث م لا يسقط بحال م كالابن والجد مثلا لا
يتعين الحمل م ولانك ان الابن لا يتغير بالحمل واذا كان كذلك يعطى نصيبه لعدم فايدة فا حرم عن ما يستحق
من الارث واما ان كان ممن يسقط وهو معنى قوله فان كان اي الوارث ممن يسقط بالحمل كابن الابن والاخ
لا يعطى وان كان ممن يتغير به اي بالحمل ولكن لا يسقط كالام والزوجة يعطى الاقل بتيقنه كما في الاولاد
في المفقود فانه اذا مات وترك ابنا له مفقودا وجدا منعه او اخا له واما السدس والباقي موقوف لان الحال
لا يسقط ولا يتغير نصيبها ولا يعطى الاخ شيا لانه يسقط بالابن ويعطى الامام السدس لكونه نصيبا الاقل من الثلث
لان المفقود ان كان حيا استحقت الام السدس وان كان ميتا استحقت الثلث فيعطى السدس والباقي يوقف الى
تظهر حال المفقود وقد شرحناه في الغاية المنتهي بانم من هذا اي شرحنا حكم مسالة المفقود في الشرح الموسوم
المنتهي ببيان اتم من هذا البيان وبالله التوفيق وعليه التكلان والله المستعان وبه التوفيق والاعانة

م كتاب الشركة ش

اي هذا كتاب في بيان احكام الشركة الشركة والشرك بمعنى واحد قال ابن
زيد الشرك مصدر اشركت الشرك اشرك شركا في المال وشريك الرجل لشار له سوا وقال تاج الشريعة شركة في الاشركة
وشركة وهو شريك وهم شركا والتركيب دال على الخلط ومنه الشركة او الشبكة لتشابكهما واختلاط بعضها ببعض
ولهذا سمي النصيب الشايع شركا وقال الله تعالى ام لهم شرك في السموات اي نصيب شايع فسمي هذا العقد لانه سبب
لاجتماع النصيبين في المال ولهما في شركة المال اجتماع النصيبين وفي شركة العقد الايجاب والقبول وقال الكاكي للشركة
مناسبة بالمفقود والاباق واللقطة من حيث ان المال امانة في يد الشريك كان الاباق واللقطة وقال المفقود
يد من كان في يده امانة للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان قريب المفقود لو كانت كان فيه اختلاط
مال المفقود والحاصل من الارث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة وفي الشركة اختلاط المالين فلهذا ذكرها
عقيب المفقود وقدم المفقود لمناسبة خاصة له بالاباق وقال الاترازي مناسبة الشركة بالمفقود من حيث
ان المفقود من حيث ان المال في يد الشريك امانة كما ان نصيب المفقود امانة في يد من كان المال في يده
ايضا وقال الاكمل مثله او قريبا منه **قلت** اذا كان الذي ذكره الشراح وجها معتبرا في وجه المناسبة ان
يذكر عقيب الصلاة او الزكوة بابا اي باب كان من ابواب الفقه لانه يمكن مناسبة ما ذكر لانه لا بد وجه يوجد
ولو كان بعيدا ومعتبر الواضع وجه المناسبة وهذا كله بعيد وترك احسن مما علم ان شرعية الشركة
ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وقوله وان كثيرا
من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض والخلطاء الشركاء واما السنة فما رواه ابو داود عن محمد ابن الزبرقان عن
ابي حيان التيمي عن ابيه عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انا
ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما ورواه الحاكم في مستدركه وصححه
وقال الاترازي قال اصحابنا في كتبهم روي ان اسامة ابن شريك جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني
فقال وكيف لا اعرفك وانت شريكي نعم الشريك لا تداري ولا تماري انتهى **قلت** هذا اخرجه ابو داود

وابن ماجة عن سفيان عن ابراهيم ابن مجاهد عن قايد السايب عن السايب ابن ابي السايب انه قال النبي صلى الله
عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري ورواه الحاكم في صحيحه ورواه احمد في
حديث عبد الله ابن عثمان ابن خيثم عن مجاهد عن السايب ان النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة
فلما كان يوم الفتح جاءه فقال النبي صلى الله عليه وسلم مرحبا بشريكي ولكن كان لا يداري ولا يماري يا سايب قد
كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا يتقبل منك هذا اليوم وكان ذا سلف وصدقة م وقال السهيلي في الروض حديث السايب
كثير الاضطراب مروي عن السايب من ابي السايب وروي عن ابي السايب وروي عن قيس ابن السايب وروي
عن عبد الله ابن السايب وهذا اضطراب لا يثبت به شي ولا يقوم به حجة والسايب ابن السايب من المولفة قلوبهم وممن
حسن اسلامه واضطرب في متنه ايضا فمنهم من يجعله من قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن السايب ومنهم من يجعله من
قول ابي السايب في النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقد عرفت ان قول الاترازي الى ان اصحابنا قالوا روي اسامة
في شريك جا الى النبي صلى الله عليه وسلم الى اخره ليس يستقيم لان احدا من اصحاب الحديث لم يذكر ان هذا الحديث
لم يذكر ان هذا الحديث اسامة شريك وذكر الكاكي وقال السايب ابن شريك ثم قال وفي شرح الوجيز السايب
ايضا مثل ما فيه وذكر ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ان تداري مهموز من المداراة وهي الموافقة
وتماري غير مهموز من المماراة وهي المجادلة واما الاجماع فان الامة اجمعوا جوازها واما المعقول فهي طريق
الابتغا الفضل وهو مشروع بالكتاب م الشركة جايزة لانه عليه السلام لم ينكرها دل ذلك على جوازها فلو لم يكن
جايزة لانكرها لانه مبعوث لبيان الحق م قال ش اي القدوري م والشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود
شركة الاملاك العين يرثها الرجلان ويعتبر بانه فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيبه الاخر الا باذنه وكل
واحد منهما من نصيب صاحبه كالاجنبي م الى هنا كلام القدوري وقال المص ش وهذه الشركة ش اي الشركة
التي ذكرها القدوري بقوله فشركة الاملاك ش تحقق في غير المذكور في الكتاب ش اي في مختصر القدوري
والمذكور في الكتاب شيان الارث والشراء فقط ثم اوضح تحقق غير المذكور في الكتاب بقوله م كما اذا اتهب
الرجلان عينا اي قبلا عينا وهبت لهما او ملكاها بالاستيلاء ش اي او ملك العين رجلان بالاستيلاء على
مال من اموال اهل الحرب ش او اختلط بالاهما ش اي فاختلط ما فيهما من الدراهم م او خلطهما ش اي واختلط
ما لاهما بخلطهما بانفسهما م خلطا يمنع التمييز راسا ش يعني بالكلية كخلط الحنطة ونحوها م او الا يخرج كخلطة الحنطة
بالشعير لهذه الانواع ايضا من شركة الاملاك ولذا من شركة الاملاك التي تملك الاثنان بصدقة او وصية
م ويجوز بيع احدهما ش اي احد الشريكين م نصيبه من شريكه من جميع الصور م المذكورة ش ومن غير شريكه
بغير اذنهما الا في صورة الخلط والاختلاط بانه ش اي فان بيع احدهما نصيبه من غير شريكه لا يجوز م الا باذن
وقد بينا الفرق ش اي بين الجواز في الصورة المذكورة وبين عدم الجواز في صورة الخلط والاختلاط الا باذن
شريكه وبينه في كفاية الموسوم بالغاية المنتهي م واما احالة بيانه عليه اما طلبا للاختصار واما ايذانا بان
له مصنف اخرى سمي بالغاية المنتهي فيه الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي له وان الملك
عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعدي كان سبب الزوال سبب له ما ناله من وجه دون وجه فاعتبر
نصيب كل واحد زايلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زايل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه
عملا بالشبهين م والضرب الثاني شركة العقود هذا لفظ القدوري ش اي النوع الثاني من نوع الشركة شركة
العقود م وركنها الايجاب والقبول ش اي ركن شركة العقود الايجاب من احدهما والقبول من الاخر وفسر ذلك
ذلك بقوله م وهو انه يقول احدهما ش اي احد المتعاقدين م شاركتك في كذا وكذا ش من المال في البر ونحوه ش
اي في عموم التجارات م ويقول الاخر قبلت هذه الشركة على هذا الوجه م وشرطه ش اي شرط الضرب الثاني
وهو شركة العقود م ان يكون تصرف المعقود عليه ش اي ان يكون التصرف المعقود عليه وقوله المعقود
عليه بالرفع صفة التصرف وقوله م قابلا ش نصب على انه خبر يكون للوكالة ش للوكالة م احترز به عن الشركة
في الكلاء والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك من هذه الصورة يقع لمن باشر سببه خاصا لا على
وجه الاشتراك وعند الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة والتصرف
في مال الغير لا يجوز الا بولاية او وكالة من طريق او الحكم ولم توجد الولاية والنطق بالتوكيل فتعين الثالث
ليتحقق الحكم بالمطلوب من الشركة وهو الربح وهذا معنى قوله م ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما
ش اي بين الشريكين فيتحقق حكم المطلوب منه ش اي حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة م ثم هي

ش اي الشركة م على اربعة اوجه معاوضة وعنان وشركة الوجوه م معاوضة يجوز فيه الرفع والنصب والجر
اما الرفع فعلى انه خبر مبتدا محذوف تقديره احدها معاوضة واما النصب فعلى تقدير اعني معاوضة واما الجر فعلى
عطف بيان واما بعد معاوضة داخل على الوجوه المذكورة بحسب العطف ثم بين هذه الاربعة بالفاء
التفصيلية بقوله م فاما المعاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما م المراد من التساوي في المال التساوي
في مال يصح فيه الشركة على ما يجي عن قريب م وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل
منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق م يعني بغير قيد ش اذ هي ش اي لان المفاوضة م من المساواة م يعني
من حيث المعنى لا من حيث الاشتقاق لان معنى المفاوضة المساواة والمشاركة والفوضة الشركة والناس فوضى
وهذا الامر اي سوا لا تباين بينهم كذا ذكره الزمخشري في الفائق واستدل المص الى هذا بقوله م قال قائلهم ش وهو
الافوه الاودي الشاعر م لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ، ولا سراة اذا جهالهم سادوا ، وتمامه تهدى الامور باهل
الراي ما صلحت ، فان تولت فبالجهال تنقاد ، ومعنى البيت اذا لم يكن للناس اميرا وسيدا كان كل واحد مستقلا
بنفسه فيتحقق المنازعة والفساد والاستشهاد ولهذا قال صاحب المبسوط اشتقاق المفاوضة من التفويض لان
كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه انتهى وليست هي مشتقة من المساواة لعدم شرط الاشتقاق بل من جهة
المعنى والاستشهاد في قوله فوضى اي لا يصلح الناس المتساوون في الامر قوله لا سراة لهم حال والسراة
جمع سري قال في الصحاح هو جمع عزيز لا يعرف غيره وجمع فعيل على فعلة وفي المغرب السراة اسم جمع السري
في رايه والسري السيد من سرو فهو سري وهم سراة وسروات اي سادات كذا في المغرب وفي
السرو سخاء في مروءة يقال سرا يسرا وسري بالكسر يسري سروا فيهما وسرو يسرو سراوة اي صار سريا
المصنف فوضى بقوله م اي متساوين م اي لا يصلح الناس اذا كانوا متساوين في الامور لكل منهم يريد شيئا امره
الاختلاف ولا يصلح الايتلاف فلا بد من تحقيق المساواة ابتدا وانتهاء ، اما ابتدا فظاهر بنا على ما ذكر من مادة
اشتقاقه واما انتهاء فلان المعاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما الامتناع بعد عقد الشركة فكان
ولذا مها حكم الابتدا وحكم الانتهاء المعاوضة حتى يشترط المساواة فكذا في الانتهاء حتى اذا زاد مال احدهما
بعد العقد لا يكون المساواة فلا تبقى المعاوضة م وذلك ش اي تحقيق المساواة م في المال والمراد به ما تصح الشركة
فيه ش اي المراد بالمال الذي اشترط فيه المساواة فيه هو المال الذي يصح الشركة فيه كالدراهم والدنانير
والفلوس ايضا على قولهما لا ما لا يصح فيه الشركة كالعروض والعقار اذ التفاضل فيه لا يبطل المعاوضة م وا
وهو معنى قوله ش ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة كالثياب ونحوها وكذا الديون لا يصح فيها الشركة
لو كان لاحدهما ديون على الناس لا يبطل المعاوضة ما لم يقبض كذا في الايضاح والذخيرة ش وكذا في التصرف
عطف على قوله وذلك في المال ش اي كذا لا تحقيق المساواة في التصرف م حتى لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه
الاخر لفات التساوي م فان كان الاجر عبدا او صبيا او ذميا لا يصح المعاوضة بين الحر والعبد ولا
الصبي والبالغ والمسلم والذمي م وكذا في الدين ش عطف على قوله م لا يتبين ان شا الله م عن قريب بيان
اشتراط التساوي في هذه الاشيا المذكورة م وهذه الشركة ش اي شركة المعاوضة م جائزة عندنا استحسانا وفي
القياس لا يجوز وهو قول الشافعي م وبه قال احمد وقال مالك لا اعرف ما المعاوضة ش وفي الكافي هذا تناقض لانه
لا يعرفها كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور ورد هذا اذ لا تصديق ان قوله لا ادري ما يكون حكما بالفساد
ولا بالجواز حتى يلزم التناقض وفي الحلية والمغني وحكي عن اصحاب مالك ان المعاوضة تجوز في الجملة وصفتها
عنده ان يفوض كل واحد الى الاخر التصرف مع حضوره وغيبته ويكون يده كيده ولا يشترط فيه التساوي
في المال م وجه القياس انها ش اي بان المعاوضة م ضمنت الوكالة بمجهول الجنس ش اي بشرا شي مجهول الجنس
والكفالة بمجهول ش وكل منهما بانفراده فاسد م فعند انضمامهما بالطريق الاولى الا ترى انه لو وكل وكيلا بالشراء او
بشرا الثوب لا يصح الوكالة والكفالة لمجهول لا يصح ايضا بخلاف الكفالة لمجهول معلوم فانها جائزة كما في قوله
ما ذاب لك على فلان فعلي فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لاخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت
فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بالعموم ليس بمراد ههنا فانه لا يثبت الوكالة في شرا الطعام والكسوة
لاهله فاذا لم يكن عاما كان وكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز م وجه الاستحسان قوله عليه السلام فانه اعظم للبركة
م هذا غريب لم يثبت اصلا وقال الرازي وجه الاستحسان ما روى اصحابنا في عامة كتبهم عن النبي صلى الله
عليه وسلم وهذا لا يرضيه الخصم وقال ابن قدامة في المغني لا يعرف السنن ولا رواه اصحاب السنن وقال

الكافي قيل له لا يدل على عدم صحته اذ ليس من شرط صحة الحديث ان روى عنه عن ثقة الى ان ينتهي الى احد من الصحابة
ثم الى النبي صلى الله عليه وسلم وذكر الكافي ايضا قوله عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة قال ايضا غريب
مثل ذلك نعم روى ابن ماجة في سننه في التجارات عن صالح ابن صهيب عن ابيه صهيب قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع انتهى قوله المقارضة بالقاف
والراء وفي بعض نسخ ابن ماجة المفاوضة بالفاء ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبطه بالمعاوضة
بالعين والضاد وفسر المعاوضة بان يبيع عوضا بعوض مثله والعوض هو ما سوى النقود من دابة او غيرها والعرض
العروض بفتح الراء حطام الدنيا ومنه قوله عليه السلام ليس الغنى عن كثرة العرض انما الغنى غنى النفس قلت في هذا
ايضا لا يصح به الاستدلال لا الوجه الاستحسان م ولذا الناس يتعاملون بها ش اي بالمعاوضة من غير نكير م فكان
دليلا على جوازها م وبه ش اي وبتعامل الناس بها م يترك القياس جواز الشركة المعاوضة عن الشعبي وابن سيرين
رحمه الله تعالى قال الكاكي لان التعامل كالاجماع وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وقد روي هذه
الامثلة ش والجهالة متحملة تبعا م هذا جواب عن جهة القياس تقريره ان الجهالة التي ذكرت فيه تحملت تبعا لا قصدا
وكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وثبت ضمنا بالاجماع م كما في المضاربة ش لان المضارب وكيل تصرفه وكيل عن
رب المال لكن مجهول جنس بدل ايضا ولا منازعة ضمنا م ولا تنعقد ش اي شركة المعاوضة م الا بلفظ المعاوضة لبعد شرائطها
عن علم العوام فان اكثر الناس لا يعرفون جميع احكامها م حتى لو بينا بلفظ البيعة ش اي حتى لو بين م المتعاقدان جميع ما يقتضيه
المعاوضة تجوز لان المعتبر هو المعنى م لا اللفظ ولهذا لا يحصل الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط ضمان الاصيل حوالة م قال ش اي القدوري م فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين ش اي فتجوز المعاوضة
بين الحرين احترز به عن ان يكون بين الحر والعبد وقوله الكبيرين صفة الحرين احترز به عن ان يكون بين الكبير
والصغير وقوله مسلمين حال احترز به عن ان يكون احدهما مسلما والاخر ذميا وقوله او ذميين اي بين ذميين
لتحقق التساوي م في جميع ذلك ولم يذكر المص بعد قوله مسلمين لفظ عاقلين فلا بد من ذلك م وان كان احدهما ش اي
احد المتعاوضين كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ش وهو قوله لتحقق التساوي بينهما ان الكفر كله ملة
واحدة م ولا تجوز ش اي المعاوضة بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام التساوي م وفي بعض النسخ
لعدم المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما ش اي من التصرف والكفالة
الا باذن المولى يرجع الى قوله بين الحر والعبد والمملوك م والصبي لا يملك الكفالة ش اذن له وليه او لا م ولا يملك
التصرف الا باذن المولى الى هنا من قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك وكلام المصنف شرح لكلام القدوري ولا
تجوز المعاوضة بين المسلم والكافر م من كلام القدوري ش اي لا تجوز المعاوضة بينهما لعدم التساوي م وهذا ش اي عدم
جواز المعاوضة بين المسلم والكافر م قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجوز للتساوي بينهما ش اي بين المسلم والكافر
في الوكالة والكفالة لان كلا منهما يملك التوكيل وذكر الشراح ان عند ابي يوسف تجوز ذلك لتساويهما في التصرف
لان ما يملكه الذمي من شرا الخمر والخنزير يملكه المسلم ايضا بالتوكيل وجوابه ان الذمي يملكه بنفسه فيتعدى الى
فصار كالحر مع العبد ولا معتبر بزيادة تصرف م هذا جواب من جهة ابي يوسف عما يقال كيف يوجد التساوي
بين المسلم والكافر يجوز له التصرف في الخمر والخنزير ولا يجوز للمسلم فانعدم التساوي وتقرير الجواب انه لا يعتبر بزيادة
تصرف يملكه احدهما ش اي احد المتعاوضين م كالمعاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة م بالاتفاق ش و
يتفاوتان في التصرف في متروك التسمية م فان الشافعي يتصرف في متروك التسمية عمدا لانه يعتقد حلا لا بخلاف الحنفي
وحاصل الكلام ان الاعتبار بالتساوي في اصل التصرف كما ان احدهما يملك التصرف اصالة ونيابة فكذلك الاخر لكن احدهما
اذا اختص بزيادة تصرف فلا يضر ذلك كانه بالمعاوضة بين الشافعي والحنفي كما ذكرنا قوله بين الشفعوي النسبة الى الشافعي
هكذا لا يصح بل الصواب ان يقال الشافعي المذهب كما يقال للامام الشافعي فانه منسوب الى شافع احد اجداده وذكر
الكاكي وفي بعض نسخ العلا بين الشافعي والحنفي على الصحة وفي بعض النسخ بين الشفعوي والحنفي يعني بالياء بعد النون
والصواب الحنفي لانه منسوب الى ابي حنيفة بالنسبة الى فعلة فعل بحذف اليا والحنيفي باليا منسوب الى الحنيف بدون التا
الا انه يكره ش استثناء من قوله م وقال ابو يوسف تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة وجه الملك وجه الكراهة وهو ما
ذكره بقوله م لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود م لانه لا يحترز عن الربوا فلا يؤمن ان يوكل شريكه حراما م ولهما ش اي لابي
حنيفة ومحمد م انه لا يتساويان بينهما في التصرف م فان الذمي اذا اشترى براس المال خمورا او خنازير صح ولو م
اشتراها ش اي الخمور والخنازير م مسلم لا يصح فلا تساوي قلت يشكل بمعارضة الكافي بالمجوسي حيث

يصح ولامساواة في التصرف بينهما فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد المالية والكتابي لا يتصرف ولذا
الكتابي مواجر نفسه للذبح والمجوسي لا يواجر نفسه للذبح قلت من يحمل الموقوذة فانه لا يفصل فيه
الكتابي والمجوسي فيتحقق التساوي والمساواة بانه يعني كان كل واحد من المجوسي والكتابي من اهل ان يتقبل ذلك
العمل على ان يعمله بنفسه او نائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة لتستوجب لها الاجر كان لا تحل ذبيحته م ولا تجوز
اي المفاوضة بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحته ولانعدام صحة الكفالة ش اي من المولى
والصبي والمكاتب والمفاوضة تتضمن الكفالة الكفالة فلا يصح مفاوضتهم قال ولا بين المكاتبين ولذا لا يصح بين
المكاتب والحر م وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان ش اي والحال انه اشترط ذلك
الشرط في شركة العنان م كان عنانا ش لانه اي بمعنى العنان بعبارة المفاوضة لاستجماع شرائط العنان اذ هو م اي
عقد شركة العنان قد يكون خاصا م اي نوع في التجارة ش وقد يكون عاما م في انواع التجارة ش والمفاوضة عامة بها
نظير ما ذكره في الشامل في قسم المبسوط وان تعاوض عبدان او مسلم وذمي كان شركة عنان والمفاوضة اعم من
العنان فاذا ابطل معنى العموم فيبقى معنى الخصوص لجاز اثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز اثبات الخصوص بلفظ
العموم م وينعقد ش اي المفاوضة في بعض النسخ م قال ش اي القدوري م وتنعقد ش على الوكالة والكفالة م
يعني ان كل واحد من الشريكين م يكون فيهما ش وكيلا عن الاخر وكفيلا عنه ش اما الكفالة فيتحقق المقصود م
الشركة في المال لان التصرف في مال الغير لا يكون الا بولاية او وكالة ولم توجد الوكالة فيثبت الوكالة ليتحقق المقصود
من الشركة ليكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه عن الاخر وكفيلا عنه في النصف على ما بينا يعني عند قوله قبل صفحة
ليكون ما استفاد بالتصرف مشتركا بينهما والكفالة ليتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات ش اي واما الكفالة
المفاوضة على الكفالة وليتحقق معنى المفاوضة هي المساواة امر هو من مواجب التجارة ش اي من مقتضيات م وهو م
اي الدين الذي هو من مواجب التجارة ش بوجه المطالبة نحوهما جميعا ش فيكون كل واحد منهما كفيلا عن الاخر فيما وجب
لسبب التجارة واذا كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم الاخر عند ابي حنيفة خلافا لهما على ما يجي ان شاء الله تعالى وما اشتر
كل واحد منهما م وفي اكثر النسخ قال ش اي القدوري م وما يشتريه كل واحد منهما ش اي المتفاوضين م يكون كالشرك
لاطعام اهله ولسوتهم فانها تكون للذي اشتراه خاصة م قال المص ش ولذا لسوته ش اي ولذا لسوة الذي اشتراه
يكون له خاصة م ولذا الادام ش يعني يكون للذي اشتراه لا على الشركة لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن الا ترى
ما قال الكرخي في مختصره واذا اشترى طعاما لاهله او لسوة ولسوتهم ش اي ولذا السوة الذي اشتراه ما يكون له خاصة
لذلك جاز وله خاصة دون صاحبه وللبايع ان يطالب الثمن ذلك ايهما شاء على ما يجي ولذا اذا اشترى احدهما جارية
ليطاها باذن شريكه وليس له ان يشتري جارية للوطي اذا لم ياذن له شريكه ولذلك اذا اشترى جارية للخدمة الا
مختصر الكرخي ايضا وان اشترى احدهما جارية للوطي باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطي العقر ياخذ
المستحق بالعقر ايهما شاء م لان مقتضى العقد ش اي عقد شركة المفاوضة م المساواة ش وهذا التعليل للمستثنى فيه وهو ما
يكون على الشركة م وكل واحد منهما ش اي المتفاوضين م قائم مقام صاحبه ش قائم مقام صاحبه في التصرف وكان
شرا احدهما كشراهما الا في استثناه في الكتاب ش اي من المتفاوضين اي قال القدوري م وهو ش اي المستثنى منه م اي اجا
لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة م لان كل واحد منهما حين شارك صاحبه عالم بحاجته الى ذلك ومعلو
ان كل واحد منهما لم يقصد بلفظ المفاوضة ان يكون نفقته ونفقة عياله على شريكه م فان الحاجة الراتبة ش اي الذي
من قولهم رتب الشي اذا استقر ودام امر مرتب اذا دام ثابت م معلوم الوقوع ولا بد من ايجابه ش اي ايجاب شرا احد الذ
وضمن م على صاحبه ولا الصرف ش اي صرف الثمن م من ماله ولا بد من الشراء ش اي شرا الطعام الاهل والكسوة
فيختص به ش اي يختص المشتري بالطعام والكسوة م ضرورة ش لانه لا بد من شرا ذلك م وللبايع ان يكون م
ش كل ذلك م على الشركة لما بينا ش وهو قوله الا ان مقتضى العقد المساواة م وللبايع ان ياخذ الثمن ش اي ثمن الله
الطعام والكسوة والادام م ايهما ش اي ابطال صاحبه ش بالكفالة لانه كفيل عنه ويرجع الكفيل على المشتري
بما ادى يعني من مال الشركة لانه قضا دينا عليه من مال مشترك بينهما ش اي بين المتفاوضين م وما يلزم كل واحد منهما
من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فيه ش اي في جملته يصح الاشتراك فيه م البيع والشراء م وصورته ما ظاهر
لكن الثمن في البيع الجائز والقيمة في البيع الفاسد والاستيجار صورته ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا
في تجارتها او دابة او شيا من الاشياء فللموجر ان ياخذ الاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة اذ كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه من التجارة ولذلك ان استاجر لحاجة نفسه او استاجر ابلا الى مكة للحج عليها

للمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا ادى من حال خالص ماله رجع به عليه الا انه اذا ادى ما كفل
عنه بماله وان ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المودي واما شركة العنان فلا يواخذ به غير الذي
استاجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه م ومن الغصب الاخر ش اي ما لا يصح فيه الاشتراك ثم
م الجناية ش اراد بها الجناية على بني ادم م ولان ضمان الغصب يلزم الشريك وفي المبسوط اذا ادعى رجل على احد
خطا لها ارش معتد ز واستحلفه نحلف ثم استحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك اذ لا خصومة له مع شريكه
فيما ليس من التجارة م والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد م يعني هذه الاشيا اذا ادعى رجل على رجل احدهما و
حلفه ليس له ذلك وليس له ان يحلف الاخر بخلاف ما لو ادعى احدهما خادم ثم يجحد للمدعي ان يحلف المدعى عليه على
البتات وشريكه على العلم وصورة الخلع ما لو عقدت امراة مع اخر عقد مفاوضة ثم خالعت زوجها بمال لا يلزم
ذلك على شريكها ولذا لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم شريكها م والنفقة ش اي ولذا الصلح على النفقة على شي لا يلزم شريكه
شي من ذلك م ولو كفل احدهما ش اي احد المتفاوضين م بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه
لانه ش اي لان الكفيل متبرع وفي بعض النسخ على صيغة اسم الفاعل بصيغة المصدر ش اي لان عقد الكفالة تبرع
ولذا في نسخة شيخ العلاي رحمه الله وقال الفقيه ابو الليث وهذا اذا كفل باذن المكفول عنه وان كفل بغير اذنه ٥
ينبغي ان لا يجب شي على صاحبه في قولهم وفي شرح الطحاوي ان كانت الكفالة بالنفس فلا يواخذ به صاحبه بالا
جماع م ولهذا ش اي ولكون عقد الكفالة تبرعا لا يصح عن الصبي والعبد الماذون والمكاتب لانهم ليسوا من اهل ٥
التبرع م ولو صدر ش اي التكفيل او عقد الكفالة م من المريض ش مرض الموت م يصح من الثلث قال الكاكي وقيد صدر
الكفالة السابقة في حال الصحة ليعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع م وصار ش اي عقد الكفالة بالمال م كالاقراض ش
حيث لا يلزم الشريك م وقال الكاكي وفي الاقراض اختلاف فانه ذكر في الايضاح لو اقرض احد المتفاوضين مالا
واعطاه رجلا واحد السفتجة كانوا جايزون عليهما ولا يضمن قوي المال اولا وفي قياس قول ابي يوسف يضمن
الغرم حصة شريكه م والكفالة بالنفس ش حيث لا يواخذ به الاخر م ولابي حنيفة انه ش اي عقد الكفالة م تبرع ابتدا ش اي في
ابتدا الامر الا ترى ان المريض لو كفل يعتبر من الثلث ولو كفل العبد الماذون لا يجوز كفالة م ومعاوضة بقاء ش اي حالة
البقاء الا ترى انه يجبر على الاداء م لانه قال وهذا التعليل لكون الكفالة ومعاوضة بقاء يعني ان الكفيل يستو
الضمان ش اي يستحقه من المكفول عنه م انما يودي عن المكفول عنه ش اذا كانت الكفالة عنه بماله بامره ش اي بامر المكفول
عنه م فبالنظر الى البقاء صح لتضمنه المفاوضة ش وبالنظر الى ابتداء لم يصح م وكلامنا في البقاء لانه يلزم شريكه
بعد ما لزم عليه وفي نسخة شيخنا العلاي لانه يستوجب الضمان انما يودي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره
فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ولذا قال الاكمل وبالنظر الى البقاء تتضمنه المفا
مبني حاجتنا هنا الى البقاء اذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم
الاخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثم في الابتداء بانه هل يلزمه او لا فاعتبرنا جهته فيه
ولم يعتبر هنا لان الابتدا ثمة يحتاج اليه ولا كذلك هنا لصحة الابتدا لكون الضامن من اهل الضمان دون الصبي
م ممن ذكر ش قال الاكمل تريد به الصبي والمجنون وقال تاج الشريعة تريد به المكاتب والصبي والعبد الماذون
انتهى وقال الاترازي قوله ممن ذكر اي ذكره ابو يوسف ومحمد وقال وكان القياس ان يكون ذكراه بضمير الاثنين
او القياس ان يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول فلعله وقع هذا من قلم الكاتب انتهى
قلت فيه نسبة المص الى السهو بجلس العبارة وقوله ممن ذكر بضمير الافراد صحيح لان المسالة من مسايل الجامع
الصغير والذي ذكر منسوب الى محمد وان كان ابو يوسف معه في مواضع وافراد الضمير بهذا الاعتبار اي ممن
ذكره محمد في الجامع الصغير فافهم م وتصحيحه ش اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت وقد مر بيانه م بخلاف ش
الكفالة بالنفس م حيث لا يلزم شريكه م لانه ش اي لان عقد الكفالة بالنفس حيث لا يلزم شريكه م لانه ش لان عقده
الكفالة بالنفس م تبرع ابتدا وانتهاء ش اذ لا يستوجب الكفيل قبل المكفول عنه شيئا م واما الاقراض ش هذا في
الحقيقة جواب عن قولهما وصار كالاقراض بطريق المنع بيانه ان الاقراض فعن ابي حنيفة ش رواه الحسن عنه
انه يلزم صاحبه م عند ابي حنيفة ولا نسلم انه لا يلزمه بل يلزمه على رواية الحسن حتى لو اقرض احد المتفاوضين
جاز عليه على شريكه ولا يضمن لشريكه شيئا م ولو سلم ش جواب بطريق التسليم يعني ولو سلمناه ان الاقراض لا يلزم صاحبه
عند ابي حنيفة م فهو ش اي الاقراض م اعارة لا معاوضة م بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد
بالنسيئة في الاموال الربوية فاذا كان م فيكون كمثلها ش اي مثل الاعارة م حكم عينها ش اي عين ما افرضه م لان

لاحكم البدل كما في الاعارة الحقيقة م حتى لا يصح فيه الاجل ش اي لا يلزم م لان تاجيل الاقراض والعارية جايز لكن
لا يلزمه لان تاجيل الاقراض والعارية جايز ولكن لا يلزمه الصبي على ذلك التاجيل واذا كان كذلك الامر لذلك
م فلا يتحقق المعاوضة ش في الاقراض م ولو كانت الكفالة بغير اذنه ش اي بغير اذن المكفول عنه م فالصحيح انه لا
يلزم صاحبه لانعدام معنى المعاوضة ش واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وتبعه المصنف
قال م ومطلق الجواب في الكتاب ش اي في الجامع الصغير عن قيد الكفالة بامر المكفول عنه يحمل على هذا القيد
وهو ما اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه جواب كتاب الجامع الصغير م وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة
الكفالة وعند ابي حنيفة وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك لانه معاوضة انتهاء لا
الغرض عند الطلب وقال الكاكي تخصيص ابي حنيفة في قوله بمنزلة الكفالة عنده انما يصح في حق الكفالة لا في حق
ضمان الغصب والاستهلاك فان فيهما محمد مع ابي حنيفة في انه يلزمه شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف مع ابي حنيفة
وقال الاترازي وكان حق الكلام ان يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف وغير رواية الاصول وقال الاكمل تلخيص تحرير المذاهب على هذا الوجه ويظهر ذلك سقوط ما اعترض
به على المص في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة بان محمدا مع ابي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك
الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة والا فقوله بمنزلة الكفالة وجه م وان ورث احدهما ش اي احد المت
م مالا ش بالتنوين م يصح فيه الشركة ش هذه الجملة صفة لقوله مالا والمال كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة
م او وهب له ش اي لان احد المتفاوضين م ووصل الى المال ش الى يده م بطلت المفاوضة م وصارت ش اي الشركة م عنانا
لفوات المساواة التي هي شرط المفاوضة م فيما يصلح راس المال م اذ هي ش اي المساواة م شرط فيه ش اي في
عقد شركة المفاوضة م ابتداء وبقاء ش اي في حالة الابتداء وحالة البقاء لاقتضاء المساواة الدوام م وهذا
ش اي بطلان المفاوضة وصيرورتها عنانا م لان الاخر ش اي الشريك الاخر م لا يشاركه ش اي لا يشارك صاحبه
فيما اصابه من المال لانعدام السبب ش اي سبب الشركة وهي الجارة م في حقه ش اي في حق الاخر م الا انها
اي غيرات المفاوضة تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ش اي في العنان ابتداء وكذلك ما ليس بشرط
فيه ابتداء ليس بشرط فيه دواما م ولدوامه ش اي ولدوام العنان م حكم الابتداء لكونه غير لازم ش اي
لكونه ابتداء عقدا لازما او غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبر الا
على ذلك فصار كالوكالة المفردة فصار كانما انشا الشركة في الحال ولا مساواة بينهما فيكون عنانا فان قيل
الاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد كل واحد من المتعاقدين او بالفسخ ويجبرهما القاضي على المضي ومع حكم الاستدامة لا
حتى لا يبقى بموت احد المتعاقدين فكيف صح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه اذ للعقد اللازم لدوامه حكم
الابتداء كما في الاجارة قيل في جوابه الاجارة عقد غير لازم كما قال شرح لكون المعقود عليه معدوما في الحال
فكان بمنزلة العارية الا انه عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا في النظر كما في البيع والنكاح
بموت احدهما لا باعتبار كونه لازما بل باعتبار فوت المستحق لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث وان احد
ش اي احد المتفاوضين م وان ورث احدهما ش اي احد المتفاوضين م عرضا ش اي متاعا من الامتعة م ف
فهو له ش اي فالعرض له م نصيب ان يكون له في الرواية ش ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار ش اي وكذا
لا تفسد المفاوضة اذا ورث احدهما عقارا لانه لا يصح فيه الشركة ولا يشترط المساواة فيه ش اي في البناء
والله اعلم **فصل** اي هذا فصل في بيان ما يصلح من الاعمال او الاموال لراس مال الشركة ولما
كان البحث هاهنا غير البحث فيما قبله ذكره بفصل على حدة فقال م ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير
والفلوس النافقة ش قال الكاكي في المبسوط يكون المفاوضة والعنان في شركة التقبل والوجوه مع عدم
المال فيهما فكان قوله لا تنعقد الشركة الا بكذا كيف يحصر **قلت** المراد بقوله لا تنعقد الشركة
وهو شركة المفاوضة لان اللام للتعريف الشركة فينصرف المذكور الى السابق وقال صاحب النهاية ايضا
المراد شركة المفاوضة لانه شرع فيه ببيان المفاوضة ولهذا ابتدا بعد هذا ببيان شركة العنان ثم
شركة العنان قوله بالفلوس النافقة اي الرائجة لان غير النافقة من العروض ولا يجوز بالغير النافقة ولا خلاف
في ان الشركة تصح بالنقدين والفلوس النافقة والخلاف في العروض فقال اصحابنا واحمد والليث في وجه لا
يجوز وقال في وجه ان كان العروض مثلية يجوز واذا ابتلى بشبه النقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها
وقال مالك واحمد بالعروض والكيل والموزون ايضا اذا كانت بالجنس م لانها ش اي لان الشركة عند

ما

على راس مال معلوم ما اشبه المعقود م واشتراط اتحاد الجنس بقاء على ان الجنس شرط عنده وقال الاكمل في ذكر
خلاف مالك نقل لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة انتهى **قلت** نقل عن مالك غير صحيح وانما نقل
هذا من قول الشافعي وعند مالك يجوز لما نقله المص وعن احمد في رواية يجوز الشركة والمضاربة بالعروض وبه قال الاوزاعي
وطاوس وحماد ابن ابي سليمان وابن ابي ليلى م بخلاف المضاربة ش من تتمة قول مالك يعني المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير
م لان القياس يأباها ش اي يمنع جوازها م لما فيها من ربح ما لم يضمن ش لان المال ليس بمضمون على المضارب بل هو امانة
في يده فكان ما حصل من الربح ربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يصح م فيقتصر
على مورد الشرع ش وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي في
ذلك المال يستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه بغير شركة فيصح م ولنا انه ش اي عقد الشركة
بالعروض م يؤدي الى ربح ما لم يضمن ش وانه لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك واوضح كيف يؤدي الى ربح ما
لم يضمن بقوله م لانه اذا باع كل واحد منهما ش اي من الشريكين العروض م وتفاضل الثمنان ش بان باع احدهما عرضه
باضعاف قيمته والاخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما
لم يملك م وذلك لا يجوز ش بخلاف الدراهم والدنانير م لان ثمن ما يشتريه ش كل واحد منهما براس المال لا يتعلق الشراء
براس المال بعينه م وانما يتعلق بمثله دينا م في ذمته اذ هي ش اي الاثمان م لا تتعين ش بالتعيين م فكان ربح ما يضمنه
ولهو شرط طيبة الربح وهو وجوب المال في الذمة م ولان اول التصرف ش دليل اخر اي اول التصرف في الشركة
في العروض البيع م لان بيع العرض اولا ش وفي النقود ش اي وفي الشركة في الدراهم م والدنانير الشراء ش وهذا ظاهر
وبيع احدهما ش اي احد الشريكين م ماله على ان يكون الاخر شريكا في ثمنه لا يجوز لان الشركة تقتضي الوكالة
والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة لا يصح في العروض فانه لو قال لغيره بع عرضك على ان ثمنه لا يصح على ما بينا
وشرا احدهما بما له على ان يكون المبيع بينه وبينه وبين غيره جائز ش الا ترى ان من قال اشتر بالف من مالك على
ان ما تشتريه مشترك بيننا فالشركة جائز وقرر صاحب النهاية هذا الدليل الثاني على وجه يخرج الى ربح ما لم يضمن
وذلك لانه قال لانه شركة وصحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا يجوز الوكالة بتلك الصفة لا يجوز الشركة
ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان له ربح ما لم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن
للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما قد ضمن م واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج
الاثمان ش اي رواج الاثمان م فالتحقت بها ش اي بالاثمان م قالوا ش اي قال المتاخرون م هذا ش اي هذا الذي
ذكره القدوري من جواز الشركة النافقة هو م قول محمد رحمه الله لانها ش اي بالفلوس النافقة م ملحقة بالنقود
عنده ش اي عند محمد م حتى لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير م ولا يجوز بيع اثنين
بواحد ش اي بيع فلسين بفلس واحد م باعيانهما على ما عرف في البيوع ش وانما قيد باعيانهما لبطلان عند الا
خلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسية لا يجوز بالاجماع المراد هنا عندهما كذا افسح الاترازي لان مسالة
الفلوس التي ذكرها في اول الفصل ذكرها القدوري في مختصره وعزم قال قوله هذا جواز الشركة بالفلوس النافقة
قول محمد فلوجود النسبة في الجنس الواحد واما عندهما محمد فلهذا او المعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانهما
الله عندهما يجوز وعند محمد لا يجوز ولم يذكر القدوري من الفلوس الباقية خلافا واما الحقها بالدراهم والدنانير
لانه لم يذكر الخلاف فيها ولذلك الحاكم الشهيد لم يذكر الخلاف فيها قال الكرخي في مختصره والاموال التي يصح بها العقد
وهي التي يصح بها العقد اي عقد الشركة الدراهم والدنانير في قولهم جميعا ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد يصح
بالفلوس ايضا وفي الشامل يجوز الشركة بالفلوس لانها لا تتعين في العقد وعن ابي يوسف لا يصح وهو رواية عن ابي حنيفة
لانه مبيع تارة وثمن اخرى وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان راس مال احدهما لم يجز الشركة عند ابي حنيفة
وابي يوسف لان الفلوس انما صارت ثمنا بالاصطلاح الناس وليس بثمن في الاصل وعند محمد يجوز وهو قول زفر
وفي رواية قول ابي يوسف في الاول م اما عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز الشركة ولا المضاربة بها ش اي
بالفلوس لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير ساعة وتصير سلعة م لا يجوز الشركة ولا المضاربة بالسلعة م ويروى
عن ابي يوسف مثل قول محمد ش يعني لا يجوز بيع الفلسين بفلس واحد وهذا قول ابي يوسف اولا والاول ش اي كون
ابي يوسف مع ابي حنيفة م اقيس ش اي اشبه بالقياس م واظهر ش لان ابا يوسف يجوز ذلك وجوز بيع
الفلوس الفلسين بفلس واحد اذا كانا عينين ولابي حنيفة وجعل الفلوس بالعروض م فلما كان مذهبه في حكم البيع
لمذهب ابي حنيفة كان مذهبه لذلك ايضا في مسالة الشركة لان العروض لا تصلح راس مال الشركة والمضاربة

وعن ابي حنيفة ش اي وروي عن ابي حنيفة رواها الحسن عنه م صحة المضاربة بها ش اي بالفلوس النافقة م ولا
يجوز بما سوى ذلك ش اي من صحة المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة م الا ان يتعامل الناس بالتبر ش
بكسر التاء المثناة من فوق وسكون البا الموحدة وهو من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ م والنقرة ش بضم النون
وهي القطعة المذابة من الذهب والفضة م فتصح الشركة بهما ش اي بالتبر والنقرة م هكذا ذكر ش اي في الكتاب اي
مختصر القدوري م وذكر في الجامع الصغير لا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر ش اي مراد
محمد في الجامع الصغير من قوله بمثاقيل ذهب او فضة التبر م فعلى هذه الرواية ش اي رواية جامع الصغير م التبر
ش اي مراد محمد في الجامع الصغير م التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات ش لا
يؤدي الى ربح ما لم يضمن م وذكر في كتاب الصرف ش من الجامع الصغير م ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد
بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح راس المال فيهما ش اي في المضاربات والشركات م وهذا ش اشارة الى ان
النقرة لا تتعين بالتعيين م لانهما ش اي ان الذهب والفضة م خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول ش يعني رواية الجامع
الصغير م اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك ش اي عند الضر
المخصوص لان عند ذلك ش اي عند الضرب المخصوص م لا تنصرف الى شيء اخر ظاهرا الا ان يجري التعامل م هذا
قوله الا ان الاول اصح ش يعني ان الاول وهو رواية الجامع الصغير وهي ان النقرة لا تصلح راس مال الشركة الا
اذا جرى التعامل م باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال م ثم قوله ش اي
قول القدوري في مختصره م ولا يجوز بما سوى ذلك ش اي لا يجوز عقد الشركة بما سوى المذكور من الدراهم والدنانير
والفلوس النافقة م يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا ش اي لا خلاف في عدم
جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا ش اي فيما بين اصحابنا م ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه
وضيعته ش اي خسرانه وفي الخلاف فان خلطا ثبتت بينهما شركة ملك فاذا باعا فالربح والوضيعة على قدر ماليهما
كسائر الاعيان م وان خلطا ثم اشتركا فكذلك ش لا يجوز م عند ابي يوسف والشركة شركة ملك لا عقد م وعند محمد
تصح شركة عقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح م فعند ابي يوسف
لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد من الربح بقدر ملكه م وعند محمد الربح بينهما على ما شرطا م وظاهر الرواية ما
قاله ابو يوسف لانه ش اي لان المذكور من الكيل والموزون والعددي المتقارب يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين
قبله م وشرط جواز الشركة ان لا يجوز وان لا يكون راس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن وما لا
يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه كالعروض فكذا اما لا يصلح راس مال الشركة لا يختلف
الحكم بالخلط وعدمه لان قبل الخلط انما لا يجوز شركة العقد بها لانها متعينة واول التصرف فيها بيع يؤدي الى ربح
ما لم يضمن وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا بالخلط لان الخلط لا يعتبر الا في عين والمخلوطة
المشترك لا يكون الا عينا فيتقرر المعنى المفسد فلا يكون صحيحا للعقد ولمحمد انها ش اي ان المكيل والموزون والعددي
المتقارب م ثمن من وجه حتى جاز البيع بها م حال كونها م دينا في الذمة ش اي هو من احكام الثمن م ومبيع من حيث انه
يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين ش اي لشبه العرض والثمن م بالاضافة الى الحالين ش اي حالة الخلط وحالة عدمه
فلشبهها بالعروض لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالاثمان تجوز بعد الخلط وهذا لان اعتبار الشبهين
يضعف اعادة عقد الشركة اليها فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان الخلط يثبت شركة الملك
لا محالة والعكس يتضمن ربح ما لم يضمن م بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ش يعني ليست لها جهة الثمنية
فلم تجز الشركة لانها بعد الخلط ايضا م ولو اختلفا ش اي ولو اختلف المالان م جنسا ش اي من حيث الجنسية كالحنطة
والشعير والزيت والسمن مخلوطا على صيغة المجهول م لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق ش فاذا كان كذلك احتاج
الى الفرق اشار اليه م بقوله ش والفرق لمحمد م انما احتاج الى الفرق لانه قد يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط
في جنس واحد ولا يقول بانعقادها اذا اعتقد عقد الشركة بعد الخلط في جنسين وبيان الفرق هو قوله
ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله م ومن جنسين ومن ذوات القيم حتى
ان من اتلفه ضمن قيمته م فتتمكن الجهالة ش لانه م لا يمكن وصول واحد منهما ش اي عين حقه من راس المال
قبل القسمة م فلم تنعقد الشركة للجهالة بخلاف الجنس الواحد لان كلا منهما يمكن ان يصل الى عين حقه من راس المال
قبل القسمة باعتبار المثل فانعقدت الشركة لارتفاع الجهالة م كما في العروض ش قال تاج الشريعة قوله
من ذوات القيم ولهذا يجب مثله القيم فكان المخلوط بمنزلة العروض ذكره ابو الفضل م واذا لم تصح الشركة

حكم

حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء ش اي اذا لم يصح شركة العقد يعني اذا عقداها بعد الخلط في جنسين اما شركة
الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين برضى صاحبيهما ومعنى قوله حكم الخلط يعني ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل
خلطها الرجل بشعير لنفسه ينقطع حق المالك الى الضمان وكذا اذا خلط المودع الخل الوديعة بزيت نفسه والخل
بفتح الحاء المهملة دهن السمسم وقال الاترازي قوله قد بيناه في كتاب القضاء فيه نظر لان صاحب الهداية لم يذكر
حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وانما ذكر واحكم الخلط في كتاب القضاء في شروح الجامع الصغير والله اعلم
بصحة ما قال الا اذا قيل انه يعنيه في كفاية المنتهي فله وجه ان صح ذلك وقال الكاكي قوله في كتاب القضاء في الكافي اراد
قضاء الجامع الصغير وقال الاكمل رحمه الله لذلك اي في كتاب القضاء الجامع وقد بيناه في كتاب الوديعة والدليل
على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء ومن هذا الكتاب
لقال سنبينه وقال تاج الشريعة في كتاب القضاء وقد اورده المص هذه المسئلة في كتاب الوديعة انتهى ٥
وان قلت قد رايت ان احدا من هولاء لم يشف العليل ولم يرووا الغليل قلت ان كان مراده في كتاب
القضاء الذي ذكره في كفاية المنتهي على ما قيل لا يرد عليه شيء وان كان مراده كتاب قضاء الجامع على ما نص عليه
الشراح يحمل على انه بينه هناك بكتابة شيء من الحواشي من الحو وتغيير مبينا في بدر رسه م قال ش اي القدوري
في مختصره م واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ونصف مال واحد
منهما مضمونا على الاخر بالثمن فيكون الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا م قال ش اي المص رحمه
الله وهذه شركة ملك لما بيناه ان العروض لا تصلح راس مال الشركة وفي الكافي هذا مشكل لان ذلك يحصل بمجرد
البيع بلا احتياج الى قوله ثم عقد الشركة الا ان يقال اراد بقوله عقد الشركة اي شركة ملك وفيه بعد م وقال
الاترازي ظاهر ش وقال الاترازي ظاهر كلام القدوري ان هذا شركة العقد لا شركة الملك لانه قال ثم
عقد الشركة وقال صاحب الهداية هذه شركة ملك وهذا عجيب منه وبعيد وقوعه عن مثله نصا وتحقيقا
وملخص النص ما ذكر في المبسوط ولو كان لاحدهما عروض وللاخر دراهم فباع هذا نصف العروض بنصف تلك
الدراهم وتقابضا واشتركا شركة عنان او مفاوضة جاز والحق العنان والمفاوضة هذه الشركة وهما من
شركة العقود لان شركة الملك وملخص التحقيق ان العروض انما لا تصلح راس مال الشركة قبل البيع لانه يفضي الى
ربح ما لم يضمن بخلاف ما اذا كانا العقد البيع على الوجه المذكور لان الربح فيه يحصل من مال مضمون كما ذكرناه
وقال الكاكي وفي شيخ العلامة عدم جواز الشركة بالعروض مبني على مال مضمون كما ذكرناه وقال الكاكي انه
مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا والثاني جهالة راس المال فاذا باع احدهما بنصف عرضه بنصف عرض
الاخر ثم عقد الشركة فقال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي
والمزني من اصحاب الشافعي لان نصف المال صار معلوما وصار مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن
لكان الربح الحاصل من ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ثم قال الكاكي ثم المص اختار عدم الجواز وعدل
عما ذكر القدوري لما علله وقال وهو نظير ما ذكر القدوري ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة ثم
عدل المص بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة انتهى قلت قد طوى
الشراح هنا كلامهم والاحسن ان يقال ان صاحب القدوري اختار ما ذكر واختار صاحب الهداية ما
ذكر وليس فيه اعتراض لاحدهما على الاخر ولا لغيرهما اعتراض عليهما فافهم م وتاويله ش اي تاويل ما قاله
القدوري في مختصره من بيع نصف عرض احدهما بنصف عرض الاخر م اذا كانت قيمة متاعيهما على السواء ولو
كانت ولو كان بينهما اي في متاعيهما تفاوت بيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة مثل ان يكون قيمة
عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الاخر مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر
فيكون الربح الحاصل من المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فتطيب ويصير المتاعين على قدر راس
ما لهما م قال ش اي القدوري في مختصره م واما شركة العنان م وهذا عطف على قوله فاما شركة المفاوضة
في اوائل الكتاب فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وتجي بيانه عن قريب وهي اي شركة العنان ش اي صورتها
اي يشترك اثنان في نوع بز بفتح البا الموحدة وتشديد الراء قال ابن دريد البز متاع البيت من الثياب
خاصة وعن الليث ضرب من الثياب ومنه ابتز جاريته اذا جردها من الثياب وروي عن الاستاذ رجل
حسن البز اي الثياب وعن الجوهري هو من الثياب وقال محمد في السير الكبير البز عند اهل الكوفة
ثياب الكتان والقطن والخز ويقال البزاز لبايعه والبزازة حرفته والبزة بكسر الباء الهيئة يقال هم رجل

حسن البزة م او طعام ش اي او اشتركا في طعام اي حنطة م او يشتركا في عموم التجارات ش اي وان يشتركا في
انواع التجارات عطف على قوله ان يشترك ش اي وان اشتركا في عموم التجارات م اي ولا بد ان الكفالة ش اي
العقد م وانعقاده ش اي انعقاد عقد الشركة العنان م على الوكالة لتحقق مقصوده ش اي لتحقق العقود من العقد وهو
التصرف في مال الغير فلا يكون ذلك التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد الى
مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه م ولا ينعقد على الكفالة ش اي لا ينعقد شركة العنان على الكفالة ان
كل واحد منهما هيلا عن الآخر م لان اللفظ ش اي لفظ العنان مشتق من الاعتراض ش اراد بالاشتقاق من جهة
لا من جهة اللفظ لان اللفظ العنان غير مشتق بحسب الاصطلاح في الاعتراض بل من حيث المعنى وهذا
عن له اي اعترض م ويقال عن لي ش اي عرض م قال امرء القيس ش فعن لنا سرب كان نعاجه معناه ظهر لنا قطيع
من بقر الوحش م وقال ابن السكيت كانه عن لهما شيء فاشتركا فيه وقال بعض اهل اللغة ش هذا شيء احدثه اهل اللغة
ولم يتكلم به العرب وليس كذلك لما ذكرناه من شعر امرء القيس وقيل هو ماخوذ من عنان الفرس م ذهب اليه الكسائي
والاصمعي اذ كل منهما جعل عنان التصرف في بعض ماله الى صاحبه او لانه يجوز ان يتفاوتا في المال والربح كما يتفاوت
في يد الراكب حالة المد والارخاء كذا في المبسوط والايضاح م وهذا ش اي معنى الاعتراض م لا ينبئ عن الكفالة
لا يفهم معنى الكفالة ش اي لان يفهم منه معنى الكفالة فلا ينعقد عليها وحكم التصرف لا يثبت خلاف مقتضى اللفظ م
اي حكم التصرف في اللفظ لا يثبت بخلاف ما يقتضيه ذلك اللفظ العنان لا يدل على معنى الكفالة فلا يتضمنها
التفاضل في المال للحاجة اليه م لانه لا يقتضي المساواة لجواز التفاضل وهو معنى قوله م وليس من قضية اللفظ
المساواة ش اي لفظ العنان والمساواة مثل المفاوضة م ويصح ان يتساويا ش اي الشركة شركة العنان م في المال
ويتفاضلا في الربح م وبه قال احمد وزفر والشافعي لا يجوز م وبه قال مالك ش وفي فتاوى قاضي خان لو
شرطا المساواة في الربح او شرطا لاحدهما وشرط العمل عليهما فان الربح بينهما على ما شرطاه
جيدا او عمل لاحدهما فصل ربح ان شرط العمل عليهما فان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا او على العامل
لا يجوز وفي الذخيرة والاصل في هذه الشركة حقوق العقد ترجع الى العاقد لا غير واذا شرطا في هذه الشركة
بالعمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في المال جاز عند علمائنا الثلاثة م لان التفاضل فيه اي
في الربح ش يؤدي الى ربح ما لم يضمن م وهو لا يجوز م فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا ش اي وكان الربح اثلاثا
فصاحب الزيادة مستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال م ولهذا يصح شرط الوضيعة على هذا الوجه
لان عقد الشركة عندهما ش اي عند زفر والشافعي م للربح والشركة في الاصل م يشترط الخلط ش في المالين حتى
تخلطا راس مالهما لا يثبت الشركة عندهما ش اي عند زفر والشافعي فيستحق الملك في الاصل
ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر
المالين ش هذا غريب وليس له اصل ويوجد في بعض كتب الاصحاب من قول علي رضي الله عنه انه قال الربح على ما
قال الاترازي ولنا روى اصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه انه قال الربح على ما اشترط العاقدان والوضيعة
على قدر المال وكذا قال الشراح م ولم يفصل ش يعني بين التساوي والتفاضل في بعض النسخ من غير فصل
ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة ش اي كما يستحق بالعمل المضاربة فان قيل في
في المضاربة لو شرط العمل على رب المال قبل العقد وههنا لا يفسد فكيف جوز الحاقه بالمضاربة قلنا
المضاربة امانة وتمام الامانة يقف على التخلية فاذا شرط عمل رب المال لم يوجد التخلية اما ههنا
فكل واحد كالاجير في مال الآخر فشرط عمل رب المال لا ينافيه ولا يبطل العقد فان من استاجر الغير
على العمل صار كما في الايضاح م وقد احدهما ش اي احد شريكي العنان م احذق ش بالحاء المهملة والذال
المعجمة ش اي انفق في استنماء المالية م واهدي ش الى طريق التصرفات الى الصواب في تصرفاته
واكثر عملا واقوى في عمله في صاحبه م فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل فجوز لذلك ولا
اشتراط الربح لاحدهما ش لانه ش اي لان اشتراط الربح لاحدهما م يخرج العقد به ش اي باشتراط الربح
لاحدهما ش من الشركة لان الشركة هي ان تكون الربح مشتركا م ومن المضاربة ايضا ش اي ويخرج باشتراط
الربح لاحدهما من عقد الشركة هي ان يكون الربح مشتركا م ومن المضاربة ايضا ش اي ويخرج باشتراط الربح لاحدهما
من عقد المضاربة ايضا م الى قرض ش يتعلق بقوله يخرج العقد به م اراد ان اشتراط الربح لاحدهما ان كان للعامل
فيكون قرضا وهو معنى قوله الى قرض م باشتراطه ش اي باشتراط الربح للعامل م او الى بضاعة م اي ش او يخرج

اشتراط الربح لاحدهما ان كان هو رب المال وهو معنى قوله م والى بضاعة لان اشتراطه لرب المال م ويخرج عن كونه
شركة لانه اما ان يكون قرضا واما ان يكون بضاعة م وهذا العقد يشبه المضاربة ش هذا جواب لقول زفر والشافعي ان التفا ديل
في الربح مع التساوي في المال يؤدي الى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه ان هذا العقد ش اي شركة العنان يشبه المضاربة
من حيث انه يعمل في مال الشريك م لان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال م ويشبه الشريك
اي شركة المفاوضة م اسما ش اي من حيث الاسم م لان كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة م وعملا ش اي من حيث
العمل فانهما يعملان م لان شريك العنان يعمل في نصيب صاحبه كالمفاوض فصار لهما شبهان شبه بالمضاربة وشبه شركة
المفاوضة م فعملنا بشبه المفاوضة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة ش اي شركة المفاوضة ش اي عملنا
بشبه شركة المفاوضة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما في عمل الشريكين م قال ش اي القدوري في مختصره م ويجوز ان يعقدها
اي ان يعقد شركة العنان م كل واحد منهما ش اي من الشريكين م ببعض ماله دون البعض ش بان يكون له مال اخر مما يجوز
عليه كل الشركة م سوى المال الذي اشتركا فيه م لان المساواة في المال له ليست بشرط فيه ش اي في العنان م اذ اللفظ ش اي
لفظ العنان م لا يقتضيه ش اي لا يقتضي المساواة بتاويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة م ولا يصح ش اي شركة العنان الا
بما بينا عند قوله ولا ينعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة م ولا يصح بالعروض ش ان المفاوضة يصح
بالوجه الذي ذكرناه م يعني ما ذكره في اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن م ويجوز ان يشتركا من جهة احدهما
دنانير ومن الآخر دراهم سود ش في الاسرار وكذا في الصحاح والكشف م وقال زفر لا يجوز وهذا بناء ش اي وهذا الخلاف
مبني على اشتراط الخلط م وهذا ابتقات عندهما ش اي عند زفر والشافعي م والخلط يشترط ولا يتحقق ذلك ش اي الخلط في
مختلفي الجنس م لان الدراهم والدنانير مما لا يختلطان م وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى انه على ذلك فلا بسر ش اي سنبين
اشتراط الخلط في جواز الشركة عند زفر والشافعي وعدم اشتراطه عندنا عند قوله ويجوز الشركة وان لم يختلط المال
قال ش اي القدوري م وما اشتراه كل واحد منهما ش اي من شريك العنان م للشركة ش اي لاجل الشركة م طولب ش اي الذي اشتراه
بثمنه ش اي بثمن الذي اشتراه م دون الآخر ش اي الشريك الآخر اي لا يطالب به م لما بينا فيما مضى م انه ش اي ان العنان
يتضمن الوكالة دون الكفالة ش اي دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق ش يعني هو المطالب منها م قال ش اي القدوري
م ثم يرجع ش اي الذي اشتراه م على شريكه بحصته منه ش اي من الثمن م معناه ش اي معنى كلام القدوري م اذا ادى من
مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته ش اي في حصة صاحبه م فاذا رجع من مال نفسه رجع عليه ش اي على شريكه م فان
كان ذلك لا يعرف انه ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة الا بقوله فعليه الحجة ش اي فعليه اقامة البينة الا
وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر ش اي والآخر ينكر م والقول للمنكر مع يمينه م بالنص م قال ش اي القدوري في
مختصره م واذا هلك مال الشركة او احد المالين ش اي او هلك احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان
المعقود عليه في عقد الشركة المال ش اي المعقود عليه هو المال فاذا فات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع
ش اي فان المال يتعين فيه ش اي في عقد الشركة وان كان لا يتعين في سائر المعاوضات عندنا خلافا لزفر والشافعي
لا يتعين ش اي المال م في الهبة والوصية م والوديعة ايضا وهلاك المعقود عليه ايضا يبطل المعقود كما في البيع ش اي
كما يبطل في البيع لان الركن فيه هو المال م بخلاف المضاربة والوكالة المفردة ش احترزنا بالمفردة عن الوكالة الثابتة
في ضمن العقد م لان المعقود ش احترزنا يتعين فيهما لانه ش اي لان الشان م لا يتعين ش اراد بها الدراهم والدنانير فيهما
ش اي في المضاربة والوكالة المفردة بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف في موضعه م والوكالة المفردة لمن
وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها تبطل وقال الاترازي فيه نظر لان النقود نص عليه في
الزيادات بخلاف الوكالة فان النقود فيها لا يتعين قبل التسليم بطلت اما بعد التسليم ففي تعيينها اختلاف المشايخ
قال بعضهم لا يتعين وقال شيخ العلاء الذي ذكر في الزيادات في اشتراط راس المال في المضاربة محمول على عقد المضاربة
بالتعاطي وهو ان يقول رب المال للمضارب خذ هذا المال مضاربة بالنصف فان المضارب لو لم ياخذ تفرقا بطل
المضاربة وهذا يرد نظر الاترازي م وهذا ظاهر ش اي بطلان الشركة ظاهر م فيما اذا هلك المالان ش لفوات
المعقود عليه ولذا اذا هلك احدهما ش اي احد المالين م لانه ش اي لان الشريك الذي لم يهلك ماله م ما رضي
بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله واذا فات لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته ش اي فائدة
العقد م وايهما ش اي اي المالين هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وان هلك في يد صاحبه
فكذلك وهو معنى قوله م ولذا اذا كان ش اي الهلاك م في الآخر لانه امانة في يده م ولا ضمان على الامين
بخلاف ما بعد الخلط ش اي بخلاف ما اذا كان هلاك المال ما بعد الخلط م حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز

الهلاك من المالين وفي بعض النسخ م فيجعل الهلاك من المالين ش اي يجعل الهلاك هالكا من المالين م وان اشترى
احدهما ش اي احد الشريكين م بماله م وهلك مال الاخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطا لان الملك حين
وقع مشتركا بينهما لقيامه وقت الشراء فلا يتغير الحكم ش اي حكم الملك م بهلاك مال الاخر بعد ذلك ش الشركة
عقد عند محمد خلافا للحسن ابن زياد م فان عنده شركة ملك وفايدة هذا الخلاف يظهر في قوله حتى لو باعه
جاز بيعه عند محمد ولا يجوز عند الحسن ان يتصرف في نصيب الاخر لانه شركة ملك وعند محمد شركة عقد لان
الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها م فيجوز تصرف كل واحد منهما في نصيب الاخر م قال
القدوري ويرجع على شريكه بحصته في ثمنه ش اي بحصة الشريك من ثمن المشتري وذلك لانه اشترى نصفه
حصة الشريك م بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه م والوكيل اذا قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل لما
بينا وقد بيناه م عند قوله اذا ادى من مال نفسه م وهذا ش اي هذا الذي قلنا فيما اذا اشترى احدهما باحد
او لا ثم هلك المال الاخر م بالرفع صفة للمال وفي بعض النسخ في مال الاخر اي الشريك الاخر اما اذا هلك احد
ش اي احد المالين م ثم اشترى الاخر م بمال الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة م فالمشتري بينهما على ما شرطا
لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قايمة فكان مشتركا بينهما بحكم الوكالة م المقصودة لا بحكم عقد
الشركة م ويكون شركة ملك ش لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر الا باذنه لان الملك حصل بالوكالة والوكيل
لا يتصرف في المشتري بدون اذن الموكل فكذا هذا ويرجع على شريكه بحصته في الثمن لما بينا م اشارة الى قوله لانه وكيل في
حصته وان ذكر مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها ش اي في الشركة م كان المشتري للذي اشتراه خاصة لان الوقوع في
الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت بطل ما في ضمنها ش اي فاذا بطلت الشركة بطل الوكالة التابعة في ضمن
عقد الشركة ايضا بخلاف ما اذا صرح بالوكالة م لانها مقصودة ش اي لان الوكالة مقصودة فيكون المشتري بينهما بحكم
الوكالة المقصودة م قال ش اي القدوري م وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال م وبه قال احمد ومالك م الا ان مالكا شرط
ان يكون ايديهما عليه بان يجعلاه في حانوت لهما اي في يد وكيل لهما وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا
يقع الفرع على الشركة في الاصل الذي هو المال م ولانه ش اي ولان الشركة على تاويل الاشتراك انما يكون م بالخلط
الشركة عبارة عن الاختلاط م وهذا ش اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال م لان
ش اي محل الشركة م هو المال ولهذا اضاف اليه م يقال عقد شركة المال ش وتشترط تعيين راس المال م ليكون الربح
في التفرع مستندا الى المال م بخلاف المضاربة ش فانها تصح بدون الخلط م لانها ليست بشركة وانما هو ش اي المضارب
م يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة عمله بالاضافة قال الاترازي نصب بنزع الخافض اي من عمالة عمله وهي من اجر العامل
وفي نسخة شيخي العلاي عمالة على عمله وفسر العمالة بالجعالة وكون العمالة منصوبا بنزع الخافض ليس له وجه على ما لا يخفى
والاوجه ان يكون منصوبا على التعليل ش اي لاجل عمالة على عمله م وهذا اصل كبير ش اشارة الى قوله لان الربح فرع المال
م لهما ش اي لزفر والشافعي ثم اوضح كون هذا اصلا كبيرا عندهما بقوله م حتى يعتبر اتحاد الجنس حتى بنا على اصلهما انه
فانه اذا كان راس المال احدهما دراهم والاخر دنانير فانه ينعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي
م ويشترط الخلط م عندهما ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال م هذا ايضا على اصلهما ش ولا يجوز شركة
التقبل والاعمال لانعدام المال هذا ايضا على اصلهما م ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال
وكل ما هو مستند اليه هو الاصل لان العقد يسمى شركة م لا المال م فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه ش اي اسم الشركة
في العقد اذا كان الاصل هو العاقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح فلم يكن الخلط شرطا لان الاصل
هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح م فلم يكن الخلط شرطا م لان الشركة حصلت في الاصل وهو
العقد حصلت وهو الربح الذي يستفيد من العقد فلم يكن اتحاد الجنس شرطا ولا الخلط ولا التساوي في الربح
على ما يجيء لان الدراهم والدنانير لا يتعينان هذا كلنا ان هو كالشرح للدليل الاول ومعنى لا يتعينان
في الشراء الا في الشركة اي لا يتعينان في حق الاستحقاق فاذا وجب الشراء فاذا لم يتعينا كان الشريكين في النصف
اصيل وفي النصف وكيل لان موجب العقد الوكالة فكان كل واحد منهما موكل الاخر في نصيبه فيتصرف
كل واحد منهما في مال الشركة في بعضه بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة وهذه الوكالة انما يثبت في ضمن
عقد الشركة فكذلك يضاف الربح الحاصل الى العقد لان الحكم كما يضاف الى علة العلة فكان الربح مستندا الى العقد
بهذا الطريق لا الى المال كما قالا م واذا تحققت الشركة يعني في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد
ش اي التصرف م وهو الربح بدونه ش اي المستفاد هو الربح بدون الخلط م وشاركه المضاربة ش اي ما

عنا

عقد الشركة فلم يلزم من الاشتراك في الربح الاشتراك في اصل المال فلا يشترط اتحاد الجنس يعني اذا كان عقد
الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المال م والتساوي ش اي ولا يشترط التساوي م في الربح ويصح شركة التقبل
وان لم يوجد المال م قال ش اي القدوري م ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما ش اي لاحد الشريكين دراهم مسماة في
الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه ش اي لعله م لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما خاصة وهو خلاف مقتضى الشركة
فيكون الربح لاحدهما خاصة وهو خلاف مقتضى الشركة لان مقتضاها الاشتراك في الربح في الاختصاص احدهما ؟
ونظيره في المزارعة ش اي نظير ما قلنا من عدم جواز الشركة ثابت في المزارعة وهو ما اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة
فهي باطلة لانقطاع الشركة في الخارج اذ من شرط المزارعة ان يكون في الخارج مشتركا بينهما لانها انعقدت شركة في
الانتهاء م قال ش اي القدوري في مختصره م ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال ش من الابضاع
يقال ابضعه اذا دفع له مالا يعمل فيه م لانه اي لان الابضاع معتاد عقد في الشركة ولان له ان يستاجر على
العمل اي مستاجر اجير على عمل غيره يحصل منه الربح والتحصيل بغير عوض دونه ش اي دون الاستيجار م فيملكه ش اي فيملك
التحصيل بغير عوض وهو الابضاع وفيه تحصيل الربح بلا اجر مكان فكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى
م وله ش اي لاحد الشريكين ان يودعه ش اي مودع مال الشركة م لانه ش اي لان الايداع م معتاد بين التجار
ولا يجد التاجر منه ش اي من الايداع م بدا ش اي انفكاكا منه م قال ش اي القدوري م ويدفعه مضاربة
قال الاترازي ويدفعه بالنصب عطفا على قوله ان يبضع م لانها ش اي لان المضاربة دون الشركة الا ترى
الا ترى ان المضارب ليس عليه شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح وهذا ظاهر
الرواية ليس كذلك روى الحسن عنه م انه وعن ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه انه ليس له ان يدفع المال مضاربة
لانه نوع شركة م وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اصح ش اي جواز الدفع
مضاربة اصح م وهو رواية الاصل ش اي المبسوط لان الشركة غير مقصودة ش اي في المضاربة وانما المقصود تحصيل
الربح وهو ثابت في المضاربة فيملكه احد الشريكين بلا اذن كما اذا استاجر ما اجر ش اي كما اذا استاجر احد الشريكين اجيرا باجرة
فانه يجوز فهو لا واجدا لانه اذا اجل لم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بل اولى جواز اذا م لانه ش اي لان عقد
المضاربة تحصيل اي للربح بدون ضمان في ذمته ش اي في ذمة رب المال فكان اولى بالجواز وعند الشافعي لا يجوز للشريك
التصرف في نصيب صاحبه الا باذنه وفي قول الا بنص صريح في العقد وفي الاظهر يجوز كقولنا م بخلاف الشركة حيث
لا يملكها الشريك م لان الشيء لا يستتبع مثله م اذا لم يلزم الحاصل منه وهو ان يكون مثل الشيء دونه فان قيل هذا منقوض
بالمكاتب فان له ان يكاتب عبده وما قيد المقبوض بالمفترض وما قيد المستقل بالمستقل مع ان كل واحد منهما مثل الاخر
والامام يستتبع قومه في حق جواز الصلاة وفسادها ولان المثل يرفع المثل كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما
مثلان الجواب في المكاتب والماذون انما اطلقا في الكسب واسبابه وليس هذا من قبيل الاستتباع بل من اسباب الكسب
المطلقة لهما واما اقتدا المفترض بمثله فيجوز بالاجماع لقوله عليه السلام الامام ضامن ولان صلوة المقتدي مبنية
على صلاة الامام جوازا او فسادا بالحديث لان يكون صلاة مستتبعة لصلاة المقتدي م واما الناسخ فهو رافع
صورة مبين معنى فلم يكن رافعا في الحقيقة فلا يرد نقضا م قال ش اي القدوري م ويوكل من يتصرف فيه
م بنصب موكل عطفا على قوله ان يبضع اي يوكل الشريك من يتصرف فيه ش بنصب موكل عطفا على قوله ان يتصرف
في مال الشركة م لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة للربح وكل واحد من الشريكين
ربما لا يمكنه المباشرة بنفسه بحال الحال فصار كل منهما كانه امر صاحبه ان يوكل م بخلاف التوكيل بالشراء حيث
لا يملك ان يوكل غيره لانه ش اي التوكيل بالشراء عقد خاص م طلب منه ليحصل العين ش اي ليحصل شيء معين م معلوم
جنسه وصفته فلا يستتبع مثله م لما ذكرنا انه يلزم منه الحالة م قال ش اي القدوري م ويده ش اي يد كل واحد
من المفاوضين وشريكي العنان م في المال يد امانة حتى اذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان م لانه قبض مال باذن
المالك لا على وجه البدل ش اي لا على وجه اعطاء البدل واحترز به عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض
على سوم الشراء قبض لاجل ان يدفع الثمن م والوثيقة ش اي وعلى وجه الوثيقة واحترز به عن الرهن فان الرهن
مقبوض لاجل الوثيقة لان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فصار كالوديعة في عدم ضمان الوجوب
م قال ش اي القدوري في مختصره م واما شركة التقبل ويسمى شركة الصنائع كالخياطين والصباغين يشتركان
على ان يتقبلا الاعمال م ويعملا بايديهما ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا ش اي جواز هذه الشركة عند اصحابنا
وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة تفيد مقصودها ش اي مقصود الشريكين وفي بعض النسخ مقصودهما اي مقصودا

الشريكين وفي بعض النسخ مقصودها اي الشركة اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين اذ
وهي تلبس الشريكين بعقد الشركة وهو التثمير اي المقصود من الشركة وهو التثمير وهو حصول الربح لانه لا
من رأس المال للتثمير وهذا اي قول الشافعي لا بد من رأس المال ولان الشركة في الربح تبتني على الشركة في
على اصله اي على ارض فرد الشافعي على ما قررناه اي عند قوله وتجوز الشركة وان لم يختلط المال ولنا ان
المقصود منه اي من عقد الشركة التحصيل اي التحصيل الربح وهو اي تحصيل الربح ممكن بالتوكيل اي
كل واحد من الشريكين صاحبه بقبول العمل لانه اي لان كل واحد منهما لما كان التوكيل في النصف اصيلا في النصف
تحققت الشركة في المال المستفاد بعقد الشركة حينئذ ثم اذا عملا فكل واحد مستحق فائدة عمله وهو
احدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بالتقبل فوقع عمله فكان الشريك استعان باجنبي حتى عمل وهذا
لان المشروط مطلق العمل لا عمل الصانع بنفسه فان القصار اذا استعان بغيره او استأجر حتى عمل استحق القصار الاجر
ولا يشترط فيه اي في عقد شركة الصنائع اتحاد العمل والمكان حتى اذا كان احدهما قصارا والاخر
وقعدا في دكانين جاز عندنا خلافا لمالك وزفر لانه اذا كان العمل مختلفا يعجز كل واحد الشركة ولنا
المص بقوله لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه اشارة الى قوله ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن
بالتوكيل لا يتفاوت حيزان اي لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان واختلافهما فان قيل قد تقدم ان
الفروع المبنية على اصل زفر والشافعي في مسألة الخلط ان شركة التقبل يصح قول زفر مع مالك في جوازها اذا
كانت الاعمال متفقة اجيب بان زفر له في هذه المسألة اعني الخلط قولان فذكر المص في تلك المسألة حكم الرواية
التي يشترط فيها خلط المال وذكر هنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن الخلل في اللفظ ولم يذكر اختلاف
الروايتين فيرى ظاهره متناقضا ولو شرطا العمل نصفين اي ولو شرط الشريكان في شركة التقبل ان يكون
العمل نصفين المال اي الربح الحاصل اثلاثا وهو قول زفر استحسانا وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل
الضمان من كل واحد منهما بقدر عمله وعمله النصف فالزيادة عليه اي على عمله في النصف ربح ما لم يضمن
لا يوجد الضمان فيما زاد عليه اي على النصف فيكون شرطا وصل الربح ربح ما لم يضمن وهو حرام لنهي النبي صلى
عليه وسلم عن ذلك فلم يجز العقد لتأديته اي لتأدية هذا العقد اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة
الوجوه وفيها ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشتري بينهما على السواء واما اذا شرطا التفاوت في ملك
المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه ايضا ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ان ما
اي ما ياخذه كل من الشريكين لا ياخذه ربحا اي حال كونه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس اي لان الربح
ان الربح لا يكون الا عند اتحاد الجنس ولهذا لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة
جاز لان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان رأس المال عمل والربح مال
بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم
فلا يجوز لانه لم يؤد الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان نفس المال متفق وهو العين الواجب في ذمة
دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز تقدير هذا الكلام لو كان الشرط
زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة انما جاز فيها لوقوعه مقابلة العمل في جانب المضارب
وبمقابلة المال وفي جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا
فيلزم ربح ما لم يضمن فلا يجوز قال اي القدوري وما يتقبله كل واحد منهما اي من شريكي التقبل
العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب الاخر يطالب الاول نفع والثاني
ويبرأ الدافع بالدفع اليه اي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين وقال الكاكي يجوز ان يراد
بالدافع دافع الاجرة اليه اذ كل واحد منهما وهو الظاهر ويجوز ان يراد بالدفع كل واحد منهما اليه
الى صاحب الثوب يعني لو اخذ الثوب احدهما للصبغ ثم رد بعد الى صاحبه غير الذي اخذه يبرأ الاخذ
وهذا اي اشارة الى لزوم العمل على كل واحد معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان
استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من
حتى تثبت وان لم يذكر والكفالة تتضمن فلا تثبت معها ما ليس مقتضاها بدون التصريح بذلك وجه
الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل من العمل مضمون على الاخر ولهذا
اي ولكون العمل مضمونا يستوجب الاخر اي يستحق الاخر للاجر بسبب نفاذ ما يتقبله عليه اي

صاحبه

صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك فيجري على هذا العقد
مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وانما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين لانه فيما عدا
ذلك لم يجر هذا العقد مجراه حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان او اجر اجير او اجرة بيت
لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار
موجب المفاوضة قال اي القدوري واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتركا
بوجوههما يعني لوجاهتهما واعتماد الناس عليهما فيبيع الناس منهما السلعة بالنسيئة لامانتهما قال بعضهم انما سميت
هذه الشركة شركة الوجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل فيجلس كل واحد منهما فينظر الى وجه صاحبه وسمى عطف على
قوله ان يشتريا فيصح الشركة على هذا على انهما يشتريان بوجوههما سميت به اي شركة الوجوه على تأويل العقد لانه
لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وقال الكاكي هذا ما قيل فيه وفيه تكلفات لشيء قال الله تعالى
وكان عند الله وجيها وانها اي وان شركة الوجوه تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه يمكن
تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال اي بالثمن والمثمن فيكون ثمن المشتري على كل احد منهما نصفه ويكون
المشتري بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه واذا اطلقت اي شركة الوجوه بحيث لم
يذكر فيها الكفالة ولا الوكالة يكون عنانا لان مطلقه اي لان مطلق عقد شركة الصنائع ينصرف فيه الى
العنان لكونه المعتاد بين التجار وهي اي شركة الصنائع جائزة عندنا وبه قال احمد خلافا للشافعي وقوله قال
مالك والوجه من الجانبين اي من جانبنا وجانب الشافعي ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع
المال فاذا لم يوجد المال لا تنعقد للشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستفيدة الى الاجر قال اي القدوري
وكل واحد منهما اي من الشريكين وكيل الاخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا
ولاية فتعين الاول اي الوكالة فان شرطا اي الشريكين ان المشتري بينهما نصفان فالربح كذلك يكون
بينهما نصفين ولا يجوز ان يتفاضلا فيه اي في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر
ملكيهما وان شرطا ان يكون المشتري بينهما اثلاثا فالربح كذلك اي يكون اثلاثا بحمل ما ذكرنا وهذا اشارة
الى حكم المساواة في اشتراط الربح لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان اشار بهذا الى ان استحقاقه يكون
باحد الامور الثلاثة ثم اوضحها بقوله فرب المال يستحقه اي الربح بالمال والمضاربة اي يستحق المضارب الربح
بالعمل والاستاذ الذي يجلس الرجل في دكانه هو وتلميذه الذي يعمل له بالاجر ويجوز ذلك وبعد ذلك يلقي العمل
الاستاذ الذي اجلسه في دكانه بالربح يعني بنصف الربح بالضمان يعني يطالب الاستاذ ليحصل ذلك العمل فكان
العمل مضمونا على الاستاذ وقيد المص اتفاقي لما انه يجوز ان يلقي باقل من النصف فلا يستحق ما سواها اي
لا يستحق الربح بما سوى الثلاثة المذكورة يعني الاستحقاق يعني لا يكون الا بوجه من الوجوه الثلاثة المذكورة دون غيرها
ان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ونباهة رايه وقد يشترط في الوجوه العامة والخاصة
وعليه بالتجارة اجيب بان اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان
والمضاربة ولم يوجد ههنا الا ترى توضيح لقوله فلا يستحق ما سواها اي من قال لغيره تصدق في مالك على
ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني الثلاثة المذكورة واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان هذا عود
الى البحث لا لتمام المطلوب يعني ان موضع النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان ولا بالمال ولا بالعمل على ما بيناه اشارة
الى ما ذكر في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه
وصار كشركة الوجوه وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الى اخره والضمان على قدر
على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه في المشترك فكان الربح لذلك تقريره اي تقرير هذا ان استحقاق
الربح في شركة الوجوه بالضمان فان هذا يصح لما ذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه اي شركة الوجوه
ليست في معناها لان فيها مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة فليس مضمونا على المضارب ولا العمل
على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال
صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها اي بالمضاربة

فصل في الشركة الفاسدة

اي هذا فصل في بيان احكام الشركة الفاسدة واخر الفاسدة لانحطاط رتبته شرعا ولا
تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه
هذا كله لفظ القدوري وزاد المص عليه بقوله وعلى هذا اي الحكم الاشتراك في اخذ كل شيء مباح

كاجتناء الثمار من الجبال والبراري كالفستق والجوز واللوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن ونقل
الطين من موضع لا يملكانه والجص والملح والكحل وما اشبه ذلك م وبه قال الشافعي وعند مالك واحمد يجوز
لان هذه شركة الابدان فيجوز كما في ذلك الصباغين ش ولذلك ان اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا
اجرا فان كان الطين او النورة او سهلة الزجاج مملوكا واشتركا ان يشتريا ذلك ويطبخا ويبيعاه جاز وهو نوع من
الوجوه م ولان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل وكل
المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته ويعتبر الثاني في التوكيل ان ياخذ المباح
اشار اليه بقوله والموكل يملكه بدون امره ش اي بدون امر الموكل ومن ملك شيئا بدون امر الموكل لا
اي يكون نائبا عنه ش اي عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت له
وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت فان قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء
عبد بغير عينه فانه يجوز مع ان التوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم انه لا يشترط لصحة التوكيل
ان لا يملك التوكيل بالاحتطاب لان التوكيل في الاحتطاب في الحطب العين وغير المعين سواء في عدم الفيض
لعدم التوكيل في امر مباح لهما وقال الاكمل في جوابه ان معناه يملكه بدون امر الموكل فلا عقد ولا امر
البعض ليس كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء م وانما يثبت الملك م ولما ذكر ان وجه ان الشركة لا يصح في الا
المذكورة شرع في بيان ان الملك في هذه انما يثبت فقال انما يثبت الملك م بالاخذ ش واحراز المباح اراد
ان سبب الملك في المباحات اخذها وحيازتها فكل من فاز بالسبب فاز بها م فان اخذاه معا ش اي وان اخذا
المباح مجتمعين م فهو ش اي الماخوذ م بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الاخذ
وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب عنه ش اي في الاخذ وهو الواحد م وان عمل
واعانه الاخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الاخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ م لانه استوفى منافعه
بحكم عقد فاسد فيلزمه اجر مثله على الكمال عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوزه نصف ثمن ذلك فقوله
يتجاوز على بناء المفعول ونصف ثمن ذلك بالرفع لانه قائم مقام الفاعل وقد عرف في موضعه اي في باب
الاجارة الفاسدة م قال ش اي القدوري وقال الاترازي في باب الشركة من المبسوط م واذا اشتركا
والاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم يصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان
البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل الى هنا كلام القدوري فقال المص م اما فساد الشركة فلانعقادها
على احراز المباح وهو الماء م وقد مر ان الشركة في المباحات باطلة بالاصطياد فاذا فسدت الشركة كان الماء للمستقي
كما في الشركة في الاصطياد فيكون الصيد لمن اخذه واخذ معنا فيه وهو الاظهر من قول الشافعي وعلى قياس قول احمد
ينبغي ان يجوز ذكره في المغني لابن قدامة وقال بعض اصحابنا وبعض اصحاب الشافعي فيه قولان في قول يصح والثاني
الكسب وقال بعض اصحابه ان كان الماء مملوكا للسقاء فالكسب له وعليه اجر ما حمل ما عليه وان كان مباحا فالكسب
على الشركة واما وجوب الاجر ش اي اجر مثل البغل او الراوية م صاحب البغل او لصاحب الراوية ش فلان المباح
صار مملوكا للمحرز يكسب الراء م وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه
اجره ش الراوية في الاصل بغير السقاء لانه يروي الماء اي يحمله ثم حتى استعمل في المزادة وهي المزادة ههنا قال ابو عبيد
المزادة لا تكون الا من جلدين تقام بجلد ثالث بينهما لتتسع والجمع مزاد ومزايد م وكل شركة فاسدة فالربح فيها على
رابح المال ويبطل شرط التفاضل م هو لفظ القدوري م قال المص ش لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره ش اي
يتقدر الربح بقدر المال كما ان الريع ش بفتح الراء وسكون الياء اخر الحروف والعين المهملة وهي النماء والزيادة
تابع للبذر في المزارعة كما في عرف في موضعه وقال الاكمل قوله الريع فيه تابع الى اخره فيه نظر لان الربح عندنا
فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام مناقضا والجواب انه
تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط في العلة اذا لم يصح الاصل
الحق به ينصرف الى الشرط والزيادة انما يستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق اي التسمية لفساد العقد
واجبا لرفع مضاف كان التسمية لم توجد اصلا على قدر راس المال م واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب
بطلت الشركة م وهذا لفظ القدوري وقال المص رحمه الله لانها ش اي لان الشركة م يتضمن الوكالة ولابد منها في
الشركة على ما مر فيما مضى في هذا الفصل م والوكالة تبطل بالموت ش اي بموت الموكل م وكذا ش اي يبطل م بالالحاق
مرتدا ش اي بالالتحاق الى دار الحرب م حال كونه مرتدا ش اذا قضى القاضي بلحاقه لانه ش اي لان الالتحاق على الوجه الذي ذكر

بمنزلة الموت على ما بينا من قبل ش اي في باب احكام المرتدين بقوله ولنا انه اللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات
في احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى م ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه ولم يعلم
لانه ش اي لان الموت عزل حكمي م لتحول الملكه الى وارثه فلا يتوقف ثبوت حكمه على العلم لثبوته ضمنا الا ترى ان الفقير
ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم به ش واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين ومات
الشركة دراهم او دنانير حيث لا يتوقف على علم الاخر لانه عزل قصدي لان فسخ احد الشريكين عزل بالقصد فيعتمد العلم
نوع تحرز فشرط علمه الجرد دفعا للضرر عنه م واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة يثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك
تابعة لها فلا يلزم من بطلان المتبوع واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا يصح الشركة بدونها اشار
المص الى ذلك انه بقوله ولابد منها اي من الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق المشروط بدونه م
فصل اي هذا فصل قد ذكرناه غير مرة ان لفظ وصل اذا فاصل عما بعده لا يكون الا من شرط الاعراب التركيب
فيكون حكمه مثل احكام الاسماء المفردة واذا ذكرت بعدد ذلك بغير ترتيب م وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال
الاخر الا باذنه ش هذا لفظ القدوري وقال المصنف لانه ش اي لان دفع زكوة مع صاحبه ليس من جنس التجارة
م فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فان كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وان علم ضمن هكذا ذكر في كتاب الزكوة وفي الزيادات للعتابي يضمن وان
يضمن عندهما وهو الصحيح عندهما وهذا هو الخلاف وعلى الخلاف لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الامر بنفسه
ثم ظهر المأمور وعلى هذا الخلاف المأمور باداء الزكوة م وهذا ش اشارة الى وجوب الضمان على الثاني خاصة اذا ادى
على التعاقب يعني ادى عقيب اداء الاخر اما اذا ادى معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه فان قيل اذا
ادى معا ينبغي ان لا يجب الضمان عندنا وعند ابي حنيفة لعدم سبق اداء الموكل على نفسه واقرب في تصرف الوكيل اليه
لم يقع فعل الموكل لغوا قلنا اذا الموكل ان لم يسبقه تحقيقا فقد سبقه اعتبارا وتقديرا لان تصرف الوكيل
على نفسه اقرب في تصرف الوكيل اليه فيصير سابقا معنى الوكيل بالبيع مع الموكل م وعلى هذا الاختلاف ش المذكور م المأمور باداء
الزكوة التصدق على الفقير بعدما ادى الامر بنفسه لهما ش اي لابي يوسف ومحمد ش لانه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى
به ش اي بما امر به م فلا يضمن للموكل وهذا ش اي عدم ضمانه للموكل م لان في وسعه التمليك ش من الفقير ش لا وقوعه زكوة لتعلقه
بنية الموكل وانما يطلبه منه ما في وسعه م والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فلم يضمن الثاني وان لم يقع ما اداه زكوة وصار
ش اي المأمور هنا م كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الامر لم يضمن المأمور علم او لا ولابي
حنيفة انه مأمور باداء الزكوة والمؤدي بفتح الدال م لم يقع زكوة ش فصار ش اي المأمور م مخالفا وهذا ش اي يكون مخالفا
لان المقصود الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وبيانه
ان زوال ملكه في بعض ماله ضرر وفي دفع الوكيل بسبيل الزكوة عنه ذلك وبقاؤه في عهدة الواجب ايضا ضرر وهو لم
يلتزم ضرر دفع الوكيل في ماله الا لدفع ضرر اخر وهو اسقاط الواجب عن ذمته فعلم ان المقصود من الامر باداء
الزكوة اخراج النفس عن عهدة الواجب م وهذا هو المقصود حصل باداءه وعري اداء المأمور عنه اي عن المقصود
فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي م فلا حاجة الى العلم م وما دم الاحصار ش اي جواب عن قوله فصار كالمأمور
بذبح دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الخلاف ش يعني يضمن عند ابي حنيفة فهذا جواب على سبيل المنع ثم اجاب بطريق
التسليم بقوله م وقيل بينهما فرق يعني ولئن سلمنا انه لا يضمن لانسان فقد قيل ان بينهما فرقا اشار الى الفرق بقوله م ووجه
ان الدم ليس بواجب عليه ش يعني ان دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم
الاحصار وهو معنى قوله م فانه يمكنه ان يزول حتى يصير الاحصار وفي مسالتنا م وهو مسائل الزكوة ش الاداء ش اي اداء
الزكوة م واجب فاعتبر الاسقاط ش اي اسقاط الواجب م مقصودا فيه ش وقد حصل هذا المقصود باداء الامر بنفسه
فعري فعل المقصود عن المأمور م فضمن دون دم الاحصار ش فانه ليس بواجب البتة كما ذكرنا م قال ش اي القدوري
ش اي في الجامع الصغير م واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطاها ففعل فهي له بغير
عند ابي حنيفة م وقالا لا يرجع عليه ش اي على المأمود م بنصف الثمن لانه ش اي لان المأمور ادى دينا عليه الى
معينة خاصة على مال المشتري فيرجع على صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة تحقيق هذا ان الحاجة
الى الوطي من صاحبه الحوائج الاصلية الا انها ليست بلازمة كالطعام ولم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط
بخلاف الحاجة الى الطعام فانها لازمة مكانت مستثناة لا شرط لما جاء التصريح بالحاجة الى الوطي الحقنا الحاجة
الطعام لوقوع شراء الجارية للشريك المشتري م خاصة م وهذا بيان لقوله م انه ادى دينا عليه خاصة ش لان

الملك والعقد له خاصة م بدليل حل وطئها م والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة م وله ش اي ولابي حنيفة رضي الله عنه ش ان الجارية دخلت في الشركة على البتات م لتضمنه عقد المفاوضة وادى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وادى المشتري ثمنها من مال الشركة ومن مال الشركة ايضا لا يرجع على صاحبه بشيء كما لو اشترى الجارية قبل الاذن وادى ثمنها من ماله فانه لا يرجع عليه بشيء وتبين دخولها في الشركة بقوله م جزما على مقتضى الشركة ش اي شركة المفاوضة م فان ذلك يقتضي دخول ما ليس مستثنى كالطعام والكسوة تحتها وجنس الجارية وشراء الجارية ليس مستثنى فيدخل تحتها م اذ هما ش اي الشريكان م لا يملكان تغييره ش اي تغيير مقتضى الشركة مع بقائها م فاشبه حال عدم الاذن ش اي صار كما لو اشتراها بغير اذن الشريك م غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه ش استدراك من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان توهم انه يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل الوطء وبعد الاذن يحل فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه ش لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالملك ولا وجه الى اثباته بالملك بالبيع كما بينا انه يخالف مقتضى الشركة ش اشارة الى قوله جزما على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة م الثابتة في ضمن الاذن ش فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة الثابتة في ضمن الاذن فجازت الهبة في الشائع لان الجارية مما لا يقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنه لا للضرورة فيقع الملك له ش اي للمشتري وانما رجع الضمير اليه وان لم يذكر لظهوره فهمه لان الشهرة قائمة مقام الذكر خاصة بنفس العقد فكان موديا دينا عليه من مال الشركة مسالتنا ش اي فيما اشترى احد المفاوضين الجارية باذن الاخر م فقضى دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة م وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ش اي اي الشريكين م شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فيطالب المشتري ان شاء وان شاء يطالب شريكه لانه كفيل فصار كالطعام والكسوة اي فصار حكم الجارية المشتراة للوطء بالاذن كالطعام والكسوة المشتريين يطالب البائع ايهما شاء واذا استحقت الجارية قبل الوطء العقر ياخذ المستحق بالعقر ايهما شاء والله اعلم

كتاب الوقف

اي هذا كتاب في بيان احكام الوقف وقال الشراح كلهم مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة لكن المقصود بكل منهما الانتفاع بما زيد على اصل المال وليس بوجه كما ينبغي الوقف في اللغة الحبس من قولهم وقفت الدابة اذا حبستها في السير وقال ابن دريد الوقف مصدر وقفت الدابة اقف وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف الارض على ولده كانه حبس الملك عليه وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وجمع على اوقاف كوقت يجمع على اوقات وقالوا لا يقال فيه اوقفه الا في لغة رديئة قليلة كذا في الصحاح وقال شمس الائمة الوقف شريعة عبارة عن حبس المال المملوك عن التمليك من الغير وسيجيء شرحا قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او تعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا م هذا كلام القدوري غير ان المص غير لفظ ابي حنيفة ولفظ القدوري لا يجوز ملك الوقف عن الوقف والباقي مثله وفي المحيط لشمس الائمة الحلواني شرط جواز الوقف على قول ابي حنيفة رحمه الله ان يكون موصى به حتى لو لم يوص به لم يصح ويبقى على ملكه يجوز له بيعه ويورث عنه الا ان يجيز الورثة فيصير جائزا وبتابيد الوقف وقال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه م هذا ايضا لفظ القدوري وهذا يدل على ان الوقف عندهما جائز في حالة الصحة او المرض لانهما اختلفا فيما بينهما وقال ابو يوسف يجوز مشاعا كان او مقسوما سلمه الى المتولي او لم يسلمه شرط التابيد او لم يشترط وقال محمد لا يجوز الا باستجماع شرائطه وهي ثلاثة ان يكون مقسوما محوزا ابدا مسلما الى المتولي وان يشترط فيه التابيد وهو ان يجعل اخره الى سبيل خير لا ينقطع ابدا وقال الاسبيجابي م قال ش اي المصنف رحمه الله م والوقف لغة ش اي من حيث اللغة النوت ش هو الحبس يقول وقفت الدابة واوقفتها يعني ش اي بمعنى واحد وقد مر الكلام فيه مستقصى م وهو ش اي الوقف م في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة م على الفقراء او على جهة من سبيل الخيرات بمنزلة العارية م يعني جواز الوقف عند ابي حنيفة جواز العارية فيرجع فيه ويباع وفي شرح الطحاوي الوقف عند ابي على ثلاثة اوجه في وجه لا يجوز وهو ما اذا وقف داره او ارضه في صحته فلا يجوز وان اشترط التابيد وسلم الى المتولي يجوز بيعه ويكون ميراثا عن الواقف وفي وجه يجوز وهذا اذا وقفه في حال حياته وجعله وصية بعد فانه يجوز من ثلث ماله وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو اذا اوقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته وروي عن ابي حنيفة انه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وقيل الوقف جائز عند ابي حنيفة

لكن ليس بلازم م حتى يجوز اعادته الى ملكه ولو قضى القاضي بلزومه يلزم بالاجماع لانه مجتهد فيه وعندهما لازم على كل حال وهو قول الشافعي م ش ثم قيل المنفعة معدومة م والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده ش اي عند ابي حنيفة م وهو الملفوظ في الاصل ش يعني عدم جواز الوقف عنده هو الملفوظ في المبسوط فانه قال عنه فاما ابو حنيفة لا يجيز ذلك قاضي خان م وبظاهر هذا اللفظ م اخذ بعض الناس فقال عند ابي حنيفة لا يجوز الوقف وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل بالاحاديث المشهورة واجماع الصحابة لا عند ابي يوسف ومحمد وعامة الفقهاء اذا صح الوقف يزول ملك الواقف الى ملك فيلزم لا يملك وهو الاصح عند الشافعي واحمد وقال الشافعي في قول واحمد في رواية ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لامتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول ملكه لكن لا يباع ولا يوهب ولا يورث وقال ابو العباس من اصحاب الشافعي هذا احد قول الشافعي واحمد لانه عليه السلام حبس الاصل م وسبل الثمرة ش والاصح انه ش اي ان الوقف م جائز عنده ش اي عند ابي حنيفة م الا انه غير لازم بمنزلة العارية ش فانها جائزة غير لازمة فاذا كان لذلك تصرف المنفعة الى جهة الوقف ويبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه م وعندهما حبس العين ش اي الوقف حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله عز وجل على وجه يعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث م حاصل هذا ان تقدير الوقف عندهما كانه يقول ازالت العين عن ملكي الى الله عز وجل وجعلته محبوسا في ملكه ومنفعته للعباد واذا كان تقدير الكلام والوقف هذا عندهما صح ولو لم يكن موصى به فيلزم فلا يباع ولا يورث م واللفظ ينتظمهما ش اي لفظ الوقف ينتظم اي يتناول ما قال ابو حنيفة وهو حبس ملك العين الى ملك الواقف ويتناول ما قال صاحباه وهو حبس العين على ملك م والترجيح بالدليل ش اي ترجيح احد المذهبين م على الاخر الدليل فشرع بعد ذلك في بيان الدليل فقال م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م قوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له بدعي ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث هذا الحديث اخرجه الائمة الستة كلهم عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال اصاب عمر بخيبر ارضا فاتى الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق عمر رضي الله تعالى عنه انه لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متمول وفي رواية للبخاري ان هذا المال كان نخلا واخرج الطحاوي باسناده عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه استشار النبي صلى الله عليه وسلم في ان يتصدق بماله بثمغ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق به تقسم ثمره وتحبس اصله لا يباع ولا يوهب انتهى وفيه نص عليه السلام ان الوقف لازم وانه مشروع خلافا لمن يبطله جملة وهو قول شريح رضي الله عنه وفيه ان الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته ولا يكون ميراثا وفيه ان الوقف يجوز بلفظ حبسه بل الاشرف فيه هذه اللفظة لان معنى الوقف في اللغة الحبس وفيه ان قيم الوقف له ان ياكل منه ويطعم الوقف بالمعروف ولا يتاثل ولا الترحن حاجة هذا اذا لم يعين له الواقف شيئا معينا فاذا عينه له ان ياخذ ذلك قليلا كان او كثيرا قوله ثمغ بفتح التاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وهي سبعة على حوميل من المدينة وثمغ لغب لمال وقال البكري على موضع تلقاء المدينة كان فيها مال لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه فخرج اليه يوما ففاتته صلاة العصر فقال شغلتني ثمغ عن الصلاة اشهدكم انها صدقة وقال الاترازي قد رايت بعضا هذا بلا تنوين وقد الزمت في لث غرائب الحديث المصححة عن الثقات منونا وغير منون كما في دعيد وقال الكاكي رايت بخط مولانا حافظ الدين بغير تنوين للعلمية والتانيث انتهى قلت سبحان الله هذا الكلام منهما كلام من لم يمرن في العربية وقد تنبث فيه ان مثل هذا يجوز فيه الوجهان عدم الصرف للعلتين المذكورتين وجواز الصرف لجواز وسط سكون فانه يقاوم احد العلتين فيبقى الاسم بعلة واحدة فلا يمنع من الصرف ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه اي من الواقف م ليصل ثوابه اليه ش اي الى الواقف على الدوام وتذلل دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى م امكن ان يكون هذا جواز عما يقال كيف يلزم الوقف ويخرج عن ملكه لا الى مالك وتقريره الله تعالى انه يمكن ان يرفع حاجة الواقف عن ملكه باسقاطه عنه وجعله لله تعالى فاذا جعله لله تعالى يلزم ويدوم ويصل اليه ثوابه ادله نظير في الشرع هذا ايضا جواب عما يقال كيف يخرج الوقف عن ملكه ولا يدخل في ملك احد وهو محال وتقرير الجواب ان هذا له نظير له في الشرع م وهو المسجد م فان اعادة المثل يلزم بالاتفاق وهو اخراج الملك من المنفعة عن ماليته ولا يدخل في ملك احد وكالعبد المشتري لخدمة الكعبة فانه يصح ولا يدخل في ملك م وفي المبسوط ثم للناس حاجة الى ما يرجع الى الكامل مصالح معايشهم ومعادهم لبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر ويستدلون بالعتق ايضا فانه ازالة

الملك الى مالك وصح ذلك على قصد الندب م فيصل الدليل ش اي فيحمل الوقف كالمسجد وفي فتاوى قاضي خان لم يأخذوا
بقول ابي حنيفة للاثار ولهذا وقف خليل الرحمن صلوات فهي باقية الى اليوم ولذا اوقاف الصحابة بمكة والمدينة ولانه
رضي الله عنه قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله م هذا اخرجه الدارقطني ثم
في الفرائض عن عبد الله ابن لهيعة عن اخيه عيسى ابن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله وعن عبد الله ابن لهيعة عن عكرمة واخوه عيسى ضعيفان ورواه ابن ابي
شيبة في مصنفه موقوفا على علي رضي الله عنه فقال حدثنا هشيم عن عبد الله ابن اسمعيل ابن ابي خالد عن الشعبي قال
قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح او كراع م وعن شريح جاء محمد ببيع الحبس م هذا رواه
ابو شيبة في مصنفه في البيوع حدثنا وكيع وابن ابي زايدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد ببيع الحبس
واخرجه البيهقي قوله لا حبس عن فرائض الله اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون
هذا على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع ابطل ذلك كله
ولكنا نقول الشرع والنكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الامام دليل وكذا الشيخ الا
جواهر زاده الحبس ما كانوا يفعلونه في الابتداء قبل سورة النساء كانوا يحبسون المال العين على ملكهم ويتصدقون بالغلة
ويرون بيع الاصل ممتنعا لمكان التصدق بالغلة فجاء محمد صلى الله عليه وسلم ونسخ هذا وجوزه والنهي في المسالة ان هذا
تصدق بالغلة المعدومة لا بالعين فلا يبيع العين لمنع البيع والاثات اذا لم يكن موصى به قياسا على ما لو قال تصدقت
بغلة هذه الارض على الفقراء والمساكين ابدا وفي مبسوط شيخ الاسلام الاسبيجابي لا ان هذا الحديث غير مستقيم لانه الا ما
هذا اذا انعقد به حق الوارث فاذا كان الوقف قبل التعلق فليس حبس عن فرائض الله كالتصدق والمنقولات **فان قلت**
قال ابن حزم قولهم لا حبس عن فرائض الله فاسد لانهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة والوصية
بعد الموت وكل هذه مسقطة لفرائض الله **قلت** لا نسلم ان هذه الاشياء تسقط فرائض الورثة اما الهبة والو
تسقط فرائض الورثة اما الهبة والصدقة فانهما يكونان في حياة الرجل ففي ذلك الوقت لا فرائض للورثة واما الوصية
فانها لا تنفذ الا عن الثلث وفرائض الورثة في الباقي **فان قلت** هذا الحديث ضعيف كما مر من جهة
ابن لهيعة واخيه فكيف يستدل به لابي حنيفة **قلت** اخرجه الطحاوي باتم منه باسناد صحيح فقال
حدثنا سليمان ابن شعيب عن ابيه عن ابي يوسف عن عطاء ابن السايب قال سالت شريحا الحديث وفيه لا حبس عن فرائض
الله تعالى فان كان الذي روي عن ابن عباس ضعيفا فهذا الذي روي عن شريح صحيح ومع هذا اجاعه ايضا جاء محمد
ببيع الحبس كما ذكرنا وشريح ابن الحارث الكندي وهو قاضي عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم الخلفاء الراشدين المهديين
ومعنى جاء محمد جاء شرعه ببيع الحبس م ولان الملك باق فيه ش اي في الوقف بدليل انه يجوز الانتفاع به ش اي الوقف
م زراعة وسكنى وغير ذلك ش نحو اسكانه واجارته كما ينتفع بالمملوكات والملك فيه للوقف فيه للمالك للواقف م بدليل
تصرفه بالاشياء المذكورة ثم اوضح ذلك بقوله ش الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها
ونصب القوام فيه بضم القاف وتشديد الواو جمع قائم بالامر والضمير في مصارفها يرجع الى الغلات وفي نصب
القوام فيهما الى المصارف م الا انه ش اي غير ان الوقف تصدق بمنافعه فصار ش اي الوقف نسبة العارية من حيث
انه ملك العين ثم فيه والمستعير ينتفع بمنافعهما م ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما م وهذا يستدعي عدم زوال الملك
لا يمكن ان يزول ملكه الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه ش اي مع بقاء ملكه م كالسائبة ش وهي الناقة التي يسيبها
كان الرجل يقول اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة سائبة اهل الجاهلية
من حيث ان العين لا تخرج من ان يكون مملوكا له منتفعا به فانه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه فكذلك
اذا وقف داره او ارضه م بخلاف الاعتاق ش جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز
العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير مالك فاجاب عنه بقوله م لانه اتلاف ش اي اسقاط الصفة
المالية المملوكية م بخلاف المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد فاجاب بقوله م لانه اقلاف ش لانه جعله
خالصا لله تعالى م ولهذا ش اي ولاجل انه جعل خالصا لله تعالى لا يجوز الانتفاع به ش ولهذا لا ينتفع به شيء من منافع
الملك وان كان يصلح لها وله اصل في الشرع وهو الكعبة فانها محرزة عن ملك العباد فالحقت ساير المساجد بها والوقف
ليس بازالة الى الله تعالى كما ذكرنا وهنا ش يعني في الوقف لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى م قال ش اي المص
م في الكتاب ش اي القدوري في مختصره لا يجوز ولا يزول عن ملك الواقف عن الوقف لانه يحكم به الحاكم او يعلقه
بموته ش الى هنا لفظ القدوري في مختصره لا يزول م ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة ره

للعر

المص م ذ لابي حنيفة ش ثم قال م وهذا الذي ذكره القدوري م في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه م صورة
الحكم ان تسلم الواقف بعد ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان الى القاضي المروية
م اما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه ش يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعليق
لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لانه اي
لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك وقال المص وقيل لا يزول هو الصحيح بصدقة وهو وقف
الملك وقال المص م الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا ش يعني حتما م فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا م فيلزم حينئذ
والمراد من الحاكم م الذي ذكره القدوري ش بفتح اللام الذي ولاه الامام عمل القضاء م واما المحكم ش بتشديد الكاف
المفتوحة الذي فوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق الخصمين م ففيه اختلاف المشايخ ش قال في خلاصة
القضاء من خلاصة الفتاوى واما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لا يفتى به
لما ذكرنا في الاقضية وقال في الفتاوى الصغرى الحاكم المحكم اذا قضى على المحكمين فظاهر الجواب انه ينفذ في وجوب
فتاوى سمرقند انه لا ينفذ اجرا الرم عن ذلك واني اقول لا يحل لاحد ان يفعل ذلك يعني في الطلاق المضاف
ولا ازيد على هذا وحكى شمس الائمة الحلواني انه قال مسالة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به وكان يقول ظاهر المذهب انه
يجوز الا ان القاضي الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به لئلا يتطرق الجهال
الى هذا فيؤدي الى هدم مذهبنا فاما المذهب فهو الاول الى هنا لفظ كتاب فتاوى الصغرى م ولو وقف في مرض
موته قال الطحاوي هو ابو جعفر احمد ابن محمد ابن سلامة الازدي ثم الحجر المصري الطحاوي ونسبته الى طحا قرية من اعمال
الاشمونين بالصعيد الادنى الامام المحدث الامام الحنفي ولد في سنة تسع وعشرين ومائتين ومات ليلة الخميس مستهل
ذي القعدة سنة احدى وعشرين وثلثمائة ثم دفن بالقرافة م هو ش اي الوقف م بمنزلة الوصية بعد الموت م يعني
يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزمه عنده ثم قال الطحاوي في مختصره
وقد روي محمد عن ابي حنيفة ان حادثة ثم قال وهو الصحيح على اصوله م والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما
يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة وانما من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي
يوسف م اي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله وقفت وهو قول الشافعي وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم
من البلد والفتوى على قول ابي يوسف وفي محيط السرخسي ومشايخنا اخذوا بقول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف
ومشايخ بخارى اخذوا بقول محمد بمنزلة الاعتاق حيث يزول ملك المعتق بمجرد قوله اعتقت عبدي لانه اي لان
الاعتاق اسقاط الملك عن ملكه وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي م لان حق الله تعالى انما يثبت فيه
اي في الوقف في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا م فياخذ التمليك من
الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله وهو مالك الاشياء جملة معترضة بين اسم ان وخبرها
وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه ش اي فيكون التمليك تبعا لغيره اي ضمنا لان التمليك من الله قصدا لا يثبت فلم من شيء
يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فياخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض فيقول بمنزلة الزكوة
والصدقة ش يعني بمنزلة التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد بمنزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكوة حيث
يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير قال ش اي القدوري م واذا صح الوقف على اختلافهم ش اي على اختلاف العلماء
في صحته حيث لا يصح عند ابي حنيفة على رواية الاصل خلافا لصاحبيه وفي قول بعض النسخ ش اي وفي بعض نسخ القدوري
واذا استحق مكان قوله صح خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه م خلافا للشافعي في قول واحمد في رواية
لانه ش اي لان الوقف م لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه ش اي بملكه وجاز له اخراجه عن ملكه كساير
املاكه وهو معنى قوله بل ينفذ بيعه كساير املاكه اي كما ينفذ تصرفه في ساير املاكه ومع هذا لا يجوز
لسداد دخوله في ملكه اي ولان الموقوف عليه لو ملك الموقوف لما انتقل عنه بشرط المالك الاول م وهو
الواقف يعني ما كان ينتقل الى من بعده بمن شرط الواقف بقوله بعدهم الموقوف عليه الى الفقراء رعاية لشرطه لكن
ليس كذلك بالاتفاق فدل على انه لا يدخل في ملك الموقوف عليه م كساير املاكه ش اي كساير املاك الموقوف عليه
م قال ش اي المص م وقوله ش اي وقول المص في مختصره م خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه
الذي سبق تقريره ش يعني ان الوقف عندهما وقف العين عن ملك الله تعالى ويزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى
فلما زال ملك الواقف عندهما يجب ان يكون قوله خرج عن ملكه الواقف قولهما خلاف قول ابي حنيفة فان الوقف عنده
حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة فاذا كان العين محبوسا على ملك الواقف لا يصح قوله خرج عن ملكه

الواقف على مذهبه بالمنفعة فاذا كان العين محبوسا على ملك الواقف لا يصح قوله خرج عن ملك الواقف على مذهبه وقال الكاكي قوله يجب ان يكون على قولهما مطلقا لا يستقيم اجيب عنه انه قال واذا صح الوقف والمعنى غير الوقف فالعقود الصحيحة لغير اللازمة من العارية والوكالة والمضاربة فكان الوقف بخروج الواقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما الا اذا حكم به فحينئذ خروجه قول الكل م قال ش اي القدوري م ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف م وبه قال الشافعي ومالك واحمد ش لان القسمة من تمام القبض م لان القبض عنده الجائز فيما يقسم بالقسمة م والقبض عنده ش اي عند ابي يوسف ليس بشرط فكذا تتمته م وهي القسمة ش وهذا لان الوقف لكونه مقصودا معتبرا اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنع الاعتاق فلا يمنع الوقف ايضا يؤيده حديث عمر رضي الله عنه انه اجاب بانه سهم من خيبر واستاذن النبي صلى الله عليه وسلم فيها فامره عليه السلام بوقفها م وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض شرط فكذا تمامه اي ما يتم به القبض وهو كونه مقبوضا وقال الولوالجي في فتاواه ومشايخ بلخ اخذوا بقول ابي يوسف ومشايخ بخارى اخذوا بقول محمد ثم قال وبه يفتى ثم قال فان رفع الى القاضي فقضى بجوازه جاز عند الكل لانه مختلف فيه فيصير متفقا عليه بانضمام القضاء وقال في خلاصة الفتاوى ولو وقف نصف الحمام يعني بلا خلاف بين ابي يوسف ومحمد لانه مشاع لا يحتمل القسمة فصار كهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة م وهذا ش اي وهذا الخلاف المذكور بين ابي يوسف ومحمد م فيما يحتمل القسمة م واما فيما لا يحتمل القسمة ش كالحمام والرحى وغيرهما م فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضا ش لانه اي لان محمدا يعتبره ش اي الوقف الشائع م بالهبة ش اي يجوز الهبة الشائعة م والصدقة المنفذة م وهي التي سلمت الى الفقير وجعلت مملوكة له وثمة لا يمنع الشيوع وكذا في الصدقة الموقوفة وهي التي لم يملكها الموقوف عليه م الا ان تصدق بمنفعتها ش الا في المسجد والمقبرة م استثناء من قول ابي يوسف يعني لا يصح وقف مسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسمة ايضا بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من المسجد والمقبرة على تقدير القسمة لان المسجد خالص لله تعالى والشيوع ينافي الخلوص الا ترى الى قوله تعالى وان المساجد لله م فانه لا يتم ش اي فان الوقف لا يتم التتمة فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى كما ذكرناه م ولان المهايأة فيهما ش اي في المسجد والمقبرة م الى غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف م المشاع فانه لا يصح فيه م لامكان الاستغلال وقسمة الغلة م بين مستحق الوقف وبين صاحب الملك م ولو وقف الكل ذكر هذا تفريعا لمسالة القدوري وهو انه وقف عقارا ثم استحق جزء منه بان ظهر له مستحق في النصف والثلث والربع م بطل ش اي الوقف في الباقي بعد الاستحقاق م عند محمد رحمه الله تعالى وهو شرط عند محمد فبطل في الباقي لانتفاء الشرط كما في الهبة لمقارنة الشيوع فيها عند القبض ش بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض م في النصف مثلا بعد قبض الموهوب له او رجع الوارث في الثلثين بان وهب في مرض موته فمات ورجع الوارث بعد موت الواهب وقد رجع وهب او وقف في مرضه م اي والحال ان الواهب وهب في مرضه او الواقف وقف في مرضه ش اي والحال ان الواهب وهب في مرضه او الواقف في مرضه وفي المال ضيق اي والحال في المال ضيق الا مال له سواه اي لا يسع المال الهبة ولا الوقف لما انطلق فيما زاد على الثلث ابقي في الثلث صحيحا لان حق الوارث انما يثبت بعد الموت كما بطله لان الشيوع في ذلك طارئ في القدر الذي ابطل بعضه على ذلك الوقت ولا يتبين ان ابتدا الوقف في الجزء الشائع لان الشيوع في ذلك طارئ م وهذا في الرجوع في الهبة ظاهر وكذا في رجوع الورثة لان حقهم يثبت في الحال بعد فيكون طاريا ولو استحق جزء معين ش يعني في المسالة المذكورة م ولهذا جاز في الابتداء ش اي ولكون استحقاق جزء معين في الكاف غير مانع جاز الوقف في ابتدا الامر لعدم الشيوع المفسد م وعلى هذا ش اي الحكم م الهبة والصدقة والصدقة في الباقي م قال ش اي القدوري لا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لا ينقطع ابدا مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيث ما وجد م وقال ابو يوسف ش اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها ش اي بعد تلك الجهة م للفقراء وان لم يسمهم م مثل ان يقف على كذا وكذا وعلى امهات اولاده م جاز وصار بعدها للفقراء م لهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك م وانه يتأبد كالعتق ش فانه زوال الملك وهو متأبد م فاذا كانت الجهة ش التي عينها الواقف م يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه ش اي على الواقف م مقتضاه ش وهو التأبيد م فلهذا ش اي فلاجل ذلك م كان التوقيت م في الوقت مبطلا ش للوقف كما اذا وقف دارا عشر سنة فلا يجوز م كالتوقيت في البيع م الى عشرة ايام مثلا فان قيل البيع لا يستقيم قوله انه زوال الملك بدون التمليك على قول ابي حنيفة فان عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ولم يزل ملكه وهذا مناقض اجيب بان في المبسوط والذخيرة والتتمة وغيرها جعل ذكر لشرط التابيد قول محمد خاصة الا قول ابي حنيفة فعلى ما ذكر في الكتاب جاز ان يكون عند ابي

حنيفة

حنيفة روايتان او اراد هاهنا ما اذا حكم الحاكم بصحته ولزومه فحينئذ يخرج بالاتفاق وترجح على قول من يرى خروجه وهو قولهما كما في المزارعة م ولابي يوسف ان المقصود من الوقف ش وهو التقرب الى الله تعالى م وهو موفر عليه ش اي التقرب الى الله تعالى موفر على ملك الواقف بجهة تنقطع م لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة في الصرف الى جهة تتأبد ش يعني لا تنقطع فيصح في الوجهين م فعلى هذا بالتصدق بالمنفعة اذا انقطعت الجهة عادة الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وللقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن ابي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على ان التابيد شرط والجواب ان المروي عن ابي يوسف امران احدهما انه لا يشترط التابيد اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف اشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التابيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه ش اي عن التابيد لما بينا فيما مضى انه ش اي ان الوقف ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب ش اي قال القدوري في مختصره م في بيان قوله ش اي قول ابي يوسف م فصار بعدها للفقراء ش اي وان لم يسمهم ش اي الفقراء م وهذا ش اي كون التابيد شرطا وذكره غير شرط عند ابي يوسف م هو الصحيح وعند محمد ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص على التابيد وفي الذخيرة والاسرار لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة تصير وقفا بالاجماع ولو لم يقل مؤبدة تصير وقفا في قول عامة الوقف اذا الصدقة تثبت مؤبدة لانها لا تحتمل الفسخ كالاعتاق واذا انقطع الجهة تصرف الى المساكين وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول وقال الشافعي في قول يصرف الى اقارب الواقف المحتاجين وبه قال احمد في رواية وفي رواية عن احمد موضع في بيت المال م قال ش اي القدوري م ويجوز وقف العقار ش هذا لفظه م وقال المص لان جماعة من الصحابة وقفوه ش اي العقار وقد مر ان عمر رضي الله عنه وقف ارضا تسمى ثمغا وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله ابن الزبير الحميدي تصدق عمر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه عند المروة بالثنية على ولده فهي الى اليوم وتصدق علي رضي الله عنه بارضه وبداره بمصر وباموله بالمدينة فذلك الى اليوم وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه تصدق ببرومة فهي الى اليوم م وعمرو بن العاص بالوهط بالطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم م ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول ش هذا لفظ القدوري ش اي المص م هذا الى الارسال ش اي على الاطلاق ش يعني قوله في الكتاب ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول مطلقا من غير ذكر خلاف م قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها ش بفتح الكاف والراء جمع اكار وهو الفلاح م وهم عبيده ش اي عبيد الواقف م جاز وكذا سائر الات الحرث ش اي ولا يجوز وقف الات الحراثة مع البقر م لانه ش اي لان المذكور من هذه الاشياء تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وهو الغلة م وقد يثبت في الحكم تبعا ش اي بطريق التبعية م ما لا يثبت مقصودا ش اي من حيث القصد م كالشرب في البيع ش اي كجواز بيع الشرب م والبناء في الوقف ش اي كجواز بناء الواقف تبعا للارض ولا يجوز وقفه مقصودا م ومحمد مع ابي يوسف فيه ش اي في جواز بيع المنقول تبعا م لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده ش اي عند محمد م فلم يتعارف الناس وقفه لا يجوز وقفه لو وقف الثياب وغيرها مما لا يتعارف الناس وقفه كالمنشار والفاس والجنازة والمصحف لقراءة القران والقدور والمراجل وقال الشافعي واحمد ومالك يجوز وقف كل ما ينتفع به مع بقاء عينه وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان ثم واما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة قال وانما المأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء واهل العلم الا ما حكي عن مالك والاوزاعي ان وقف الطعام يجوز ولم يحكه اصحاب مالك وليس بصحيح والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وليس يحكى الا ان الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي وعن احمد لا يصح وقفها م ولان جواز الوقف عنه ش اي عن المنقول م تبعا ش اي من حيث التبعية م اولى بالجواز م وقال محمد رحمه الله تعالى يجوز حبس الكراع ش اي الخيل قال في ديوان الادب الكراع الخيل والكراع البعير والبقر ما استدرك من الساق ويورث الجرع الجمع والكراع كذا في الصحاح والمراد الاول م والسلاح ش اي ثم وحبس السلاح ايضا وزاد المص م معناه ش اي معنى قول محمد يجوز حبس الكراع والسلاح م وقفه في سبيل الله عز وجل وابو يوسف معه ش اي مع محمد م فيه ش اي في جواز حبس الكراع والسلاح م استحسانا ش اي

على ولده

منفعة

بطريق الاستحسان م والقياس ش اي لا يجوز لما بينا من قبل ش اي من شرط التابيد م ولذا فسره المص على ما ياتي
ان شا الله تعالى لان المنقول لا يتحقق فيه التابيد لعدم بقائه م وجه الاستحسان الاثار المشهورة فيه
اي في جواز حبس الكراع والسلاح م منها ش اي من الاثار م قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم
واما خالد فقد حبس ادرعه وافراسا في سبيل الله م هذا الحديث ش رواه البخاري ومسلم عن ابي الزناد عن الاعرج
عن ابي هريرة قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر ابن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا انه كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا
فقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله الحديث قوله اعتده جمع قلة العتاد بكسر العين وتخفيف التا المثناة
من فوق وهو ما اعده الرجل من السلاح والدواب ويروى انه احتبس ادراعه واعتاده قال الدارقطني
قال احمد ابن حنبل قال علي ابن حفص واعتاده واخطا فيه صحفه وانما هو واعتده والادراع جمع درع
الزردية وقال ابن الاثير وجا في رواية واعبده بالباء الموحدة جمع قلة للعبد وقال الاترازي كان العباس
ان يقوله في حكمها لان الكراع مونث سماعي قلت جوز في المونث السماعي التذكير باعتبار النظر الى ظاهر
اللفظ وقال الكاكي روي ان خالدا جمع ثلاث مائة فرس في خلافة عمر رضي الله عنه مكتوب على م وطلحة رضي
الله عنه حبس الرواية غير صحيحة من وجهين احدهما لم ينقل عن احد من الرواة الثقات والاخر من جهة
اللفظ لان كراعا على وزن فعال اولم يسمع جمعه على افعال ش والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب
يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها ش اي كما يغزى عليها يحمل عليها السلاح ايضا فيجعل كذلك م وعن
محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر ش بفتح الميم وتشديد الراء هو الالة التي يعمل
بها في الطين م والقدوم ش بفتح القاف وضم الدال المخففة لا غير قاله ابن دريد وهي التي ينحت بها م والمنشار
بكسر الميم الالة التي ينشر بها الخشب م والجنازة ش بكسر الجيم وهي التي يحمل عليها الميت م وثيابها ش اي ثياب الجنازة
وهي التي يغطى بها الجنازة م والقدور ش جمع قدر م والمراجل ش بالجيم جمع مرجل وهو قدر من نحاس كذا في ديوان
الادب وقال ابن دريد المرجل معروف عربي صحيح قلت والفرق بين القدر والمرجل ان المرجل
لا يكون الا من نحاس والقدر قد تعمل من طين ومن حجر البرام م والمصاحف ش جمع مصحف وهو مشهور م عند ابي يوسف
لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ش اي على النص م ومحمد يقول
القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء ش اي وقف هذه الاشياء
المذكورة كالفاس والمر الى اخره م وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا بالمصاحف ش اي لاجل الحاق
المصاحف م وقال صاحب التحفة وعن نصير ابن يحيى انه وقف كتبه على ابا حنيفة رضي الله عنه م وقال في النوازل
سيل ابو نصر عن رجل وقف الكتب قال كان محمد ابن سلمة م لا يجيزه وكان نصير بن يحيى يجيزه وقد وقف كتبه
وقال الفقيه وكان ابو جعفر يجيز ذلك وبه ناخذ الى هنا لفظ كتاب النوازل ش ونصير ابن يحيى من كبار علما
بلخ مات سنة ثمان وستين ومائتين وكان تلميذ الحسن ابن زياد ومات الحسن سنة اربع ومائتين وهو
تلميذ ابي حنيفة ومحمد ابن سلمة مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين م وابو نصر محمد ابن محمد ابن سلام
سنة خمس وثمانين م وابو جعفر الهندواني مات ببخارى وحمل الى بلخ سنة اثنين وستين وثلاث مائة وهو
ابن اثنين وستين سنة م وكان استاذ الفقيه ابي الليث وكان ابو نصر تلميذ محمد ابن سلمة ونصير جميعا
وهذا تلميذ عصام ابن يوسف وغيره وعصام تلميذ ابي يوسف القاضي ومات عصام ببلخ سنة خمسة
عشر ومائتين م وهذا الصحيح ش اي قول نصير ابن يحيى صحيح م لان كل واحد ش اي من الكتب م يمسك ش على صيغة
المجهول م للدين ش اي لان مصالح الدين م تعليما ش اي من حيث التعليم م وتعلما ش اي من حيث التعلم م و
من حيث القراة م واكثر فقهاء الامصار على قول محمد م في جواز وقف الاشياء المذكورة وفي فتاوى قاضي خان
اختلف المشايخ في وقف الكتب وجوزه الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى م وما لا تعامل فيه ش اي والذي
لا تعامل الناس به في الوقف من الموقوفات كالثياب والحيوان م لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي
كلما يمكن الانتفاع به مع بقا اصله م احترز به والحيوان لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الا
نتفاع به مع قيام اصله احترز به عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير
لاجله وهو الثمنية لا يمكن بها مع بقا اصله م في ملكه م ويجوز بيعه ش احترز به عن حمل الناقة والجارية
فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عندنا ايضا وقوله يجوز وقفه م خبر عن قوله كلما يمكن م لانه يمكن الانتفاع

به

به م فاشبه العقار والكراع والسلاح ش اي فاشبه ما ينتفع به مع بقاء اصله م العقار ش في صحة وقفه م ولنا ان الوقف
ش اي في المعهود الذي ذكرنا م لا يتابد فيه ولا بد فيه ش اي والحال انه لا بد من التابيد وفيما لا يتابد لا يجوز وقفه
على ما بيناه ش فيما مضى من اشتراط التابيد م فصار ش اي كل ما ينتفع به مع بقاء اصله كالدراهم والدنانير م في عدم
الجواز بخلاف العقار فان فيه التابيد وان لم يذكر لزوم الشرط ولا معارض من حيث السمع م جواب عن قوله فاشبه
العقار والكراع والسلاح ووجهه ان الاصل ان لا يجوز وقف الكراع والسلاح ايضا كالدراهم الا انا تركناه بمعارض
راجح من حيث السمع ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح لمعارض من حيث السمع
وهو ليس بموجود في المر والقدوم وغيرهما فلا يكن صورة النزاع معتبرة على ذلك ووجهه او لما معارضا من
حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والاماء والثياب والبسط وامثالها فبقي على اصل القياس
وهذا استظهار على ان الحاق غير العقار والكراع بهما غير جائز م فقال لان العقار المؤبد تابد والجهاد من
سنام الدين ش اي معظم الدين لانه من فروض الكفاية وسنام البعير معروف م فكان معنى القربة فيهما ش اي في
الكراع والسلاح م اقوى لان الكراع الة الجهاد الذي هو فرض كفاية والقربة بسائر المنقولات التطوع
فلا يكون في معناه ش اي فلا يكون غيرهما ش اي غير الكراع والسلاح في معناهما لقوتهما ولم يذكر التعامل
اعتمادا على شهرة لون التعامل اقوى من القياس فجاز ان يترك وفي القنية قال صاحب المحيط وقف
مائة وخمسين دينارا على مرضى المتوفية يصح ويدفع الذهب اسنار مضاربة ليستعملها ويصرف الربح وفي
المحيط ولذلك وقف الدراهم والكيل والوزن وقال تاج الدين لا يجوز صرف الادوية الموقوفة في المارستان
الى الغني ولا يجوز وقف الادوية فيه الا اذا ذكر الفقرا ولو قال على الفقراء والاغنيا يجوز ولم يدخل الاغنيا تبعا
م قال ش اي القدوري م واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب
الشريك القسمة فيصح مقاسمته الى هنا لفظ القدوري وقال المصنف م اما امتناع التمليك فلما بينا
ش اشار به الى ما ذكر في اوائل الكتاب وهو كتاب الوقف من قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدق
باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب وتجوز ان يكون اشارة الى قوله لما ان موجب الوقف زوال الملك
بدون التمليك عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا وتجوز ان يكون
اشارة الى ما ذكر من الغنى بقوله ولان الحاجة ماسة الى اخره وقوله الا ان يكون مشاعا استثنا من قوله لم يجز
بيعه وهو منقطع ومتصل لان معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كانه بيع اتساعا م واما جواز القسمة
فلانها ش اي ولان القسمة م تمييز وافراز ش اي تمييز للحقوق م والافراز كل نصف سنة والممنوع التمليك لان الافراز
تمامه الا ان الغالب في غير المكيل والموزون م يكون ش يعني المبادلة م وهي العروض والعقار والحيوانات
للتفاوت بخلاف المكيل والموزون والعددي الذي لا يتفاوت فان الافراز هو الغالب منهما م الا ان الوقف
جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف م في حق الفقراء م فلم يكن م القسمة فيه م بيعا وتمليكا م ثم فرع المص
على مسالة القدوري فقال م ثم ان وقف عقار نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان
القاضي ش لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه م وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه
القاضي او يبيع ش اي الواقف نصيبه الباقي م من العقار وهو النصف م من رجل ثم يقاسمه الواقف المشتري ثم
يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما بكسر السين م ويكون مقاسما بفتح السين م ولان القسمة
تجري بين اثنين ولا ياتي في واحد م ولو كان في القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصيبين اجود من الاخر
فجعل بازا الجودة دراهم م ان اعطى ش اي المشتري م للواقف ذلك ش اي فضل دراهم م لا يجوز لامتناع الوقف
لان الاخذ للدراهم اذا كان الواقف يصير بايعا بعض الوقف فلا يجوز بيع الوقف م وان اعطى ش اي وان
اي وان اعطى الواقف الشريك جاز م لان الواقف مشتري لا بايع فكانه اشترى بعض شريكه فوقفه ويكون
مقدار الدراهم شري ان يكون للمشتري وليس بوقف كذا في فتاوى الظهيرية والكافي وفي النهاية ويصير الواقف
مشتريا شيئا بمقابلة الدراهم واقف لذلك التي الذي اشتراه فيجوز قال ش اي القدوري م والواجب ان
يبتدي من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك او لم يشترط ش الى هنا كلام القدوري ثم قال المص
لان قصد الواقف شرط صرف الغلة مؤبدا ولا يبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء
التصدق دايما ش ولان الخراج بالضمان م معناه الغلة بسبب ان ضمنه وقد مر بيانه في كتاب اللقطة
يعني لما كانت غلة الوقف للموقوف عليه كانت العمارة ايضا عليهم وسيل الامام رحمه الله قوله الخراج

لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم لاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعنا
هنا ما ذكرنا الآن ولم يبين معنى الحديث فنقول حديث ابو عبد الله في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن
مروان الفزاري عن ابي ذئب بن مخلد ابن عفاف عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم ان
قضى ان الخراج بالضمان قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل يشتري المملوك فيخدمه ثم يجد به عيبا كان عند البائع
فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذ ويكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت له
لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات عن مال المشتري لانه في يده الى هنا لفظ ابو عبيد وصار الغرم بازاء الغنم
والخراج بالضمان ش ان كان الواقف على الفقراء ولا يظفر بهم لانهم لا يحصون م واقرب اموالهم هذه الغلة فيجب
فيها اي فيجب العمارة في الغلة وان كان الوقف على رجل بعينه واخره للفقراء فهي ش اي العمارة في ماله ش اي ماله
وهذه الغلة ايضا ماله فلو لم يعتد بما للاستبقاء بكلامه وقال الاكمل م لانه ش اي لان الوقف عليه
معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الوقف على الاصل على الصفة في حال حياته ولا يوخذ من الغلة
ش اي لا يوخذ منها حتما لانه قال فهي في ماله اي مال الشاء التي وقفه ش الواقف م وان خرب ش اي الوقف
يبنى على ذلك الوصف م الذي كان الواقف وقفه عليه م لانها ش اي لان العمارة بصفها صارت علتها مصروفة
الى الموقوف عليه م واما الزيادة على ذلك اي على الوقف الذي وقفه الواقف بذلك الوصف فليست
ش اي الزيادة مستحقة ش اي فواجبة على الموقوف عليه م فاما الزيادة على ذلك اي على الوصف الذي
الواقف فلا يجوز صرفه ش اي صرف ما يستحقه الى شيء آخر م من زيادة العمارة الا برضاه ش اي برضى الموقوف
عليه م ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك ش اي لا يجوز الزيادة على البناء على الصفة الذي وقفه الواقف
عليها م عند البعض ش اي بعض المشايخ م وعند الآخرين يجوز ذلك ش اي ما يعمل من الزيادة م والاول
اي عدم جواز الزيادة في البناء اصح مما قاله البعض لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف
ولا ضرورة في الزيادة وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان
ما مر عن قريب وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته م فان امتنع منه يجب عليه لان الغرم بالغنم
فان امتنع ش اي ولده م من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها
الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لم يعمرها اي القاضي
يفوت السكنى اصلا والاول ش اي عمارة القاضي الوقف بالاجرة م اولى من ابطاله لانه يفضي الى استيصال
حق السكنى م ولا يجبر الممتنع ش اي عن العمارة في الموقوف عليهم م على العمارة لما فيه من اتلاف ماله بالنفقة
على العمارة فلا الامتناع عن الضرر وهو اتلاف ماله فاشبه حال هذا الممتنع صاحب البذر في المزارعة
بان عقدا اثنان عقد المزارعة وبيان من عليه البذر ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لما فيه
الضرر وهو اتلاف ماله ولا يكون امتناعه م من العمارة رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ش اي
في ناحية التردد وذلك لانه يحتمل ان يكون امتناعه لعدم القدرة لعدم النفقة ويحتمل ان يكون لرجائه
اصلاح القاضي ومرمته ويحتمل ان يكون لابطال حقه بالتزول عنه فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك
ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك للعين لان الاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك انما
يتحقق من المالك وهنا من له السكنى ليس بمالك للسكنى وانما ابيحت له منفعة السكنى ليحصل الثواب للواقف
ونوقض بالمستأجر انه له ان يؤجر الدار وليس مالكها واجيب بانه مالك المنفعة ولهذا اقيمت
العين في ابتداء العقد مقام المنفعة ليلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى ابيحت له
المنفعة والعالم بغير المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك مال غيره
م قال ش اي القدوري م وما انهدم من بناء الواقف وآلته ش قال صاحب النهاية قوله وآلته
يحتمل ان يكون مجرورا لعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بان بني خشب الوقف وفسد ويحتمل
يكون مرفوعا بالعطف على الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه يقال انهدمت الآلة م صرفه
الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه لانه من الممكن
لا يبقى ش اي الوقف على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه ش اي الى ان يعمر الوقف
في الحال صرفها ش اي ما انهدم من البناء وآلته م فيها ش اي م اي في العمارة والا ش وان لم تمس الحاجة
الى العمارة في الحال م امسكها حتى لا يتعذر عليه ش اي على الحاكم ذلك وان الحاجة ش اي وقت الاحتياج ٥

نظر

بطل المقصود ش من الوقف م وان تعذر اعادة عينه م الى غير ما انهدم م الى موضعه م بيع م اي اباعة
القاضي م وصرف ثمنه الى المرمة ش اي الاصطلاح يقال رم البناء يرمه رماء ومرمة اذا اصلحه صرفا
للبدل م وهو الثمن ش مصرف المبدل م وهو الوقف م ولا يجوز ان يقسمه م وهذا لفظ القدوري وفي
المختصر يعني النقض م بضم النون وسكون القاف بمعنى المنقوض وهو اسم للبناء المنقوض بين مستحقي م كلام
القدوري م والنون فيه سقطت للاضافة م لانه ش اي لان النقض م جزء من العين ش اي من عين الوقف
ولا حق للموقوف عليهم فيه ش اي في النقض م وانما حقهم ش اي حق المستحقين م في المنافع والعين حق الله
ش فلا يصرف اليهم غير حقهم لما فيه من الظلم فلا يجوز م قال ش اي القدوري م واذا جعل الواقف غلة الوقف
لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف م وبه قال احمد وابن ابي ليلى والزهري وابن
شريح من اصحاب الشافعي م قال ش اي المص ش اي القدوري ذكر فصلين م احدهما هو شرط الغلة
لنفسه فهو جائز عند ابي يوسف وقال الوالجي في فتاواه ومشايخ بلخ اخذوا على قياس قول محمد
قول ابي يوسف والصدر الشهيد ايضا كان يفتي به ايضا ترغيبا للناس في الوقف ولا يجوز على قياس
قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وبه قال مالك وهلال الرازي هو هلال الراي
واضيف هلال الى الراي لانه من اصحاب الراي وفي المغرب الرازي تصحيف قلت ما وقع
في شرح الهداية الا الراي والصواب ما قاله صاحب المغرب وهو هلال ابن يحيى البصري وهو من اصحاب
يوسف خالد السمتي البصري وهو من اصحاب ابي حنيفة وصيه ابي حنيفة له مشهور تحت حفظا لكل نفقته
وقيل ان هلالا اخذ الفقه عن ابي يوسف وزفر ايضا وقيل ان الاختلاف بينهما ش اي بين ابي يوسف
ومحمد م بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز ش يعني عند ابي يوسف لا يشترط ذلك خلافا لمحمد
فلا جرم ابي يوسف صح شرط الغلة لنفسه انه لا يشترط القبض والافراز ومحمد لم يصححه لانه يشترطهما وقيل
هي مسالة مبتداة ش يعني الخلاف واقع فيها ابتداء وقال العتابي وابي ليس في هذا رواية ظاهرة عن محمد لانه
ذكر في كتاب الوقف قال فاذا وقف على امهات اولاده جاز لان الوقف عليهن بقوله الوقف على نفسه
ما لم ولده حال حياته يكون له م والخلاف ش اي بين ابي يوسف ومحمد وفيما اذا شرط ش الواقف البعض
لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سوا
هكذا ذكر الفقيه ابو جعفر الهندواني م ولو وقف وشرط البعض او الكل ش اي بعض الغلة او كلها م لامهات
اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقيل هو
على الخلاف ايضا يعني عند ابي يوسف يجوز وعند محمد لا يجوز م وهو الصحيح ش احترز به عن القول
الاول وهو القول بالجواز بالاتفاق ولكن يخالف الرواية المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى
قاضي خان فان فيها جعل جواز الوقف عليهن بالاتفاق م وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه
التمليك بالطريق الذي قدمناه ش اشار به الى قوله لا بد من التسليم الى المتولي م فاشتراطه البعض ش اي
اي والكل ش اي واشتراطه لكل الغلة لنفسه يبطلان الا التمليك من نفسه م لا يتحقق لانه جعل من ملك
نفسه لنفسه فصار ش اي حكم هذا لما في الصدقة المنفذة م فانه لا يجوز له ان يسلم فذا الا من ماله
على جهة الصدقة من ماله بشرط ان يكون بعضه له فهذا الشرط باطل م وشرط بعض نفقة المسجد لنفسه
ش بالجر عطفا على الصدقة المنفذة بان شرط مسجدا او شرط ان يكون البعض من نفقة المسجد له فهذا
غير جائز ولابي يوسف ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته ش هذا حديث غريب
له اصل نعم وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في باب الاحاديث التي اعترض بها على ابي حنيفة حدثنا
ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه اخبرني حجر المدري قال في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم ياكل منها
اهلها بالمعروف والمراد منه صدقته الموقوفة م يعني قوله كان ياكل من صدقته الموقوفة وصحة
هذا المعنى على صحة الحديث المذكور فلم يصح وقد قال الاترازي وجه قول ابي يوسف ما رواه زيد ابن
ثابت رضي الله عنه ونفعنا ببركاته والمسلمين ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته ذكر الحديث
شيخ الاسلام جواهر زاده في مبسوطه انتهى قلت هذا يعني شيئا في استدلال على المدعى
والاجل الاكل منها الا بالشرط م لان اكل الواقف لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون بشرط او لا وانما
لا يحل بالاجماع فتعين بالاول م فدل على صحته ش اي صحة الشرط م ولان الوقف ازالة الملك الى الله على وجه

القربة على ما بيناه م اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة
لا تنقطع ابدا بقوله لما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله لابي يوسف ان المقصود
هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة فاذا شرط البعض
او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه الا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا
او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان يقوله ش اي في الحال م ان يشرب منه اي من السقاية او يدفن
فيه القربة ش اي في المقبرة م وتذكير الضمير في الموضعين باعتبار المذكور م ولان مقصوده اي مقصود
الواقف القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك ش اي حصول التقرب م قال عليه السلام ش اي قال النبي صلى
الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة ش هذا الحديث رواه ابن ماجة من حديث المقدام ابن معدي
كرب عن النبي صلى الله عليه وسلم مقوله صدقة وروى ابن حبان عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال ايما رجل كسب مالا من حلال فاطعمه لنفسه او كساها فمن دونه من خلق الله تعالى كان له زكاة
ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه م ولو شرط الواقف ان يستبدل به ش اي بوقفه
ايضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز ش اي شرط الاستبدال جائز م عند ابي يوسف ش وبه قال هلال والخصاف
وقال محمد الوقف جائز والشرط باطل م وبه قال الشافعي واحمد والقياس ان لا يجوز الوقف والشرط
وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية وفي الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استبدال الوقف
باطل الا رواية ابي يوسف م ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف
كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وانما قيد بقوله ثلاثة ايام ليكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة
لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف ايضا وفي النوازل فقد ذكر هلال ابن يحيى هذه المسالة وقال اذا وقف
على انه بالخيار فالوقف باطل سواء بين الخيار وقتا او لم يبين وروى عن ابي يوسف انه قال ان كان الخيار وقتا
معلوما جاز الوقف والشرط اذا لم يوقت وقتا فالوقف والشرط باطلان م وعند محمد الوقف باطل
م وبه قال هلال م وهذا ش اي الخلاف م المذكور بناء على ما ذكرنا ش اشارة به الى ان جعل غلة الوقف لنفسه
جائز عند ابي يوسف فانه لما جاز ان يستثني الغلة لنفسه ما دام حيا فلذلك يجوز ان يشترط الخيار
لنفسه ثلاثة ايام لترويج النظر فيه م وما فضل الولاية لتعذر تصرفه ش اي فقد بعض العقد وذكر في فصل
الجواز على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وقال هلال في وقفه م وقال
اقوام ش اي بعض المشايخ م ان شرط الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له الوقف وقال مشايخ
الاسنة قول محمد ش اي الذي ذكره هلال في وقفه وهو ان يكون الولاية للواقف اذا شرط الاولا لا
من اصله ان التسليم الى القيم شرط الوقف فاذا لم يسلم لم يبق له ولاية فيه فان قلت
مذهب محمد ان التسليم الى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه ينافي التسليم فما وجهه قلت
لم المنافاة لان شرط ثبوت التسليم فيعد ذلك لا يكون له الولاية ام لا فان اذا وجد الشرط كان
له الولاية والا فلا ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من نفسه من جهته اي من جهة الوقف فيستحيل ان لا تكون
له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ش قوله ولنا الى آخره استدلال لابي يوسف وعبر عنه بقوله اشارة الى
انه المختار م ولانه ش اي ولان الواقف م اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ
مسجدا ان يكون هذا الوقف امره الناظر اليه م الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا فيكون
اولى بولايته وعمارته ونصب المؤذن فيه م وقال ابو نصر العمارة للباني واما نصب الامام والمؤذن فلاهل
المحلة ولا يكون للباني منهم بذلك وقال ابو بكر الاسكاف الباني احق بعضها من غيره كالعمارة وقال
ابو الليث وبه ناخذ الا ان يريد الباني اماما ومؤذنا والقوم يريدون اصلح فلهم ان يفعلوا ذلك
كذا ذكر في النوازل م ومن اعتق عبدا فكان الولاية له لانه اقرب الناس اليه ولان الوقف شرط
ولايته لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي ان ينزعها ش اي الولاية م من يده نظرا للفقراء
كما له ش اي للقاضي م ان يخرج الوصي نظرا للصغار ولذا اي للقاضي ان يخرجه اذا شرط ان ليس للسلطان
ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل ش اي لان الشرع اطلق
للقاضي اخراج من كان منها دفعا للضرر عن الفقراء ولو شرط الولاية لرجل فالولاية كما شرطه بلا خلاف
وان اراد الواقف اخراجه فله ذلك ولو شرط ان ليس له اخراج القيم بطل شرطه لانه مخالف لحكم الشرع اذ كان

وكالة وهي ليست بلازمة ولو جعل الولاية اليه في حياته وبعد مماته كان جائزا او هو وكيل في حياته ووصي
بعد وفاته فرع لو قال ارضي موقوفة ان شئت وجعلها صدقة واجبة كان الوقف باطلا لان
تعليق الشرط باطل ولذا لو قال ارضي صدقة موقوفة ان شئت ثم قال وكان الوقف باطلا ولو قال شئت جعلتها
صدقة موقوفة صح لان ابتداء وقف م فصل ه لما كان احكام هذا الفصل غير الاحكام التي قبله
فصل ذلك الفصل على حدة م واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه
فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند ابي حنيفة م هذا كله لفظ القدوري وقال المص رحمه الله م اما الافراز فلانه
لا يخلص لله تعالى الا به م واما الصلاة فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه ش اي يشترط
تسليم كل شيء على ما يليق به واذا في المسجد فالصلاة فيه وهو معنى قوله وذلك بالصلاة فيه او لانه لما تعذر
القبض لعدم من يقبض حقيقة م يقام تحقق المقصود ش وهو الصلاة فيه م مقامه ش اي مقام القبض م ثم يكتفى
بصلاة الواحد فيه ش اي في المسجد في رواية ابي حنيفة وكذا محمد ش في رواية م لان فعل الجنس ش وهو صلاة
كل متعذر فيشترط ادناه ش اي اذ في فعل الجنس وهو صلاة الواحد لتعذره فعل الكل فيناب الواحد عن الكل فيما
رحمه وفي المبسوط المسجد موضع السجود وقد حصل بصلاة الواحد بلا جماعة م وعن محمد انه يشترط الصلاة
بالجماعة لان المسجد بني كذلك في الغالب ش اي لفعل الصلاة بالجماعة اعلم ان الصلاة بالجماعة في المسجد
بين اتفاق الروايات عن ابي حنيفة ومحمد اذا صلى فيه واحد او جماعة وحدانا فهل يكون قبضا فقال شيخ
الاسلام خواهر زاده في مبسوطه عن ابي حنيفة في رواية روايتان رواية يكون قبضا وفي رواية لا يكون قبضا
وقال فخر الاسلام وفي شرح الجامع الصغير وان صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم عند محمد ايضا وذكر
في الذخيرة وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة تحصل حينئذ وعن محمد روايتان ايضا هذا اذا صلى فيه
اما اذا صلى فيه اما اذا لم يصل فيه لكنه اذا دفع الى المتولي فهل يكون ذلك قبضا على قولهما فيه اختلاف
المشايخ ذكر شيخ الاسلام قيل انه قبض لان المسجد له خادم يكنس وتعلق الباب والتسليم الى
ليس كما في سائر الاوقاف وقيل ليس بقبض لان المسجد متولي ليس ايضا في سائر الاوقاف على هذا الوجه المذكور
واختلف المشايخ فيما اذا جعل ارضه مقبرة ودفعها الى المتولي ولم يذكر محمد في المبسوط فقال بعضهم انه
ليس كما في الخان والسقاية وقال بعضهم ليس بقبض لان المقبرة ليس لها متولي وانما ذكر محمد في المقبرة انه اذا دفن
فيها واحدا او اثنان فانه يصير قبضا م وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان
التسليم ليس عنده بشرط لانه اسقاط الملك العبد فيصيرها خالصا لله سبحانه وتعالى م وتعتبر سماع
وان مات يورث عنه ش لانه لم يخلص لله تعالى م ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس
لمصالح المسجد لانه حينئذ لا يكون السرداب مملوكا لاحد كما ان سرداب بيت المقدس ليس بمملوك لاحد م وروى
الحسن عنه ش اي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد
لان المسجد مما يتأبد وذلك ش اي التأبيد يتحقق في السفل دون العلو فانه لا يتأبد فيه م وعن محمد على
عكس هذا ش اي روى عن محمد عكس هذا ان يجعل العلو مسجدا صح واذا جعل السفل لا يصح م لان المسجد معظم
وان كان فيه شيء او فوقه مسكن او مستغل ش اي بالاستغلال م يتعذر تعظيمه ش وعن بعض المشايخ اذا كان
العلو مسجدا والسفل حوانيت موقوفة على المسجد او على الغلة لا بأس به لان الكل منقطع عن حقوق العباد ولو كان
تحته حوض العامة واختلف فيه على قول من يجوز اتخاذ العلو مسجدا فقيل لا يجوز قياسا على الحوض الخاصة
وقيل يجوز م وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين ش يعني اذا كان تحته سرداب او فوقه
بيت م حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل كانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري
اجاز ذلك كله لما قلنا ش اي للضرورة وانما اعاد ذكر قول محمد بقوله ذلك بهذا الطريق م ولم يقل عن
ابي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين في الحكم عندهما سواء م لتنبيه انه ما ذكر الكل واحد من دخول
خصوص في مصر مخصوص وله زيادة التعميم بلفظ الكل م وكذلك ش عطف على قوله ومن جعل مسجدا
تحته سرداب فله ان يبيعه ش اي ولذلك ان يبيعه في ظاهر المذهب في القول الراجح من ذلك
م ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه م وهذا من مسائل الجامع الصغير وقوله
وان بيعه من كلام المص وقوله وسط بسكون السين اذا المراد غير معين وقال
الكاكي هذا مفيد تقييد العلامة لمولانا حافظ الدين م وان يورث عنه لان المسجد ما لا يكون فيه

حق المنع وإذا كان ملكه محيط بجوانبه ش أي جوانب المسجد م كان له حينئذ حق المنع فلم يصر
مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد ش أي روي عنه في هذه المسألة أنه
قال م أنه ش أي أن هذا المسجد لا يباع ولا يوهب ولا يرهن ولا يورث اعتبره أي محمد مسجدا وعلى
ش أي روي عن أبي يوسف أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق صار
مستحقا كما يدخل ش أي الطريق والإجارة م من غير ذكر ش يعني وإن لم يذكر يدخل فيه الطريق م ومن
اتخذ أرضا مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه تحرز أي تخلص عن حق العباد وصار
خالصا لله لكن هذا إذا أسلم إلى المتولي وصلى فيه بجماعة أما إذا لم يصل فيه بجماعة ولم يوجد التسليم
التسليم لا يصح فيه الوقف لأن التسليم والصلاة بجماعة شرط عند أبي حنيفة ومحمد وفي الصلاة واحد
اختلاف الرواية وهذا ش يصح لقوله م لأن الأشياء كلما تصرف عنه كما في الإعتاق فإنه لما حرر مملوكه
فيه معنى وإذا ثبت ذلك وإذا أسقط العبد ما سقط له من الأصل يرجع إلى أصله م وهو لو سد
ما يقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق م فإنه لما حرر مملوكه رجع إلى أصله وهو الحرية فانقطع حقه عنه
م ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه م على صيغة المجهول ش أي استغنى أهل المحلة عن الصلاة فيه
يبقى مسجدا على حاله م عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد يعود إلى
ملك الباني أو إلى ورثته من بعده لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت ش أي القربة م وصار كحصير
المسجد وحشيشه إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر
ولذا قيد بقوله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك مسجده وكما لو كفن ميتا فافترسه السبع عاد إلى ملك الكافن
وكالمحصر إذا بعث الهدي ثم زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء انتهى وفيه ما
ذلك بقوله وقال أبو العباس الناطفي في الأجناس قال محمد في نوادر هشام وإذا خرب
المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أخذه داره وإن شاء باعه وكذلك الفرس إذا جعله
حبيسا في سبيل الله فصار لا يستطيع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فإذا
لم يعرف للمسجد بانيه خرب وبنى أهل المسجد مسجدا ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في ثمن المسجد الآخر
فلا بأس بذلك ثم نقل الناطفي عن كتاب الصلاة إلا مسجدا باذا أهله وعطل
الصلوات فيه لم يجز لأحد أن يهدمه ولا يتخذه منزلا ولا يبيعه ذلك قال الناطفي هذا
عند أبي يوسف م قال ش أي القدوري في مختصره م ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه
بنو السبيل أو رباطا وهو الموضع الذي رابط فيه الناس أيام الثغر بإزاء العدو أو جعل
أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع حق العبد
الأترى أن له أن ينتفع به ويسكن في الخان أو ينزل في الرباط ويشرب من السقاية
ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء
عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحتاج إلا حكم الحاكم أو بالإضافة إلى ما بعد موته
وقد مر في ذلك في الوجه الأول تحقيقه فيما مضى م بخلاف البني المسجد ش أي لا يشترط فيه
حكم الحاكم ولا الإضافة إلى الموت م لأنه لم يبق له حق الانتفاع في الوجه الأول على ما مر وسبق وتحقق
به خلوصه لله تعالى من غير حكم الحاكم وعن أبي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ
التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعن محمد إذا استغنى الناس من السقاية
وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زوال الملك لأن التسليم عنده شرط وكان
الشرط تسليم نوعه لأن كل باب يعتبر فيه ما يليق به ففي الخان فصل التسليم بالسكنى وفي
الرباط بالنزول وفي السقاية بشرب الناس وفي المقبرة بدفنهم م وذلك بما ذكرناه أي التسليم
يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة م ويكتفى
ش أي بالاستقاء الواحد وسكنى الواحد ونزول الواحد ودفن الواحد م لتعذر فعل الجنس كله
ش يعني لتعذر استيفاء جميع الناس من السقاية وسكنى الجميع في الخان والرباط والدفن
الجميع م وعلى هذا ش أي على هذا الحكم المذكور م البئر والحوض م أي حكم البئر والحوض الموقوف
على الحكم المذكور ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه ش أي في السقاية والخان والرباط

لأنه أي المتولي نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب م هو القبض ش كفعل
والقيم المنوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لأنه لا بد للمتولي فيه وقيل يكون تسليما
لأنه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه م وإذا أسلمه إليه صح التسليم م والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على
ما قيل لأنه لا متولي له عرفا م أي في عرف الناس فلا يعتبر القبض فيه وقد قيل هي بمنزلة
السقاية والخان فصح التسليم م إلى المتولي لأنه لو نصب المتولي ش أي لأن الواقف لو نصب المتولي
على المقبرة يصح فإذا صح يعتبر قبضه م وإن كان ش أي نصب المتولي على المقبرة م بخلاف العادة
ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله تبارك وتعالى وهو جمع بمعنى الحجاج كالسامر
بمعنى السمار في قوله تعالى سامرا تهجرون والمعتمرين ش أي وللمعتمرين م أو جعل داره في غير
مكة سكنى للمساكين وجعل في ثغر من الثغور م الثغر موضع المخافة من فروج البلدان سكنى
للغزاة والمرابطين جمع مرابط يقال رابط الجيش وأقام في الثغر بإزاء العدو مرابطة
ورباطا أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله سبحانه وتعالى ودفع ذلك إلى وال
يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا ش إشارة به إلى قوله وهذا لأن الأشياء
كلها لله تعالى فإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما
في الإعتاق م إلا أن في الغلة ش هذا الاستثناء لبيان الفرق بين جعل غلة الأرض
للغزاة حيث يكون للفقراء منهم وهو معنى قوله إلا أن في الغلة م أي غلة الأرض تحل للفقراء
دون الأغنياء إلا بالتنصيص وبين جعل الدار سكنى إلى آخر ما تقدم أشار إليه بقوله
م وفيما سواه ش أي وفيما سوى ذلك المذكور م من سكنى الخان والاستقاء من البئر
والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق م بين هذا أو بين الذي
هو الفرق بين الفصلين م أن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء و
في غيرها م أي وفي غير الغلة م التسوية ش أي الذي يريدون التسوية بينهم ش أي
بين الفقراء وبين الأغنياء م ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول
والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة م لغناه ش أي لغنى الغني فإنه مستغن بماله
عن صدقة غيره أما لا يستغني عن الخان للنزول وعن المقبرة للدفن وعن الماء
إذ كل أحد لا يقدر أن يشتري من كل منزل موضعا ولا يستصحب الماء مع نفسه
في كل مكان فتعم الحاجة للغني والفقير والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

فروع وفي فتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت
وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري مكانها أخرى قال نعم وبه قال أحمد
وقال يجوز قبل أن يتعطل ولكن يأخذ منه ما هو خير منه ومن المشايخ رحمهم الله تعالى
من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وبه قال الإمام محمد بن إدريس الشافعي رحمه
الله ومالك بن أنس الأصبحي ولذا لم يجز الاستبدال به بما هو خير منه م وهكذا حكى
شمس الأئمة وقال أبو يوسف يجوز الاستبدال به وعن محمد أنه قال إذا صار
الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره ولو سكن دار
الوقف بغير أجرة بإذن المتولي أو بغير إذنه تجب عليه أجر المثل سواء كانت معدة للاستغلال
للاستغلال أيضا وعليه الفتوى م وفي الأجناس حانوت وقف صحيح احترق السوق
والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء تخرج من الوقفية وكذا
الرباط إذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثا قال ذلك في كتاب الوقف وحكى
عنه بإسناده لأنه لا يكون السكنى فيها بغير إذن المتولي هكذا ذكر الكرخي في فتاواه انتهى و
لو بنى رجل على هذا بالأرض والثاني أصل الوقف لورثة الواقف عند محمد
وفي القنية قال تاج الدين مبادلة دار الوقف لا يتعين بدار أخرى إنما يجوز إذا كانتا
في محلة أو يكون محلة المملوكة خيرا من محلة الموقوفة وعلى عكسه لا يجوز وإن كانت المملوكة أكثر
مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها وقلة أعتاب الناس فيها والله أعلم بالصواب

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم * وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب

كتاب البيوع

ش اي هذا كتاب في بيان احكام البيوع وهو جمع بيع وانما ذكره بالجمع لان تحته انواع على ما نذكره
وهو في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي فقيل هو عبارة في الشرع عن مبادلة المال
بالمال على وجه التراضي وفي النهاية هو من الاضداد يقال باع الشي اذا شراه او اشتراه ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه و
بحرف الجر يقال باعه الشي وباعه منه ثم يحتاج الى معرفة جوازه * وسببه * وركنه * وشرطه * وحكمه * وانواعه * فدليل جوازه الكتاب
وهو قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا والسنة وهو قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يشوبه اللغو والكذب
فشوبوه بالصدقه رواه ابو داود وراويه قيس بن ابي غرزة وفي رواية الترمذي عنه خرج علينا رسول الله صلى الله عليه
وسلم ونحن نسمى السماسرة فقال يا معشر التجار ان الشيطان والاثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقه وقال حديث حسن صحيح
واجماع الامة فانه منعقد على جواز البيع وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتبايعون فقررهم على ذلك * واما سببه
تعلق البقا المقدور بتعاطيه * واما ركنه فالايجاب والقبول على ما ياتي * واما شرطه فانواع منها في العاقد وهو ان يكون عاقلا
مميزا ومنها في الاله وهو ان يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو ان يكون مالا متقوما وان يكون مقدور التسليم * ومنها
التراضي ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية * واما حكمه فيملك البايع الثمن والمشتري المبيع * واما انواعه فبيع المقايضة
بيع العين بالعين وبيع العين بالدين وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق كبيع الدراهم والدنانير وهو بيع الصرف وبيع
الدين بالدين وهو السلم فان المسلم فيه مبيع وهو دين وبيع المرابحة وبيع التولية وبيع الوضيعة وبيع الاستصناع والبيع الموقوف
فان قلت ما المناسبة بين كتاب البيع وبين كتاب الوقف حتى ذكره عقيب الوقف قلت المناسبة من حيث ان في كل منهما ازالة الملك
ففي الوقف زوال الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير ان يدخل في ملك الموقوف عليه وفي البيع زوال الملك عن البايع ودخوله
في ملك المشتري فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب والمفرد سابق على المركب فلذلك اخره واخر البيع عنه م البيع ينعقد
بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي ش هذا لفظ القدوري وقال المصنف م مثل ان يقول احدهما بعت والاخر
اشتريت ش والمراد من الانعقاد انضمام كلام احد العاقدين الى الاخر على وجه يظهر اثره في المحل شرعا والايجاب عبارة
عما صدر عن احد المتعاقدين ولا يسمى به ايجابا لان الايجاب يقتضي السلب وهو الاثبات والمتكلم منهما اولا بقوله بعت
او اشتريت يريد اثبات العقد بشرط ان ينضم اليه قبول الاخر او سمي به لان قوله بعت او اشتريت صير العقد
الممكن من الامكان الى الوجوب فكان قوله بعت واشتريت ايجابا لانه قبل التلفظ به كان في حيز الامكان فصار بعد
التلفظ واجب الوجود لغيره ثم سمي كلام الاخر قبولا لما اوجبه الاخر وان كان هو ايضا ايجابا في الحقيقة حتى يمتاز السابق
من كلام العاقدين من اللاحق م لان البيع انشا تصرف ش لان الانشا اثبات امر لم يكن ويراد به الايجاب بالحال ومعنى
قوله انشا تصرف ان هذا التصرف انشا لان المبادلة ما كانت ثابتة وقد ثبت بعقد صدر من اللفظين فيكون انشا والانشا
يعرف بالشرع ش لا من حيث الحقيقة كالاكل وغيره فانه انشا حسي فاذا احتاج الى التكلم اليه لا بد من استعمال اللفظ الدال
عليه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشا والواضع ما وضع للانشا لفظا خاصا فجوز الشرع استعمال
اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي للانشا دفعا لحاجته وهو معنى قوله م والموضوع للاخبار ش وهو لفظ بعت واشتريت
م قد استعمل فيه ش اي في الانشا فاذا كان كذلك م فينعقد البيع به ش اي بهذا اللفظ الموضوع للاخبار الذي استعمل
في الانشا وانما اختص بهذه اللفظة لمناسبة بين الانشا والاخبار لان الانشا تحقيق الشي والاخبار يستدعي تحقيق المخبر به
ليصح الكلام حكمة ويجعلا فصار الوجود حالة يقتضي الحكمة فاذا وجد الانشا والايجاد يختار اللفظ الذي يلزم به الوجود
لفظ الاخبار عن الماضي وهو ان يقول احدهما بعت والاخر يقول اشتريت اما اذا قال ابيع منك وقال المشتري ابتاع لا
ينعقد البيع لان الاول عدة والثاني مساومة واليه اشار المصنف بقوله م ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل ش
اي احد اللفظين لفظ المستقبل مثل ابيع منك او لفظ بعني كما ذكرنا وقيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا
بدون نية الايجاب في الحال فاما اذا كان المراد ذلك ينعقد البيع كذا ذكره الطحاوي لان قوله ابيع منك او بعني يحتمل
للحال وضعه ويحتمل للاستقبال ضرب تجوز لكن اورده السيرافي في شرح الكتاب م بخلاف النكاح ش يعني انه ينعقد بذلك
فان احدهما اذا قال زوجني فقال الاخر زوجتك انعقد م وقد مر الفرق هنالك ش اي مر الفرق بين البيع والنكاح في
كتاب النكاح واشار به الى ما قال ثمة بقوله لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح م وقوله ش اي قول
المشتري م اخذت في قول البايع بعت او اعطيتك بكذا ش اي قول البايع ايضا في جواب قول المشتري اشتريت
اعطيتك بكذا من الدراهم م او اخذه بكذا ش اي قول البايع في جواب قول المشتري اشتريت هذا بكذا من الدراهم
م في معنى بعت واشتريت ش فقوله في معنى بعت يرجع الى قول المشتري اخذت وقوله اشتريت يرجع الى قول المشتري

في جواب

في جواب قول البايع اعطيتك بكذا وكذا لو قال المشتري قبلت او رضيت او اجزت وما اشبه ذلك ولا فرق بين ان يكون في
البادي البايع او المشتري والحاصل ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كلما دل على ذلك ينعقد به م
لانه يودي معناه ش اي لان قوله رضيت الى اخره يودي معنى قوله بعت واشتريت وان معنى الاعطا والاخذ يقتضي معنى
البيع لان الامر باخذ البدل يستدعي سبق البيع م والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ش اي في هذه العقود الشرعية واحترز
به عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى ولا خلاف فيه للائمة الاربعة وفي الايضاح هذا اصل لنا في جميع
العقود الا ما روي عن ابي حنيفة ان المعاوضة لا تنعقد الا بلفظ المعاوضة لان هذا العقد يشتمل على معان وشروط
والتزام لا يمكن استيفا ذلك حتى لو استوفي بلفظ اخر جاز م ولهذا ش اي ولاجل ان المعنى هو المعتبر في العقود م ينعقد
ش اي البيع م بالتعاطي ش وهو ان البايع يعطي المبيع ولا يلفظ بشي والمشتري يعطي الثمن كذلك م في النفيس والخسيس
ش قال الاترازي النفيس هو الذي يكثر ثمنه كالعبد ونحوه والخسيس ان يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز واللحم ونحو
ذلك وقال الكاكي الخسيس ما يكون قيمته دون نصاب السرقه والنفيس ما يكون قيمته مثله او فوقه م والصحيح
ش احترز به عما روي عن الكرخي ان البيع بالتعاطي انما ينعقد في الاشيا الخسيسه دون النفيسه وعامة المشايخ لم يفرقوا بينهما
والمشهور من مذهب الشافعي ان البيع لا ينعقد بالتعاطي وقال مالك ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعا وبه قال بعض اصحاب
الشافعي م لتحقق المراضاة ش يعني من الجانبين وفي الايضاح انعقاد البيع يكون بالالفاظ وبالتعاطي فالالفاظ كل لفظين ينبئان
عن معنى التمليك بصيغة الماضي او الحال دون الامر والمستقبل وفي جمع النوازل قال بايعني عبدك بالف باستفهام فقال
نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وفي شرح الاسبيجابي لو قال ابيع منك هذا او اعطيكه فقال اشتريته بكذا ونويا الايجاب
للحال ينعقد البيع وفي فتاوي قاضي خان اشتريته منك بالف فقال فعلت او نعم او هات الثمن صح والا فلا وكذا الاقالة
وفي المحيط سماع المتعاقدين الايجاب والقبول شرط للانعقاد ولو سمع اهل المجلس وقال البايع لم اسمعه وليس به وقر لم يصدق ولو
قال كل هذا الطعام بدرهم لي عليك فاكل تم البيع واكله حلال والاكل والركوب واللبس بعد قول البايع بعت رضي بالبيع ولو قال
بعت لك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فبيع بالاجماع ولو قال ان ادت ثمنه فقد بعته منك فاداه في المجلس صح استحسانا
ولو قال هو لك بكذا ان وافقك او قال ان اعجبك او ان اردت فقال وافقني او اعجبني او اردت جاز ولو قال بعته من فلان
غايب فحضر الغايب في المجلس وقال اشتريت صح ولو قال لرسوله فبلغه فقال اشتريت صح والواحد لا يتولى طرفي العقد الا
الاب يشتري مال ولده الصغير لنفسه او الوصي مال اليتيم لنفسه او القاضي بامره او العبد نفسه من مولاه بامره وفي اجناس
الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال مثله للقصاب في وزنه وهو ساكت
فهو بيع حتى لو امتنع عن دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع القصاب عن دفع اللحم اجبره القاضي عليه * وعن محمد ان بيع التعاطي كما
يثبت بقبض البدلين يثبت بقبض احدهما * وقال صدر القضاه وغيره ان بيع التعاطي يصح وان لم يوجد تسليم الثمن م قال ش
اي القدوري م واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شا قبل في المجلس وان شا رده ش الى هنا كلام القدوري ومعنى
اوجب اثبت وحصل ان قال بعت او قال اشتريت والمراد بالايجاب ما يبتدي من لفظ بعت او اشتريت او ما يقوم مقامهما وقال
المصنف م وهذا خيار القبول ش اي الخيار الذي ذكره القدوري خيار القبول م لانه ش اي لان احد المتعاقدين م لو لم
يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه ش فيكون مجبورا فينتفي التراضي فان رضاه بما لم يكن بيعا وهذا خلف م واذا لم
يفد الحكم ش اي اذا لم يفد ايجاب احدهما الحكم م بدون قبول الاخر فللموجب ش اي البايع او المشتري م ان يرجع ش قبل قبول
الاخر م لخلوه عن ابطال حق الغير ش فان قلت ثبت للمشتري حق التملك بقول البايع فيكون الرجوع ابطالا لذلك قلت هذا الحق
ثبت له من جهة البايع فيكون له ابطال ما اثبته فان قيل يشكل بما اذا عجل الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث لا يجوز له حق الاسترداد
لتعلق حق التملك للفقير * اجيب بان الاصل موجود وهو النصاب والوصف فايت وهو النما فلا يرجع لاجل قيام الاصل ولا كذلك
فيما نحن فيه لان الاصل ما وجد بل وجد شطره فلا يكون البيع موجودا م وانما يمتد الى اخر المجلس ش هذا جواب عما يقال
ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما ورا المجلس وتقرير الجواب
ان امتداده الى اخر المجلس م لان المجلس جامع للمتفرقات ش كما في الصرف والسلم وخيار المخيرة وقراءة اية السجدة م فاعتبرت
ساعاته ش اي ساعات المجلس م ساعة واحدة ش كما في الاشيا المذكوره وانما فعل كذلك هنا ايضا م دفعا للعسر ش اي لاجل
دفع العسر عن البايع والمشتري جميعا اما عن المشتري فلان في ابطاله قبل انقضا المجلس عسر له واما عن البايع فلان في ابقايه فيما
ورا المجلس عسر له وفي التوقف على المجلس يسر لهما جميعا واشار اليه بقوله م وتحقيقا لليسر ش اي لاجل تحقيق اليسر في حقهما فان
قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في
المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما ورا المجلس م والكتاب كالخطاب ش اذا الكتاب من الغايب كالخطاب من الحاضر فان النبي صلى

عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم مبلغا قال تاج الشريعة وصورة الكتابة ان يكتب الى رجل اما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب وقرأه وفهم ما فيه وقبل في المجلس صح البيع م وكذا الارسال ش اي وكذا الارسال كالخطاب صورته ان يقول الرجل اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء الرسول واخبره بما قال فقال فلان في مجلسه ذلك اشتريت او قبلت تم البيع وعند الشافعي ينعقد في صورة الكتابة في اصح الوجهين واذا كانت مقرونة بالنية وفي لا ينعقد وبالرسالة ينعقد كما في الكفالة كذا في شرح الوجيز وفي الحلية لو كتب اليه ببيع سلعة منه لم يصح في اصح الوجهين وفي المجتبى يصح الرجوع عن الرسالة ولو بلغه الرسول بغير امره فقال اشتريت لم يجز ولو كتب اليه بعني بكذا او ارسل اليه فكتب بعتكه لم يتم ما لم يقل الكاتب اشتريت ولو كتب اليه اشتريته بكذا فكتب اليه بعت تم البيع ولو قال بعته من فلان الغائب وحضر الغائب في المجلس وقبل صح م حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتب واداء الرسالة ش هذا متصل بقوله والكتاب كالخطاب وكذا الارسال وقوله حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب يرجع الى قوله والكتاب كالخطاب وقوله واداء الرسالة يرجع الى قوله وكذا الارسال وفي شرح الطحاوي بعدما كتب شطر العقد او بعدما ارسل رسولا اذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول او لم يعلم بخلاف ما اذا وكل وكيلا فعزله بغير محضر منه فلا يصح عزله وفي التحفة وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد على قبول الآخر في ذلك المجلس بالاجماع فان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على الف درهم فبلغها الخبر فاجازت او قبلت صح وكذا اذا قال اعتقت عبدي فلانا الغائب بالف درهم فانه يتوقف على اجازة العبد فاما في جانب المرأة والعبد اذا كان الزوج والمولى غائبين واما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف يتوقف وتفسيره ما قال في شرح الطحاوي وهو ان يقول الرجل للشهود اني قد تزوجت فلانة بكذا فبلغها الخبر فاجازت او قالت المرأة هكذا فبلغ الزوج الخبر فاجاز لا يجوز عندهما ويجوز عند ابي يوسف وفي البيع لا يتوقف بالاجماع وقال شمس الائمة السرخسي في كتاب النكاح من مبسوطه كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب ايضا

م وليس له ش اي للبائع م ان يقبل في بعض المبيع ش يعني اذا اوجب المشتري في شيء فليس للبائع ان يقبل في بعضه م ولا ان يقبل المشتري ش بفتح الراء اي المبيع م ببعض الثمن ش يعني ان البائع اذا اوجب في شيء بان قال بعته بالف فقال المشتري قبلت بخمسمائة فليس له ذلك م لعدم رضى الآخر بتفريق الصفقة ش لان من عادة الناس ضم الرديء الى الجيد في البياعات ليروج الرديء بالجيد فلو ثبت خيار القبول في احدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملكه باقل من ثمنه وفيه ضرر للبائع فكان تفريق الصفقة مستلزما للضرر وفي المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن نفس العقد م الا اذا بين ش اي البائع م ثمن كل واحد منهما لانه صفقتان معنى ش اي لان البيع الذي فيه بيان ثمن كل واحد صفقتان من حيث المعنى وقال الكاكي ومراده اذا كرر لفظ البيع بان قال بعت هذا بكذا وبعت هذا بكذا لان به تتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد منهما فانه لو قال بعتهما بالف هذا بخمسمائة وهذا بخمسمائة فقبل احدهما لا يصح كذا في المبسوط وفي الكافي لو قال بعتك هذين فقبل احدهما او قال لرجلين بعتكما هذا العبد فقبل احدهما لم يجز للزوم تفريق الصفقة ولو قال بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فللمشتري ان يقبل ايهما شاء لان البائع فرق وفي المحيط ولو كان الثمن متفرقا يشترط اتحاد الايجاب والقبول فالصفقة متحدة وان تفرق الايجاب والقبول فالصفقة متفرقة فان تفرق الايجاب واتحد القبول او على عكسه فالصفقة متفرقة قيل هذا عندهما واما عند ابي حنيفة متحدة م وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب ش هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الاكمل هذا يتوقف ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل نعم هذا اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها وقال الكاكي ولو قعدا او ناما او ذكر على وجه التعميم على المتعاقدين احترازا عن ايجاب الخلع والعتق على مال فانه لا يعم المتعاقدين حيث لا يبطل الايجاب بقيام الزوج والمولى بخلاف قيام المرأة والعبد وقيل المراد بالقيام من المجلس الذهاب عن ذلك المكان لا مجرد الانتصاب وان كان المذكور في عامة الكتب مطلق القيام لان شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وقيل قوله قام عن المجلس دليل على ان الذهاب عنه شرط لان القيام عنه يتحقق بالذهاب اما لو لم يذهب لا يقال قام عنه بل يقال قام فيه وفي شرح الطحاوي وان تعاقدا عقد البيع وهما يمشيان او يسيران على دابة واحدة او دابتين فان اخرج المخاطب جوابه متصلا بخطاب صاحبه تم بينهما وان فصل عنه فان قل فانه لا يصح وان كانا على دابة واحدة في محمل واحد لانه لما وجد مشي من احدهما او منهما جميعا بين الخطابين بان قل بعد بطل المجلس ويوجد الاعراض قبل تمامه فيبطل م لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك ش اي لكل واحد منهما الاعراض والرجوع عما اوجب الموجب قبل قبول الآخر م على ما ذكرنا

ش اشارة الى قوله لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه الى قوله فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير م واذا حصل الايجاب والقبول م يعني من الاهل مضافا الى المحل مع شرط النفاذ وهو الملك او الولاية ش لزم البيع ولا خيار لواحد منهما م اي لاحد المتعاقدين وبه قال مالك وفي شرح الطحاوي هذا في البيع الصحيح ش الا من عيب او عدم رؤية م فان لهما الخيار على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى ش وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس م وبه قال احمد وذكر في كتبه اذا حصل الايجاب والقبول انعقد البيع ويثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا او يتخايرا وهو ان يقولا اخترنا امضاء البيع او فسخه م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ش هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم رواه الائمة الستة عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا ولفظ الكتاب رواه النسائي م ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز ش لما قال الشافعي رحمه الله اثبت الشارع لكل من المتبايعين خيار المجلس على ما دل عليه الحديث المذكور علم منه ان لكل منهما بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان قال المصنف ولنا ان في الفسخ اي في فسخ العقد بعد وقوعه ابطال حق الآخر وهو التأكد عن الفسخ فلا يجوز لعدم رضاه والعجب من المصنف ان الخصم مستدل بالحديث الصحيح وهو مستدل بالدليل العقلي ثم يحمل الحديث على ما ذكره وكان الواجب ان يستدل لنا بدليل نقلي اما من الكتاب او السنة ثم يستدل بدليل عقلي ثم يجيب عن حديث الخصم كما فعله غيره على هذا الوجه حيث قالوا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود والبيع عقد يلزم الوفاء به بظاهر الآية فلو كان خيار المجلس ثابتا لم يكن الوفاء بعقد البيع لازما وقوله تعالى ايضا واشهدوا اذا تبايعتم امر بالاشهاد على العقد توثقة لهما وفي ثبوت الخيار يسقط معنى التوثق فكان فيه ابطال نص الكتاب وقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم وقد شرطا استيفاء البيع فيلزمهما وقوله عليه السلام لحبان بن منقذ اذا اشتريت فقل لا خلابة ولي الخيار فعلم ان البيع يلزم بالايجاب والقبول وفي اثبات الخيار لاحدهما يستلزم ابطال حق الآخر فينتفي بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا يضر الرجل اخاه ابتداء الا ان الضرر فعل الضرر وهو يكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو ان يضر من ضره ذكره في المغرب م والحديث محمول على خيار القبول ش لان سياق الحديث يدل على ذلك لانهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بان يقول احدهما بعني ويقول الآخر بعتك فيتخير كل منهما بعد ذلك اما البائع فله الخيار اما ان يثبت على ما قال او يرجع عنه واما المشتري فله الخيار ايضا اما ان يقبل او يرد ما دام في المجلس وهذا تأويل قوله عليه السلام م وفيه اشارة اليه ش اي وفي الحديث اشارة الى خيار القبول وبين ذلك الفقيه المفسر بقوله م فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ش يعني عند ابي حنيفة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمتناظرين والمتقاتلين ويدل عليه قوله ان لكل واحد من المتبايعين الخيار لان كونهما متبايعين حالة المباشرة بطريق الحقيقة لما قوله بعت الى قوله اشتريت من جهة الشرع فالحقيقة الشرعية بمنزلة الحقيقة لغة فيكون ما قلناه حقيقة وما قاله الخصم مجازا باعتبار ما كان اذ لو بقي قوله بعت واشتريت بعد التكلم بهما لما جازت الاقالة لان رفع الشيء في حال ثبوته محال وهذا لان البائع والمشتري لما اجتمعا على البيع فما دام الايجاب والقبول لم يوجد شرعا ما اجتمعا عليه فان قلت لا يجوز ان يكون الايجاب والقبول شرعا باقيا ما داما في المجلس قلت لما ذكرنا من صحة الاقالة فيكون الباقي المعنى الذي ثبت بالايجاب والقبول م او يحتمله فيحمل عليه ش اي او يحتمل ما قاله الخصم ويحتمل ما قلنا وما قلناه راجح لما ذكرنا انه حقيقة فالحمل عليه اولى لان ابقاء العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلاميهما لان الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما شرعا لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام م والتفرق تفرق الاقوال ش اي التفرق المذكور في الحديث تفرق الاقوال وقال الاكمل فيه جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجواهر وللقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال عند اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع وصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الآية وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو ايضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد لا على مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان يؤدي الى جهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده وهذا معنى قول مالك ليس لهذا الحديث حد معروف وفي المبسوط راوي حديث ابن عمر رضي الله عنهما مالك رحمه الله ومذهبه ان خيار المجلس لا يثبت وعمل الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه ولهذا قال ابن عربي

قال مالك ليس لهذا الحديث عندنا حد معروف ولا امر معمول به وقال الاكثر او يقول التفرق مطلق على الاقوال
الاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من اداه حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وقال الطحاوي
اختلف الناس في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فقال قوم هذا على الافتراق بالاقوال
بسط الكلام فيه قلت في شرحه الذي سميته نخب الافكار في تنقيح مباني الاخبار في شرح معاني الآثار اراد
بقولهم ابرهيم النخعي وسفيان الثوري في رواية وربيعة الراي ومالكا وابا حنيفة ومحمد بن الحسن فانهم قالوا المراد من
قوله عليه السلام ما لم يتفرقا هو التفرق بالاقوال فاذا قال البايع قد بعت وقال المشتري قد اشتريت فقد تفرقا ولا
يبقى لهما بعد ذلك خيار ويتم به البيع ولا يقدر المشتري على رد البيع الا بخيار الرؤية او خيار العيب او خيار الشرط ان
شرطه وقال عيسى بن ابان الفرقة التي يقطع الخيار في الحديث هي الفرقة بالابدان ولكن صورته بقوله الرجل اذا قال للرجل
قد بعتك عبدي بالف درهم فللمخاطب بذلك القول ان يقبل ما لم يفارقه صاحبه فاذا افترقا لم يكن له بعد ذلك ان
يقبل قال ولولا ان هذا الحديث جاء ما علمنا ما ينقطع به للمخاطب من قول المخاطب التي خاطبه بها صاحبه واوجب له بها
البيع فلما جاء هذا الحديث علمنا ان افتراق ابدانهما بعد المخاطبة بالبيع يقطع قبول تلك المخاطبة وقد روي هذا
التفسير عن ابي يوسف وقال الطحاوي وقال اخرون هذه الفرقة المذكورة في هذا الحديث هي الفرقة بالابدان
فلا يتم البيع حتى يكون فاذا كان تم البيع قلت اراد بالاخرين سعيد بن المسيب والزهري وعطا بن ابي رباح وابن ابي
ذئب وسفيان بن عيينة والاوزاعي والليث بن سعد وابن ابي مليكة والحسن البصري وهشام بن يوسف وابنه عبد الرحمن
وعبيد الله بن الحسن القاضي والشافعي واحمد واسحق وابا ثور وابا عبيد وابا سليمان ومحمد بن جرير الطبري واهل الظاهر
وقال الاوزاعي حد التفرق ان يغيب كل منهما عن صاحبه حتى لا يراه وقال عياض قال الليث هو ان يقوم واحد منهما
وقال ابو ثور هو افتراقهما من مجلسهما او مقامهما م قال ش اي القدوري م والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة
مقدارها في جواز البيع ش اراد بذلك ما يقع العقد عليه سوا كان من النقدين او غيرهما وسوا كانت ثمنا او مثمنا بعد
ان لم يكن في الاموال الربوية فانها اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وان اشار اليها لاحتمال الربوا والبيع
البيع احترازا عن السلم فان راس المال فيه اذا كان مكيلا او موزونا يشترط معرفة مقداره في جواز السلم عند ابي
حنيفة لما نحن ولا يكتفي بالاشارة م لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه ش اي جهالة القدر في العوض
المشار اليه قال الكاكي اي في وصف المقدار في التعريف وفي البيع م لا تفضي الى المنازعة ش لانها حاضرة والغائب
حال بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه حيث لا يجوز لادائها الى المنازعة لعدم حضوره م والاثمان المطلقة ش
قال الاكمل اي المطلق عن الاشارة لا يصح بهذا العقد الا ان يكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونه
بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع وقال
الاترازي والمراد بالاثمان المطلقة الدراهم والدنانير لانهما اثمان بكل حال لان الله تعالى خلق الذهب والفضة ثمنا
للاشيا والمعنى بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الاشيا ويتوصل به اليها ومما هذه الصفة قبل الصياغة وبعدها
ويجوز ان يراد بها المطلقة عن قيد الاشارة وقد ذكرنا هذا عن الاكمل رحمه الله وقال الكاكي ذكر الاطلاق ليعلم
للاحتراز عن كونها مشارا اليها لا للاحتراز عن اثمان غير مخلوقة للثمنية لانه ذكره بعد قوله والاعراض المشار اليها
الحكم م لا تصح الا ان تكون معروفة القدر ش كالخمسة والعشرة م والصفة ش كالبخاري والسمرقندي م لان التسليم
واجب ش اي بالعقد م وهذه الجهالة ش اي جهالة القدر والصفة مفضية الى المنازعة م المانعة من التسليم والتسلم
ش يمتنع التسليم م من جهة احدهما ش والتسلم من جهة الاخر م وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز ش اي جواز العقد
م هذا ش اي كون الجهالة المفضية الى المنازعة مانعة م هو الاصل ش اي في كل البيوع بالاجماع لان شرعه المعاملات
لقطع المنازعات المفضية الى الفساد ثم لا بد من معرفة الاثمان المطلقة قال في الكامل النقدان والفلوس ثمن كيف
ما ذكر لانهما تعينا عندنا خلافا للشافعي فثبت في الذمة وعن ابي الثمن ما ثبت في الذمة قال صاحب المحيط
وهو المراد بالاثمان المطلقة هاهنا وعن الكرخي ما تعين في العقد مبيع وما لم يتعين فهو ثمن وقال الترزي ثم الاموال
انواع ثمن مطلق وسلعة محضة وداير بينهما بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة ان الدراهم والدنانير اثمان ابدا
سوا كان في مقابلتها امثالها او اعيان صحبها حرف الباء او لا حتى ان في الاثمان يصير مبيعا ولو كانت في مقابلها السلعة
تصير ثمنا والسلعة مبيعا على كل حال لانها اثمان مطلقة على كل حال ولا تتعين بالتعيين واما الاعيان التي ليست من ذوات
الامثال كالثياب والدور والعقار والعبيد والعدديات المتفاوتة كالبطاطيخ والثمار فهي مبيعة وتتعين بالتعيين
ولا يجوز البيع فيها الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب بخلاف القياس ثم الثياب فما ثبت دينا في الذمة ثمنا بطريق السلم

ت دينا في الذمة مؤجلا بطريق الثمن والاجل شرط في الثياب لا لانه شرط في الاثمان ولكن شرط لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا
في الذمة واما المكيل والموزون والعددي المتقارب فان كانت في مقابلتها اثمان فهي مبيعة وان كانت في مقابلتها امثالها اعني
الكيلي والوزني والعددي المتقارب فكل ما كان موصوفا في الذمة يكون ثمنا وكل ما كان معينا يكون مبيعا وان كان كل واحد
منهما موصوفا في الذمة ما صحبه حرف الباء يكون ثمنا والاخر مبيعا لان هذا مما يتعين في التعيين ويثبت دينا في الذمة ايضا
فيتعين احد الوجهين بالدليل م قال ش اي القدوري م ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل ش وفي بعض النسخ او مؤجل وعليه
اجماع العلما وفي الكامل لو قال لغيره بعه بالف حالا او بالفين نسية لا يجوز لجهالة الثمن م اذا كان الاجل معلوما ش لان جهالته
مانعة من التسليم والتسلم فيوثر في صحة العقد م لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ش لانه لم يفصل بين ثمن حال وثمن مؤجل م
وعنه عليه السلام ش اي وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهن درعه وهذا الحديث رواه البخاري
ومسلم عن الاسود عن عايشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعا له من حديد
وفي لفظ البخاري بثلثين صاعا من شعير وهذا اليهودي اسمه ابو الشحم رجل من بني ظفر هكذا وقع مسمى في سنن البيهقي اخرجه عن
جعفر بن محمد عن ابيه عن جابر رضي الله عنه م ولا يجوز اذا كان الاجل مجهولا لان الجهالة فيه مانعة من تسليم الواجب بالعقد ش هو
التسليم والتسلم م فهذا يطالبه به ش اي يطالب البايع المشتري بالثمن م في قرب المدة وذاك ش اي المشتري م يسلمه في بعيدها ش
اي في بعيد المدة م قال ش اي القدوري م ومن اطلق الثمن في البيع ش بان ذكر القدوري الصفة مثل ان يقول المشتري
مثلا اشتريت بعشرة دراهم ولم يقيدها بالبخارية او السمرقندية ونحو ذلك او قال اشتريت بكذا اشيا ولم يقيدها بالخليفتي
والركني وقال الكاكي قوله ومن اطلق الثمن يعني ذكر القدر والنوع دون الوصف فانه لو لم يذكر بهما كانت المسالة هي
الاول وهو قوله والاثمان المطلقة وفي البدرية انما اورد هذا ليتبين ان تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق
الدلالة باعتبار العرف وكثرة الاستعمال وفي الخبازية قوله اطلق اي عن ذكر الوصف دون نقد البلد بعد ان سمى
قدره ونوعه م كان على غالب نقد البلد لانه هو المتعارف ش اي لانه هو المتفاهم في عرف الناس والمطلق من الالفاظ
ينصرف اليه بدلالة العرف وقال تاج الشريعة نقد البلد اي البلد الذي يجري فيه البيع لا في بلد المتبايعين م وفيه
التحري للجواز ش اي وفي غالب نقد البلد التحري لجواز العقد م فيصرف اليه ش اي فيصرف اطلاق الثمن الى غالب نقد
البلد م فان كانت النقود مختلفة ش اي ان كانت النقود في البلد على انواع رايجة على السوا م فالبيع فاسد ش للجهالة
المانعة من التسليم والتسلم م الا ان يبين احدهما ش استثنا من قوله فالبيع فاسد اي الا ان يبين احد النقود المختلفة
فحينئذ يجوز م وهذا ش اي فساد البيع م اذا كان الكل في الرواج سوا لان الجهالة مفضية الى المنازعة ش لانه لا
يمكن ترجيح بعضها على البعض لاطلاق التسمية م الا ان ترتفع الجهالة بالبيان ش ان يبين بعض النقود ويكون هو المراد
م او يكون احدها ش اي احد النقود م اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه ش اي الى الاغلب الاروج م تحريا للجواز ش
اي طلبا لجواز العقد اذ امور المسلمين محمولة على الصحة ما امكن م وهذا ش اي فساد العقد في المستوية في الرواج م اذا
كانت ش اي النقود م مختلفة في المالية ش كالذهب الركني والخليفتي فان الخليفتي افضل من الركني م فان كانت
سوا فيها ش اي في المالية م كالثنائي ش وهو ما كان الاثنان منه بعشرة دوانق م والثلاثي ش وهو ما كان الثلاث منه بعشرة
دوانق م والنصرتي ش البو سمرقند ش وهو بمنزلة الناصري ببخارى كذا قاله الامام حميد الدين في فوايده م والاختلاف
بين العدالي بفرغانة ش قال الاترازي وهي لغة فقهاء ما وراء النهر ويسمون الدرهم عدليا وقد استعملوها في كتبهم م جاز
البيع ش جواب قوله فان كانت سوا م اذا اطلق اسم الدرهم ش اي فيما ذكر من هذه الاشيا م كذا قالوا ش اي كذا
قال المتاخرون من المشايخ م وينصرف الى ما قدره به ش اي ينصرف اسم الدرهم الى ما قدر به م من المقدار كعشرة ونحوه
ش من اي نوع كان م من غير تقييد بنوع معين ش لانه لا منازعة م في لاستوائها في الرواج ش ولا اختلاف في المالية ش
للمساواة بينهما م قال ش اي القدوري م ويجوز بيع الطعام ش المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا
كذا قاله السراج وقيد بقولهم عرفا ونرد بهذا ما قاله الخليل ان العالي في لغة العرب ان الطعام هو البر خاصة
م والحبوب ش كالعدس والحمص ونحوهما ومن جعل الطعام اعم قال وكذا الحبوب مستدرك وليس كذلك لان الطعام
اسم للبر خاصة والحبوب غيره فافهم م مكايلة ش مصدر من باب المفاعلة يقال كايلته مكايلة اذا اكلت له وكال لك
م ومجازفة ش هو ايضا مصدر من جازف قال الجوهري الجزاف اخذ الشي مجازفة وجزافا فارسي معرب وفي المغرب
هو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن وفي المحيط الجزف الاخذ بكثرة ومن ذلك قولهم جزف له في الكيل اذا اكثر
ومنه الجزاف والمجازفة في الشرا والبيع وهو يرجع الى المساهلة م وهذا ش اي البيع مجازفة م اذا باعه بخلاف جنسه
ش فحينئذ يجوز م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم

ش من الحديث بهذا اللفظ غريب وقد روى الجماعة غير البخاري من حديث عبادة ابن الصامت رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا
بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد م بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة ش حيث لا يجوز
م لما فيه من احتمال الربوا ش لانه ربما يزيد احد الجنسين على الآخر فيصير ربا وقال الكاكي قوله اذا باعه بخلاف جنسه انما يفيد اذا
كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا لا يدخل تحت الكيل فيجوز بيعه بجنسه مجازفة ايضا كذا في الذخيرة م ولان الجهالة
ش عطف على قوله لقوله عليه السلام اي لان جهالة بيع الطعام والحبوب بكيله مجازفة م غير مانعة من التسليم فاشبه جهالة
القيمة ش اي فاشبه جهالة المجازفة جهالة القيمة ان اشترى شيئا بدراهم ولم يدر قيمته ان جيده او الغش يجوز لان هذه
الجهالة لا تفضي الى المنازعة والمانع هي الجهالة المفضية الى المنازعة م قال ش اي القدوري في مختصره م ويجوز ش اي
البيع م باناء بعينه ش بان قال بعت هذا الاناء واشار اليه م ولكن م لا يعرف مقداره ش اي مقدار الاناء اي البيع اي وكذا
يجوز البيع بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله ش
اي قبل التسليم لا يندر هلاك كل من الاناء والحجر قبل التسليم وفي المبسوط لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد فلا باس به لان
في المعين البيع مجازفة يجوز م بخلاف السلم ش حيث لا يجوز فيه باناء بعينه ولا بحجر بعينه م لان التسليم فيه ش اي لان تسليم المعقود عليه
في السلم م متأخر ش الى مدة م والهلاك ش اي هلاك الاناء والحجر المعينين م ليس بنادر قبله ش اي قبل التسليم م فيتحقق المنازعة
ش عند ذلك فلا يجوز وقال الكاكي ويجوز بانا من حديد او خشب وما اشبه ذلك اما اذا كان كالزنبيل والجوالق والغرائر لا
يجوز ولو باعه طعاما على ان يكيله بزنبيل او باناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكذا لو اشترط على ان
[...] ثوبا وساع او ملا جوالق وفي جمع النوازل عن محمد جواز الشيء بوزن هذا الحجر وله الخيار وعن ابي يوسف لا يجوز وفي جمع [...]
لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم به جاز وله الخيار وكذا [...] عبده مما باع فلان عبده جاز وفي جمع العلوم لو علم المشتري
جاز وما يبيع الناس لا يجوز وهكذا ظاهر مذهب الشافعي وحكي عنه وجه انه يجوز وان لم يعلم ما باع فلان وعن ابي جعفر لو قال
بعتك من هذه الحنطة مثل ما يملأ هذا البيت لا يجوز ومثل ما يملأ هذا الطست يجوز وعن ابي حنيفة لا يجوز مثل قربة من ماء هذا النهر
لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة واطلق جوازه في المجرد وكذا لو عين بعينها او راوية من ماء الفرات موضع في منزله وقال
ابو يوسف ايضا وعنه اذا ملاه ثم تراضيا جاز وهذه مجازفة وقال برهان الدين باع كل حوله في هذه القرية ولم يعلما النصيب لم يجز
ولو علما جاز ولو علم المشتري دون البائع جاز وبه قال الشافعي ومالك وعلى عكسه لا يجوز عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي وقال
مالك ان [...] البائع يجوز وعن ابي حنيفة لا يجوز في البيع ايضا ش اي في بيع المساومة ايضا وهو رواية الحسن عنه وروى في ذلك الفقيه
ابو الليث في العيون ثم قال وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا كان الاناء مما لا ينكبس اذا احتشى فيه فالبيع جائز
مثل الطست ونحو ذلك واما الزنبيل والجوالق فلا يجوز لاحتمال الزيادة والنقصان م والاول ش اراد به ما ذكره القدوري
بقوله ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره م اصح ش ودليله مذكور في المتن م واظهر ش اي بحسب الرواية والتعليل م قال
ش اي القدوري م ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة ش الصبرة الطعام المجتمع كالكوم
وجمعها صبر بضم الصاد وفتح الباء وقال الجوهري الصبرة واحدة صبر الطعام يقال اشتريت الشيء صبرة اي بلا وزن ولا كيل
والقفيز مكيال وجمعه قفزان قاله في المغرب ولم يبين قدره وقال الجوهري القفيز ثمانية مكاكيك ثم بين المكوك الا في باب
الكاف وقال المكوك مكيال وهو ثلاث كيلجات والكيلجة منا وسبعة اثمان منا والمنا رطلان والرطل اثنا عشر اوقية والاوقية
استار وثلثا استار والاستار اربعة مثاقيل ونصف والمثقال درهم وثلاثة اسباع درهم والدرهم ستة دوانق والدانق
قيراطان والقيراط طسوجان والطسوج حبتان والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية واربعين جزءا من درهم والجمع
انتهى كلام الجوهري م الا ان يسمي جملة قفزانها ش وفي بعض النسخ جميع قفزانها فحينئذ يصح في الكل وكذلك اذا كال الصبرة في المجلس
وسلم صح البيع وثبت للمشتري الخيار م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م يجوز في الوجهين ش وهو ما اذا ذكر جملة القفزان
وما اذا لم يذكر وبه قال الشافعي ومالك واحمد م له ش اي لابي حنيفة م انه تعذر الصرف في الكل لجهالة المبيع والثمن ش لان جملة
القفزان غير معلوم فيكون الثمن ايضا غير معلوم فان قيل سلمنا جهالتهما ولكن جهالة لا تفضي الى المنازعة فينبغي ان لا يفسد
البيع كما في الاعواض المشار اليها لان كل قفيز بدرهم فبعد ذلك لا يتفاوت ان يكون الصبرة مائة او اقل او اكثر قلنا قد يفضي الى
المنازعة لان البائع يطالب المشتري بالثمن اولا والثمن غير معلوم فيعجز عن تسليم الثمن وكذا البائع يعجز عن تسليم المبيع لعدم
معرفته قدر المبيع فيتنازعان م فيصرف الى الاقل ش اي يصرف البيع الى الاقل م وهو ش اي الاقل م معلوم ش اي معلوم القدر
والثمن وجاز افراده من الجملة لعدم الضرر لاحد صاحبيه لكلاهما من [...] الا ان يزول الجهالة بتسمية
جميع القفزان فان يقول بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فيصح حينئذ ويقع البيع على جميعها م او بالكيل ش

اي او بزوال الجهالة بكيل الصبرة م في المجلس ش قيد به لانه اذا كان بعد الافتراق منه لا يصح لان ساعات المجلس كساعة واحدة
والعلم فيه كالعلم في حال العقد اما لو افترقا تقرر الفساد فلا ينقلب جائزا فان قيل المشكل اذا كان الفساد باجل مجهول او بشرط
الخيار اربعة ايام فانه ينقلب جائزا برفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس قلنا الفساد ثم لم يتمكن في صلب العقد فيتقيد برفع المفسد
بالمجلس فان الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع واستناد الاجل اليه م ولهما ش اي لابي يوسف
ومحمد ش اي الجهالة بيدهما ازالتها ش اي ازالة الجهالة ان كالا الصبرة في المجلس فلا تفضي الى المنازعة م ومثله غير مانع ش
اي مثل المذكور من الجهالة غير مانع من صحة العقد وفي بعض النسخ ومثلها غير مانع اي ومثل الجهالة الغير المفضية الى المنازعة
غير مانعة ونظر لذلك بقوله م كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ان شاء اخذ هذا وان شاء اخذ ذاك
فاذا اخذ ايهما شاء ارتفعت الجهالة فكذا هنا م ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه
ش اي على المشتري ولا خيار للبائع وان تفرقت الصفقة عليه ايضا لان التفريق جاء منه وهو امتناعه من تسمية جملة القفزان
والكيل في المجلس فيكون راضيا به م وكذا اذا كيل في المجلس ش اي وكذا الخيار للمشتري م اذا كيل المذكور من الصبرة في المجلس
او سمى جملة قفزانها ش بان قال بعتك هذه الصبرة بمائة كل قفيز بدرهم فللمشتري الخيار ايضا م لانه علم ذلك الان فله الخيار
لانه ربما كان في [...] وظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا
وفي ذلك تفريق الصفقة على البائع او نقصت فيحتاج المشتري من مكان اخر وهل توافق ام لا واذا كان كذلك فله الخيار
الا بصير م كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ش فيثبت له الخيار م وقال تاج الشريعة والجواب لابي حنيفة من بيع عبد من
عبدين ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص م ومن باع قطيع غنم ش اي طائفة منه وكذا من البقر
وفي المغرب القطيعة الطائفة م كل شاة بدرهم ش يجوز في لفظ كل الرفع والنصب اما الرفع فعلى الابتداء تقديره كل شاة
منه بدرهم واما النصب فيحتمل ان يكون بدلا من القطيع بدل البعض عن الكل م فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة وهذه
المسالة ذكرها القدوري ولم يذكر فيها الخلاف والمصنف ذكره م وكذا من باع ثوبا مذارعة ش اي بشرط الذرع كذا
قاله الاترازي والكاكي ولكن هذه اللفظة من باب المفاعلة فالمعنى من باع ثوبا على انه والمشتري يذرعانه مذارعة كل
ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان ش بضم الذال جمع ذراع م وكذا ش اي وكذا افسد البيع اذا باع م كل معدود متفاوت
ش اي متفاوت في القيمة كالبطيخ والرمان والسفرجل والخشب والاواني ولم يسم جملة العدد وهذه المسالة على ثلاثة اوجه احدها
ان يبين جملة الذرعان ولا يقول بعده كل ذراع بدرهم ولم يبين جملة الثمن فهو جائز لان المبيع معلوم وجملة الثمن معلومة ببيان
الذرعان والثانية ان يبين جملة الثمن لا المبيع وقال بعده كل ذراع بدرهم فهو ايضا جائز لانه لما بين جملة الثمن وسمى لكل
ذراع درهما صار جميع الذرعان معلوما والثالثة ان لا يبين جملة المبيع ولا جملة الثمن وقال بعده كل ذراع بدرهم فهي
مسالة الكتاب ذكرها في النهاية م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م يجوز في الكل ش وبه قال الشافعي ومالك
واحمد م لما قلنا ش وهو ان ازالة الجهالة بيدهما م وعنده ش اي وعند ابي حنيفة م ينصرف الى الواحد لما بينا ش وهو
قوله ينصرف الى الاقل وهو معلوم م غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز
لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه م وتفضي اليها ش اي وتفضي الجهالة الى المنازعة م في الاول ش وهو بيع
شاة من قطيع وذراع من ثوب م فوضح الفرق ش اي ظهر وانكشف وهو ان الاقل وهو الشاة الواحدة او الذراع من
ثوب لم ينصرف اليه للتفاوت والقفيز الواحد من صبرة ينصرف اليه لعدم التفاوت وهو الفرق م قال ش اي القدوري
م ومن باع صبرة ش اي من اشتراها م على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل ش اي من المائة وفي بعض النسخ اقل من ذلك
م كان المشتري ش بكسر الراء م بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه ش اي على
المشتري م قبل تمام رضاه بالموجود ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد م وان وجدها اكثر ش اي فان وجد الصبرة اكثر من
مائة قفيز م فالزيادة للبائع لان المبيع وقع على مقدار معين ش وهو مائة قفيز م والقدر ليس بوصف ش اي القدر
الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالمبيع لا يتناوله فكان للبائع واعلم ان المشايخ ذكروا في الفرق بين القدر والوصف [...]
والوصف حدودا فقيل ان ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فهو وصف وما لا يتعيب بهما فهو اصل وقيل ما يكون وجوده
سببا في تقوم غيره وعدمه سببا في نقصان نفسه وغيره فهو وصف وما لا يكون بهذه المثابة فهو اصل فيخرج على
هذا المكيلات والموزونات والمذروعات فان المكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب بالطول والعرض [...]
قيمة نفسه وغيره بخلاف المكيل والموزون فان الصبرة الا قفيزا اذا انتقص منها قفيز يشتري البائع بالثمن الذي يخصه
مع القفيز والذراع الواحد اذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه وقال الكاكي وثمرة كون
الذرع وصفا والقدر اصلا تظهر في مواضع منها ما ذكر في الكتاب وهو انه اذا وجد زائدا فهو للبائع ومنها انه لا يجوز

اذا لم

نقد

للمشتري التصرف في المبيع قبل الكيل والوزن اذا اشتراه بشرط الكيل وفي المذروع يجوز له التصرف قبل الذرع سواء اشتراه مجازفة او على انه عشرة اذرع لانه لما كان وصفا لا يكره اختلاط المبيع بغيره فيجوز التصرف فيه قبل الذرع لان الكيل سوا نقص او زيد بخلاف المكيل والموزون لان الزيادة اصل لا تبع فيلزم الاختلاف فلا يجوز التصرف قبل الكيل الا ومنها ان بيع الواحد بالاثنين لا يجوز في المكيلات والموزونات وفي المذروعات يجوز لان الزيادة لما كانت اصلا فكانت شيئا يعتد به فلا يجوز بدون المساوات في الاموال الربوية بخلاف المذروع ثم يعتبر زيادة مانعة لكونه شيئا **م** ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا **ش** اي او اشترى ارضا **م** على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب **ش** لما بينا من ظهور اثار الوصفية والتبعية فيه دون غيره من زيادة القيمة بزيادته ونقصانها بنقصانه ولعدم تمكن افراده من الحلة حتى لو باع ذراعا من ثوب لم يجز لان المقصود من الثوب وهو التزين واللبس لا يحصل بذراع بخلاف القفيز في الصبرة **م** الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض **ش** هذا توضيح لكونه بمنزلة الوصف فان قيل الاستدلال بهذا على ان الذراع وصف غير مستقيم فان الطول والعرض كما هو وصف فكذلك القلة والكثرة ايضا وصف يقال شيء قليل وكثير ثم لم يكن القفيز الزائد هناك وصفا قلنا بلى ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن كان اصلا ومن حيث الذرع كان وصفا لدخولهما تحت الحدود والتي ذكرنا في التفرقة بين الاصل والوصف فان زيادة واحد مثلا على القدر توجب زيادة قيمة العشرة مع ان وصف الكثرة والقلة حصل به لان الكثرة بكثرة الدخول بخلاف الذرع فان زيادة توجب زيادة قيمته لم يكن لما بعده من ذلك الذرع وهذا متعارف بين التجار فكان الذرع وصفا **م** والوصف لا يقابله شيء من الثمن **ش** الا اذا كان مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن او حكما لحق البائع كما اذا احدث عيبا آخر عند المشتري ولحق الشارع كما اذا حاط المشتري الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن **م** كاطراف الحيوان **ش** يعني اذا اشترى جارية فاعورت عند البائع لا ينتقص من الثمن وكذا المشتري يبيعها مرابحة اذا اعورت عنده بافتها بدون البيان وسيجيء ذلك في باب المرابحة ان شاء الله تعالى **م** ولهذا **ش** ايضاح لقوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن **م** ياخذه بكل الثمن **ش** اي ياخذ ذلك الثوب الذي اشترى على انه عشرة اذرع فوجده اقل فانه ياخذه بجملة الثمن ان شاء كما مر الآن **م** بخلاف الفصل الاول **ش** وهو فصل الكيل فانه ياخذ الموجود بحصته من الثمن **ش** لان المقابل يقابله الثمن **ش** لانه ليس بوصف **م** ولهذا **ش** اي ولكون المقدار لا يقابله الثمن **م** ياخذه بحصته **ش** من الثمن **ش** الا انه يتخير **ش** استثناء من قوله اي الا ان المشتري يتخير بين الاخذ والفسخ **م** لفوات الوصف المرغوب فيه **ش** وفي نسخة شيخنا لفوات الوصف المذكور ثم كتب تحته في هذه المسألة الفصل الاول **م** لتغير المعقود عليه فيختل الرضى **ش** اي رضى المشتري **م** وان وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة **ش** اي لان الذرع صفة والوصف لا يقابله شيء من الثمن **م** فكان **ش** نظير هذا **م** كما اذا باعه معيبا **ش** بان باع عبدا على انه اعمى **م** فاذا هو سليم **ش** اي فاذا العبد وجد سليما اي بصيرا حيث لا خيار فيه **م** ولو قال ابيعكها **ش** يعني الثياب او المذروعات كذا في النهاية وقال الاكمل وفيه نظر لان البيع اذا كان ثيابا لم يكن هذه المسألة والاولى ان يقال يعني الارض وقال الاترازي اي بعت الارض او الثياب **م** على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب **ش** وهذا مبني على قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول فان قيل لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي ان يفسد البيع اذا وجدها زائدة كما لو قال ابعتك هذه الرزمة على انها خمسون ثوبا كل ثوب بعشرة دراهم فوجدها زائدة فالبيع فاسد وكذا لو اشترى عدلا على انه كذا ثوبا وقد ذكر هنا ان المشتري بالخيار قلنا الفرق بينهما ما بينا ان في الذرع جهة الوصفية والاصلية فمن حيث انه وصف يكون بعض الذرعان تبعا للبعض فلا يفسد واما بعض الثياب لا يكون تبعا للبعض فيبقى المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان الثياب تختلف كذا في جامع قاضي خان فان قيل لو كان اصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن لكان يمتنع دخول الزيادة في العقد كما في الصبرة وقد جوز اخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسألة قلنا الفرق بينهما هو ان الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لانه يصير بعض الثوب وانه لا يجوز بخلاف الصبرة لانها لو لم تدخل لا يفسد العقد كذا في الفوائد الظهيرية **م** وهذا **ش** اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو **م** لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن **ش** اي المشتري **م** آخذا كل ذراع بدرهم **ش** وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتي بمعنى الشرط **م** وان وجدها زائدة **ش** عطف على قوله فوجدها ناقصة **م** فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ

فتح

لانه حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر **ش** لان الزيادة نفع ولزوم الثمن بازائها ضرر فاذا كان كذلك **م** فيتخير **ش** بين اخذ الجميع بكل ذراع بدرهم وبين الفسخ **م** وانما يلزمه الزيادة **ش** اي زيادة الثمن **م** لما بينا انه صار اصلا **ش** مشروطا **م** ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط **ش** وهو ان يكون كل ذراع بدرهم **م** ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو جائز **ش** وبه قال الشافعي وعنى بقوله وقالا هو جائز اذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد والامام الزاهد العتابي في شرحيهما للجامع الصغير ولو كانت اقل من مائة لا يجوز بالاجماع **م** واذا اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما **ش** اي لابي يوسف ومحمد **م** ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشترى عشرة اسهم من مائة سهم **ش** في كونها عشرا مخصص الجواز باحدهما تحكم **م** وله **ش** اي ولابي حنيفة **م** ان الذراع اسم لما يذرع به **ش** في الحقيقة وارادة الحقيقة هنا متعذره فيكون المراد ما يحله الذراع ويجاوره مجازا باطلاق اسم الحال على المحل وهو معنى قوله **م** واستعير لما يحله الذراع ع
ش يعني استعير للموضع الذي يحل ذلك الخشب فيه لان المبيع المحل لا الخشب **م** وهو المعين **ش** اي ما يحله الذراع هو المعين فكان المسمى في العقد جزءا معينا **م** دون المشاع **ش** معنى المشاع ليس كذلك **م** وذلك غير معلوم **ش** اي ما يحله الذراع غير معلوم موضعه لانه لا يدري من اي جانب هو فيبطل العقد **م** بخلاف السهم **ش** فانه امر عقلي لا تعيين فيه فلا جهالة يحتمل ان يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة **م** ولا فرق عند ابي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح **ش** يعني ولا فرق بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع ع
وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار **م** وهو الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز **ش** خلافا لما يقوله الخصاف وهو ابو بكر احمد بن عمرو من كبار العلماء المتقدمين وله تصانيف كثيرة وكان معاصرا للشيخ ابي جعفر احمد بن عمران استاذ ابي جعفر الطحاوي رحمهم الله تعالى والخصاف يقول ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز وجعل هذا المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده **م** لبقاء الجهالة **ش** دليل قوله ولا فرق عند ابي حنيفة يعني ان جملة ذرعان الدار وان عرفت لا يعلم موضع عشرة اذرع من مائة ذراع منها فبقيت الجهالة **م** ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة **ش** اي العدل الحمل وقال الاترازي العدل المثل الذي كسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل وقال الاترازي العدل الحكم اذا اعدل مثله **ش** على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة **ش** اي فظهرت انها تسعة اثواب **م** او احد عشر **ش** اي او ظهر انه احد عشر ثوبا **م** فسد البيع **ش** اما اذا زاد فهو لجهالة المبيع **ش** لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان البيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدرى كان جيدا او وسطا او رديا وهو لا يدري قيمته بعينه حتى يسقط فكانت جهالة توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده والى هذا اشار بقوله **م** او الثمن **ش** اي او فسد البيع لجهالة الثمن في صورة النقصان **م** ولو بين لكل ثوب ثمنا **ش** بان يقول كل ثوب بدرهم **م** جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار **ش** اي للمشتري الخيار اذا بين لكل ثوب ثمنا ان ياخذ بحصته من الثمن وان شاء ترك **م** ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة **ش** لان العقد يتناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول ويجهالته يصير المبيع مجهولا **م** وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان ايضا **ش** اي قال البعض من مشايخنا ان البيع فاسد عند ابي حنيفة في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين المعدوم والموجود في صفقة فكان قبول المبيع في العقد شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما اذا جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في القن خلافا لهما كذلك هذا وكما اذا اشترى هروين فاذا احدهما مروي فان العقد فاسد عنده قال المصنف **م** وليس بصحيح **ش** اي عدم الجواز في فصل النقصان غير صحيح وقال الاترازي اي ما قيل ان عند ابي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ليس بصحيح لان ثمن كل ثوب معلوم قطعا فاذا نقصت يكون باقي الثمن معلوما لا محالة **م** بخلاف ما اذا اشترى ثوبين **ش** هذا جواب عما استدل به بعض المشايخ فيما قالوا بمسألة من اشترى ثوبين هرويين فاذا احدهما مروي على ما ذكرنا فقال المصنف هذا الذي يحتج به لا يشبه هذه المسألة وبين ذلك بقوله بخلاف ما اذا اشترى ثوبين **م** على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز البيع وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد **ش** لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا بانه اذا شرط لقبول المبيع قبول ما ليس بمبيع داخلا لانه يفسد المبيع لكونه مخالفا لمقتضى العقد وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم وهو معنى قوله **م** ولا قبول يشترط في المعدوم **ش** ولا يقصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد وهروي بفتح الهاء وسكون الراء ومروي بسكون الراء نسبة الى هراة ومرو ومنهما

الظـ

قرية بخراسان وشبه الاكمل على ذلك قلت هذا عجيب منهما فان هراة مدينة عظيمة مشهورة بخراسان قال في المشترك ومرو
ايضا مدينة فكيف يقال انها من بلاد طهورث وقال في المشترك ايضا مدينة عظيمة منها وبين كل واحدة من نيسابور وهراة
وبلخ وبخارى اثنى عشر يوما م فاما قوله اي شرا العدل على انه عشرة اثواب بمائة كل ثوب بعشرة فاذا هو تسعة وشرا الثوب
على انها هروية فاذا احدهما مروي فتفاوت جاز البيع في الاول دون الثاني وقال الكاكي حاصل الفرق بينهما هو ان الشيئين
الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف فاذا انعدم
ذلك الوصف كان فاسدا بالنظر الى انعدام ذلك الوصف واما اذا كان احدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن هذا داخلا
في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر م ولو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو
عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة ياخذه في الوجه الاول ش اي ياخذ الثوب في الاول وهو فيما اذا ظهر عشرة
ونصف م بعشرة ش ويسلم له النصف مجانا م من خيار ش يتعلق بقوله ياخذ ش وفي الوجه الثاني وهو فيما اذا ظهر تسعة ونصف
م ان شاء بعشرة له الخيار ش وقال ابو يوسف في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء يعني له الخيار وفي الوجه الثاني ياخذه بعشرة ان
شاء يعني له الخيار م وقال محمد في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير ش يعني له الخيار في الوجهين
لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصف بنصفه فيجري عليه ش من التجزيه وفي بعض النسخ فيجري عليه اي على العقد
بحكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع م ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب
على حدة وقد انتقص ش والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار م ولابي
حنيفة ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن ش وانما اخذ حكم المقدار ش وهو الكيل والموزون م بالشرط ش
بان قال كل ذراع بدرهم م وهو ش اي الشرط ش مقيد بالذراع فعند عدمه ش اي عدم الشرط وهو اذا كان اقل من الذراع
م عاد الحكم الى الاصل ش وهو الوصف وصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة
الجيد كذا ذكر فخر الاسلام م وقيل في الكرباس ش انما رجعنا الى ان الاقوال الثلثة في الثوب الذي يتفاوت كالقميص والسراويل
والعمائم والاقبية اما في الثوب الذي لا تتفاوت جوانبه كالكرباس م الذي لا تتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد
على المشروط لانه ش اي لان الكرباس م بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل ش بالصاد المهملة اي القطع وان كان
متصلا بعضه ببعض لكن ليس في الفصل ضرر كالموزون فلا يتمكن فيه العيب بسبب تمييز البعض عن البعض فيصير كل
ذراع اصلا كالقفيز والكرباس بكسر الكاف فارسي معرب والجمع الكرابيس م وعلى هذا قالوا ش اي المشايخ ش يجوز بيع
ذراع منه ش وان لم يعين موضعه كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها حيث يجوز كذا في الذخيرة وعند الشافعي لو قال بعت
قفيزا من هذه الحنطة يجوز كقولنا وعن القفال من اصحابه اذا لم يعلما مبلغ قفزان الصبرة لم يصح وقد خالف نص الشافعي
كذا في الحلية

فصل

ش اي هذا فصل في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكر وما لا يدخل وما يتعلق بهما
م ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة ش كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة
والبناء ش اي ويتناول البناء م في العرف ش قيد به لان بحسب اللغة لا يتناول البناء وقد مر في الايمان ان البناء في مسئلة اليمين
حتى لو دخل العرصة بعد ما انهدم البناء يحنث ولكن المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف في العرف ولا نعلم في العرف
من يبيع الدار يبيع عرصتها لا بناءها بل يبيعهما جميعا م ولانه متصل به ش اي ولان البناء متصل بالعرصة ذكر الضمير باعتبار
المكان ش اتصال قرار فيكون تابعا له ش اي للعرصة باعتبار المكان ايضا وفي نسخة شيخي تابعا لها وكذلك لو قال بحل
بناء على الاصل فلا يحتاج الى التاويل ويدخل السلم المتصل بالعلو المركب والحجر الاسفل من الرحى وبه قال الشافعي ومالك
واحمد وكذلك يدخل الحجر الاعلى عندنا وبه قال الشافعي في الاظهر ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق
م ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع وان لم يسمه لانه ش اي لان الشجر م متصل به ش اي بالارض على تاويل
المكان م للقرار فاشبه البناء ش فيكون تبعا له م للفصل ش يعني ليس ايضا له للتابيد ولرفعه غاية معلومة م فشابه
المتاع الذي فيه ش اي في الارض فلم يدخل في البيع الا بالشرط ويعرض الحمل فانه يتصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام
والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان الفصل ليس في وسعه فصل الحمل عن الام وفي الخلاصة القطن كالزرع
واما اصل القطن فاختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يدخل واما الكراث ان كان ظاهرا فلا يدخل وما كان مغيبا فالصحيح
انه لا يدخل ثم قال واما الاشجار رجال تقطع في كل ثلاث سنين ان كانت تبلغ من الاصل يدخل تحت البيع وهو الشجر الصغير
الذي يباع في السوق في الربيع وان كانت تقطع من وجه الارض فالصحيح انه يدخل تحت البيع ايضا من غير ذكر ثم
كانت اشجار صغيرة او كبيرة للحطب ولغيره وفيه اختلاف المشايخ واختيار الولوالجي في فتاواه انها لا تدخل لانها بمنزلة الثمر
وفي الفتاوى الصغرى قال المشايخ ان كان شجرا يغرس للقطع لا للبقاء كشجر الحطب وغيره لا يدخل لانها بمنزلة الزرع وفي

الخلاصة

الخلاصة وشجرة الخلاف والفرصاد للمشتري وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع اصله حتى كان شجر واصل الاس والزعفران
للبائع والقصب في الارض كالثمر والرطبة التي تقال لها سبست كالثمر والساعر وقد يدخل في البيع وقوائم الخلاف يدخل
في البيع وقوائم الباذنجان لذلك لذلك ذكره الامام السرخسي والامام الفضل جعل قوائم الخلاف كالثمرة يطلع اوان القطع
اولا قال وبه نفتي وقال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى كرما وفيه ورق التوت والورد لا يدخل في ذلك البيع لانه
بمنزلة الثمر وفي المجتبى يدخل في بيع الدار المخرج والمربط والمطبخ والبئر والبكرة دون الحبل والدلو الا اذا قال بمرافقها
فيدخلان وبه قال الشافعي ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق ونحوها وكذا في الاقرار
والصلح والوصية ونحوهما ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن والوقف وفي جمع التجاري اراد بالطريق الذي لا
يدخل في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك انسان اما الطريق الى الطريق الاعظم او الى سكة غير نافذة يدخل بلا ذكر و
في سبل الماموح الغاية البلخ في ملك خاص لا يدخل بلا ذكر الحقوق والمرافق وبه قال الشافعي وفي فتاوى قاضي خان والساباط
الذي في الدار يدخل وقيل ان كان من الدار يدخل والا فلا وفي جمع التجاري باع دارا بقناديلها لم يصح كمن جمع بين حر وعبد وفي
بيع الحانوت يدخل الواحد وان لم يقل بمنافعه وفي جمع التجاري يدخل القصارين والصباغين واجاجين الغسالين وجرار الزراتين
ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت في الارض لا يدخل وان قال بحقوقها م ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع
الا ان يشترط المبتاع ش اي المشتري م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من اشترى ارضا فيها
نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ش هذا الحديث غريب بهذا اللفظ واخرج الائمة الستة في كتبهم عن سالم بن
عبد الله عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة
للبائع الا ان يشترط المبتاع م ولان الاتصال ش اي اتصال الثمر بالشجر م وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع
ش لا يدخل في بيع الارض م ويقال للبائع ش يعني اذا لم يدخل الثمرة تحت بيع النخل والشجر يقال للبائع م اقطعها ش اي اقطع
الثمر م وسلم المبيع ش للمشتري م وكذا ش اي وكذا الحكم م اذا كان فيها ش اي في الارض م زرع ش يؤمر البائع بحصاد
الزرع وتسليم الارض للمشتري م لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه ش اي على البائع م تفريغه ش اي
تفريغ ملك المشتري م وتسليمه ش الى البائع م كما اذا كان فيه ش اي في ملك المشتري م متاع ش بان باع ارضا فيها متاع
او حلا عليه رحله يجب التفريغ والتسليم م وقال الشافعي يترك ش اي على الشجر م حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع ش
قال يستحصد الزرع جاز له ان يحصد اي يقطع بالمنجل وبقوله قال مالك واحمد هذا اذا اطلق البيع ولم يشترط القطع
في الحال وفي وجيزهم قال الشافعي ليس للمشتري الاجبار ان يكلف البائع قطع الثمار بل له الابقاء الى اوان القطاف للعرف
ولان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك ش اي لا يقطع الثمرة قبل ظهور صلاحها م وصار ش اي صار
حكم هذا كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع ش حيث يؤخر الى الحصاد م قلنا هناك ش اي في الزرع م التسليم واجب
ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض ش وهو الاجر م كتسليم المعوض ش وهو الارض م فان قيل ينبغي ان يجوز ان يستاجر البائع
الارض والشجر من المشتري الى وقت الادراك فيكون تسليم الاجرة كتسليم الارض والشجرة دفعا للضرر عنه قلنا كان القياس
في الاجارة والبيع القطع والتسليم الا انه في صورة البيع وجد من البائع دلالة الرضا بقطع الثمر والزرع قبل الادراك
وهو اقدامه على بيع الارض والشجر مع علمه ان المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع وتسليمه اليه فارغا عن حق
الغير فلما وجد منه دلالة الرضا بذلك لم يجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بالاجارة بخلاف المستاجر فانه
لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضى بقطع الثمر والزرع فوجب رعاية جانبه بتبقية الارض على حكم ملكه
بالاجارة واما العادة فغير مسلم ولئن كان فمشترك لانهم كما يتركون حتى يستحصد الزرع يبيعون بشرط القطع كذا في
تعليقات البزدوي م ولا فرق ش قال الكاكي كانه رد لقول الشافعي فان عنده غير المؤبر للمشتري وقال لا فرق في ولا
لان الاخرة متصل بقوله ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع يعني ان الثمر للبائع في الفصلين يعني م بين ما اذا كان
الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ش احترز به عن قول علي السغدي فانه قال اذا لم يكن له قيمة يدخل والصحيح انه لا يدخل
في الحالين لان بيعه يصح في اصح الروايتين وما يصح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره ولا يلزم عليه البناء فان بيعه يجوز منفردا
ويدخل في بيع الارض تبعا لان البناء للقرار فيكون كجزء من اجزاء المبيع بخلاف الثمر فانه للفصل فان لم يكن كجزء من اجزائه م و
يكون في الحالين ش اي في حال يكون له قيمة وفي حال لا يكون له قيمة يكون م للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما بينه
ش اشار به الى ما ذكره بعد تسعة خطوط بقوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال او قد بدا جاز م فلا يدخل في بيع الشجر بلا
ذكر ش يعني اذا كان الامر كذلك لا يدخل الثمر في بيع الشجر بلا ذكر م واما اذا ابيعت الارض ش قال الاترازي قوله واذا ابيعت الارض
معطوف على قوله يعني الثمر لا يدخل في البيع والشجر لم يكن له قيمة واما اذا ابيعت م وقد بدا فيها صاحبها ش اي في الحال ان صاحبها قد

بدرية الارض) ولم ينبت ش اي والحال انه لم ينبت م بعد لم يدخل فيه ش اي في المبيع م لانه ش اي لان البذر م مودع
فيها ش اي في الارض ش كالمتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل م ولو نبت ولم تتقوم قيمته فقد قيل لا يدخل فيه ش اي في البيع
وهو قول ابي القاسم الصفار م وقد قيل يدخل ش وهو قول ابي بكر الاسكاف وفي الذخيرة هذا اذا لم يفسد البذر
في الارض فلو فسد وعفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار بمنزلة جزء من اجزاء الارض فيدخل
في بيع الارض م واختاره الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال الا اذا بيع مع الارض نصا او دلالة وهو قول
الشافعي وفي فتاوى الفضلي ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فهو للبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم
يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل لانه اذا نبت ولم يتقوم لعدم م فكان في الاكمل وفي
بعض الشارحين بتشديد الواو ثلث ارادوا به الاتراري فانه قال وكان هذا بتشديد الواو م وهذا بناء على الاطلاق
في جواز بيعه ش قبل ان تناوله المشافر م هو جمع مشفر البعير بفتحه م والمناجل ش جمع منجل بكسر الميم وهو ما يحصد به
الزرع م ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ش اي لان الزرع والثمر م ليسا منهما ش اي من الحقوق
والمرافق الحقوق جمع حق والمراد به ههنا ما ثبت له من ذلك والمرافق جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفاء م وقال بكل
قليل وكثير ش هذا ذكر للمبالغة في اسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالبيع • والالفاظ في بيع الارض المزروعة
والشجرة المثمرة اربعة • الاول ان يقول بعت الارض والشجر بكل قليل وكثير م وهو له ش اي للبائع م فيها ش اي في
الارض م ومنها ش اي من الاشجار وقال شيخي رحمه الله فيه لف ونشر لان قوله فيها يرجع الى الاشجار التي فيها الزرع
وقوله منها يرجع الى الارض التي فيها الثمرة م من حقوقها لانهما ليسا منها • والثاني ان يقول بعت بكل قليل هو له فيها
لم يقل من حقوقها وهو معنى قوله ش وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها يدخلان فيه ش اي في البيع لعموم اللفظ
والثالث ان يقول بعت الارض او الشجرة ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك • والرابع ان يقول بعت بمرافقها
وحقوقها لا يدخلان لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع فيه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو
مخصوص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان م اما الثمر المجذوذ ش بالذال المعجمة يعني
المقطوع لان كليهما بمعنى واحد وهو المقطوع كما الاتراري الاول بالاهمال لتناسب بينه وبين المحصود وهو قوله
م والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح ش اي لا يدخل بمجرد قوله بكل قليل وكثير هو له فيها وان لم يقل من حقوقها
ومن مرافقها م لانه ش اي لان كل واحد من المجذوذ والمحصود م بمنزلة المتاع م الموضوع فيها م قال ش اي القدوري
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها ش لا خلاف للعلماء في بيع الثمار بعد بدو الصلاح لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح
فعندنا هو ان يامن العاهة والفساد ذكره في المبسوط وعند الشافعي بدو الصلاح بظهور النضج ومبادي الحلاوة
اما قبل بدو الصلاح اذا اشتراها مطلقا يجوز عندنا وعند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز البيع والبيع بشرط
القطع قبل البدو يجوز فيما ينتفع به بالاجماع وبشرط الترك لا يجوز بالاجماع وبعد الظهور على ثلاثة اوجه احدها
ان يبيعها قبل صيرورتها منتفعا به فان لم يصلح لتناول بني ادم وعلف الدواب قال شيخ الاسلام لا يجوز وذكر
القدوري في شرحه والاسبيجابي انه يجوز واليه اشار محمد في كتاب الزكوة في باب العشر والخراج في الجامع وهو الصحيح
والثاني ما اذا باعه بعد ما صار منتفعا به الا انه لم يتناه عظمه فالبيع جائز اذا باع مطلقا او بشرط القطع ولو باع
بشرط الترك فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين والثالث اذا باعه بعد
ما تناهى عظمه فالبيع جائز عند الكل اذا باعه مطلقا او بشرط القطع ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس وهو
قولهما ويجوز في الاستحسان وهو قول محمد والشافعي ومالك واحمد على ما ياتي عن قريب ان شاء الله تعالى وقال القدوري
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع ش وذكر رد في عدم الجواز قبل بدو الصلاح والاول اظهر م لانه مال متقوم
اما لكونه منتفعا به في الحال او في المال ش وفي بعض النسخ او في الثاني وفي باب كبيع الجحش ومولود ولد من ساعته وهو
منتفع به وفي فتاوى قاضي خان لم يجوز مشايخنا بيع الثمار قبل ان تصير منتفعة لنهيه عليه السلام عن بيعها قبل بدو الصلاح
والمراد بالصلاح الانتفاع وقد قال الفضلي يجوز بيعها بعد الظهور والنهي محمول على بيعها قبل ظهور صلاحها للانتفاع
في الزمان الثاني م وقد قيل لا يجوز ش وهو قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده م قبل ان يبدو صلاحها
والاول ش اي جواز البيع في الحالين م اصح كما قاله الامام الفضلي واختاره المصنف وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا
لملك البائع م اي واشتراها بشرط ان يقطعها م وان شرط تركها ش ان كان اشتراها على ان تركه على النخل م فسد البيع
ش اي لان شرط الترك م شرط لا يقتضيه العقد ش لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه م وهو ش ان شرط
الترك الذي لا يقتضيه العقد م شغل ملك الغير او هو ش اي البيع بشرط الترك م صفقة في صفقة وقد ورد النبي

دفوها

٢٢٤

رضي ما بقوله م وهو اجارة او اعارة في شيء ش اراد بها اجارة على تقدير انها باجرة واعارة على تقدير انها بلا اجرة
فيكون ادخالا لصفقته التي هي الاجارة او الاعارة في صفقة وهو المبيع وقال الاكمل وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة
ان لو جاز شاعارة الاشجار او اجارتها وليس كذلك ثم هو مستقيم فيما اذا باع م وبشرط الترك فان اعارتها واجارتها
جارة فيلزم صفقة في صفقة م وكذا بيع الزرع بشرط الترك ش اي وكذا لا يفسد البيع بشرط ان يقول المشتري
اشتريته على ان اتركه الى وقت الحصاد م لما قلنا ش اشار به الى قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد م وكذا ش اي
وكذا لا يفسد البيع م اذا تناهى عظمها م وشرط فيه الترك م عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا ش اي لانه شرط
لا يقتضيه العقد م واستحسنه محمد ش اي استحسن محمد هذا العقد في هذه الصورة يعني لا يفسد البيع وبه
قال الشافعي ومالك واحمد م للعادة ش اي لتعامل الناس من غير نكير م بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها ش حيث يفسد
لانه شرط فيه الجزء المعدوم م وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ش وهو ما يزيد منها في الزيادة م ولو اشتراها
مطلقا ش يعني من غير شرط القطع والترك م وتركها باذن البائع طاب له الفضل ش اي الفضل له من غير كراهة
م وان تركها بغير اذنه ش اي بغير اذن البائع م تصدق ش اي المشتري م بما زاد في ذاته ش اي يقوم قبل
التناهي وبعده فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته م لحصوله ش اي لحصول ما زاد في ذاته م بجهة محظورة م
وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة م وان تركها بعد ما تناهى ش عظمها م لم يتصدق بشيء لان هذا ش اي الذي
زاد بعد التناهي م تغير حاله ش من النيء الى النضج م لا تحقق زيادة ش في الجسم فان الثمر اذا صارت بهذه المثابة
لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم م وان اشتراها مطلقا
ش اي من القطع والترك م وتركها على النخل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة
باطلة ش اي لان اجارة النخيل لا تصح لمن استاجرها ليجعل عليها الثياب وانما تبطل الاجارة م لعدم التعارف
ش لان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار م والحاجة ش اي ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة
الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يمكن تخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما
ياتي واذا ابطلنا الاجارة م بقي الاذن معتبرا م فيطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن لانه ثبت
في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن اجيب
بان الباطل معدوم ولانه هو الذي لا يتحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل
ببطلانه بل كان ذكر الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا م بخلاف ما اذا استاجر الزرع او استاجر
الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة ش اي لجهالة وقت الادراك فان النوع
فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر للبرد والفاسد مما له تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا
للعقد ذلك الشيء فيفسد المتضمن واذا اشتغل الاذن فاورثت ش جهالة مدة الادراك م خبثا • ومسئلة العقد
م ولو اشتراها مطلقا ش اي ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخل وتركها م فاثمرت ثمرا اخر
ش اي ثمرا اخر م قبل القبض ش يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار م فسد البيع لانه ش اي لان
البائع م لا يمكنه تسليم المبيع ش الى المشتري م لتعذر التمييز ش اي بين الثمر الذي خرج بعد البيع وبين ما خرج
قبل البيع م ولو اثمرت ش يعني ثمرا اخرى م بعد القبض ش لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك
للبائع واختلط بملك المشتري م يشتركان فيه ش للاختلاط ش اي لاختلاط غير المبيع بالمبيع م والقول قول
المشتري في مقداره ش اي في مقدار الزائد م لانه في يده ش اي لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا
ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكى عن الامام الجليل ابي
بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك
تبعا لكن انما اشترط ان يكون الخارج اكثر م وكذا ش اي وكذا لا يجوز بيع م في الباذنجان والبطيخ ش اذا احدث
بعض ثمر العنب واذا احدث بعض المشترى كان م والمخلص ش اي الحيلة في جواز العنب وما اشبهه
المخلص من فساد البيع م ان يشتري الاصول ش اي اصول الباذنجان واصول البطيخ م فيحصل الزيادة على ملكه
وملكها وفي الذخيرة والمعنى قال ابو الليث وفيه طريق اخر وهو ان ياذن للمشتري في الترك على انه متى
رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد م قال ش اي القدوري م ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني
منها ارطالا معلومة ش قال تاج الشريعة اي على الثمرة اما اذا كان محدودا وباع واستثنى جاز وفي قوله ارطالا
اشارة الى ان المستثنى لو كان رطلا واحدا تجوز لانه استثنى القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لا يكون

الا ذلك القدر فيكون استثنا الكل من الكل وفي شرح الطحاوي باع الثمر على رؤوس النخل الا صاعا فانه يجوز لان
المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موجودا على الارض فباع الكل الا صاعا خلافا لمالك. فان عنده يجوز
كاستثنا ثمرة معينة م لان الباقي بعد الاستثنا مجهول ش اي وزنا ومشاهدة وقيل في الاستثنا وان كان
مجهولا وزنا لكنه معلوم مشاهدة وكان بيع مجازفة وجهالة المجازفة لا تمنع صحة العقد لانها لا تفضي الى
المنازعة والجهالة في مسئلتنا تفضي فتمنع م بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة ش
م هي نخله فيصح م وقال ش اي المصنف رحمه الله م قالوا ش اي المشايخ م هذا ش اي قول القدوري ولا يجوز
بيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة م رواية الحسن ش اي عن ابي حنيفة م وهو قول الطحاوي ش وقول
الشافعي واحمد ايضا م اما على ظاهر الرواية فينبغي ان يجوز ش يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم
المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز م لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه
يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه ش وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد
عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه م بخلاف استثنا الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه
وصورة استثنا الحمل ان يقول بعتك هذه الشاة الا حملها وصورة استثنا اطراف الحيوان بان يقول بعتك
هذه الشاة الا جلدها او غيره فانه لا يجوز لا في حضر ولا في سفر وبه قال الشافعي وقال احمد يجوز ذلك في
الراس والاكارع لعدم الافضا الى المنازعة غالبا وتوقف في استثنا الشحم وعن مالك انه يجوز ذلك في
السفر دون الحضر للضرورة م ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم ش يعني
يجوز في قشرهما والحاصل ان بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا الحبوب مثل هذه المذكورة م وقال الشافعي لا يجوز
بيع الباقلا الاخضر وكذا اللوز والفستق والجوز في قشره الاول عنده ش اي عند الشافعي م وكذا ش اي قال الشافعي
في بيع السنبل قولان ش في قوله القديم يجوز وفي قوله الجديد لا يجوز وله ايضا وجهان في الباقلا الاخضر المنصوص
عليه انه لا يجوز وهو ظاهر مذهبه وقال الاصطخري وكثير من اصحابه يجوز كقولنا وبه قال مالك واحمد وعندنا
يجوز ذلك كله ش اي بيع المذكور من الحبوب كله يجوز عندنا م له ش اي للشافعي م ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له
فيه ش اي للمشتري في المعقود عليه م فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه. يعني لا يجوز لاحتمال الربوا ويصرف
الى خلاف الجنس تحريا للجواز كما في بيع الدرهم والدينار بدرهمين ودينارين لان التراب ليس بمال متقوم وتراب
الصاغة هو التراب الذي فيه برادة الذهب والصاغة جمع صايغ ووجه المشابهة بينهما استتاره بما لا منفعة
فيه م ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبلة حتى يبيض ويامن العاهة
ش هذا الحديث رواه الستة غير البخاري عن ايوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع النخل الى آخره وفي آخره نهى البائع والمشتري قوله حتى يزهي اي يحمر او يصفر وقال ابو زيد والكسائي
زهوا وازهى يزهي بمعنى اي احمر الثمر او اصفر وقال ابو عبيد انكر الاصمعي ازهى ونقل الزمخشري في فائقه عن كتاب
العين زهوا خطأ انما هو يزهي قوله العاهة اي الآفة م ولانه ش اي ولان المذكور من الحبوب م حب منتفع به فهذا
كانه جواب عن قوله ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه وتقريره لا نسلم انه لا منفعة له بل هو حب منتفع به
ومن اهل العلم له ليشهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو استثناء
لا محالة م فيجوز بيعه في سنبله كالشعير ش في سنبله فانه يجوز بالاتفاق م والجامع ش يعني في تشبيه بيع الحنطة في
قشرها وبيع الشعير في سنبله م كونه ش اي كون كل واحد منهما م مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز
بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز ش لعدم ذلك الاحتمال وقال محمد في الاصل فان كان
ذهب بتراب فضة فلو جاز وكل واحد منهما بالخيار اذا راى ما فيه واعلم ان بيع تراب الصاغة بخلاف الجنس انما يجوز
اذا وجد فيه الذهب والفضة واذا لم يوجد فلا الا ترى الى ما قال في الفتاوى الولوالجي رجل اشترى تراب
الصواغين بعرض فهذا على وجهين ان وجد فيه ذهبا او فضة جاز البيع لانه تبين انه اشترى الذهب والفضة
بالعروض وان لم يجد فيه ذهبا او فضة لا يجوز م وفي مسالتنا ش المتنازع فيها م لو باعه بجنسه ش اي لو باع حب الحنطة
في السنبل بالحنطة لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل. فان قيل ما الفرق بين مسالتنا وبين
ما اذا باع حب قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مكلفا اجيب بان الغالب في السنبلة
الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر
اشار ابو يوسف رحمه الله عليه ... استدل الشافعي رحمه الله ايضا فيما ذهب اليه ان النبي صلى الله عليه وسلم

نهى عن بيع الغرر وهذا الذي ذكر ثم منه لانه لا يدري قدر الحب في السنابل واستدل ايضا بانه عليه السلام نهى عن بيع الطعام
حتى يفرك. ثم حديث النهي عن بيع الغرر محمول على بيع الطير في الهوى والسمك في الماء لان الغرر ما له عاقبة مستورة كذا
ذكره في الذخيرة ويحمل على بيعه قبل ان يشتد وحديث الفرك رواه رجال في رواية هو ضايع عن قوله عليه السلام وعن
بيع الحب حتى يشتد وفي حديث انس عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد اخرجه
ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة وقد قيل قوله حتى يفرك
اي حتى يصير بحال يتاتى فيه الفرك والحمل عليه اولى توفيقا بينه وبين ما رويناه فافهم م ومن باع دارا دخل في البيع ش
مفاتيح اغلاقها م الاغلاق بفتح الهمزة جمع غلق بفتحتين وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح م لانه يدخل فيه ش اي في البيع
م الاغلاق لانها ش اي الاغلاق م مركبة فيها ش اي في الدار م للبقاء ش لا للانفصال م والمفتاح يدخل في بيع الغلق
من غير تسمية لانه ش اي لان المفتاح م بمنزلة البعض منه ش اي من الغلق م اذ لا ينتفع به ش اي بالغلق الا به م اي بالغلق
وفي بعض النسخ اذ لا ينتفع به بدونه اي بدون المفتاح وفي الفوائد هذا اذا كانت الاغلاق مركبة في حيطان الدار
اما اذا كانت منفصلة فلا تدخل بدون الذكر فان قلت يرد على هذا التعليل الطريق حيث لا يدخل في بيع الدار مع
ان الدار لا ينتفع الا بها قلت انما لا يدخل الطريق لان المقصود من شرا الدار ربما يكون نفس الملك لا الانتفاع بها
بان يكون مراد المشتري بها احد دارين بجنبها بسبيل الشفعة حتى اذا كان المقصود الانتفاع يدخل الطريق ايضا كما
في الاجارة والقسمة والصدقة الموقوفة م قال ش اي القدوري م واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا
بد منه للتسليم ش وهو اي التسليم م على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة ش قيد به لانه لو باع مجازفة لا يجب على البائع
اجرة الكيال م وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد ش اي وكذا يجب اجرة هؤلاء على البائع اذا باع بشرط الوزن
والذرع والعد م لان تحقق الايفا بذلك ش واما اجرة ناقد الثمن م فالمذكور ش اي في القدوري م
انه على البائع وهو م رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه ش اي التسليم م يكون بعد
الوزن ش اي بعد وزن الثمن م والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره ش اي من غير حقه م من الردي م او
ليعرف ش اي البائع م المعيب ش اذا وجد معيبا م ليرده ش على المشتري م وفي رواية ابن سماعة عنه ش اي عن محمد اجرة
الناقد م على المشتري لانه يحتاج لتسليم الجيد المقدر ش لان حق البائع في القدر والجودة جميعا م والجودة تعرف بالنقد
كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه ش اي على المشتري وقال الفقيه ابو الليث في العيون اجرة وزن الثمن والنقد
على المشتري لان عليه ان يوفيه الوزن وفي الخلاصة والصحيح انها على المشتري م قال ش اي القدوري م واجرة وزان
الثمن على المشتري لما بينا انه ش اي ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم ش فيكون اجرة الوزان
على المشتري م قال ش اي القدوري م ومن باع سلعة بثمن ش اي بالدراهم او الدنانير م قيل للمشتري ادفع الثمن
اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه ش اي ان الثمن م لا يتعين
بالتعيين تحقيقا للمساواة ش اي في المالية وبقولنا قال الشافعي في قول وبه قال مالك وقال الشافعي في الاصح
انه يجبر البائع على تسليم المبيع اولا وبه قال احمد وعنه في قول يجبرهما الحاكم على التسليم فيامر كل واحد منهما
احضار ما عليه فاذا احضرا يسلم الثمن الى البائع والمبيع الى المشتري وفي قول لا يجبرهما ويمنعهما عن التخاصم فان
فاذا سلم احدهما اجبر الاخر كذا في شرح الوجيز وقال الاترازي وهذا الذي قلنا من وجوب دفع الثمن اولا على المشتري
فيما اذا كان المبيع حاضرا اما اذا كان غايبا فلا نص عليه للشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وقال فان كان المبيع غايبا عن
حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه اذا دفع الثمن ثم المبيع في
زمان الحبس مضمون على البائع الى ان يسلمه الى المشتري حتى اذا هلك في يد البائع انفسخ البيع ويعود الثمن الى المشتري م
قال ش اي القدوري م ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن ش اي او باع ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا ش هذا باجماع الائمة الاربعة
م لاستوائهما ش اي لاستواء البائع والمشتري في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع ش اي في دفع المبيع
والثمن وفي المجتبى ولا بد من معرفة كيفية التسليم والتسلم ومكان التسليم والتخلية بين المشتري والمبيع من غير
مانع من قبضه وبه يدخل المبيع في ضمان المشتري قال ابن شجاع وهذا باتفاق اهل العلم وقال الشافعي القبض في الدراهم
والدنانير بالبراجم وفي الثياب ونحوها بنقله من مكانه الى الطعام بكيله فالكيل وفي العقار والشجر بالتخلية
وفي العادة الحكم فيه العرف فقبض العقار بالتخلية وقبض المنقول النقل من مكان لا يختص بالبائع وبه قال احمد وفي
المجتبى امره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى اخذ السارق فان امكنه قبضه من غير قيام صح التسليم والا فلا وفي النظم
امر البائع المشتري بحلق شعر العبد او بالحجامة او بسقيه دوا او بفصد او خرجه ففعل لا يصير قابضا ولو قبض

المشتري يوجد به عيبا فيفعل هذه الاشيا لا يكون رضا ولو آمره بختان الجارية او العبد او الفصد او ربط جرحه او قطع
عرقه او كان ثوبا فقطعه او قصره او غسله او نعلا يحذوه او طعاما يطبخه او جارية فامرها ان ترضع [illegible]
يكون قبضا ولو لم يدخل لا يكون قبضا ولو فعل المشتري شيا من هذه الاشيا بعد وجدان العيب به يصير راضيا ولم يكن له
الرد ويرجع بالنقصان في هذا كله وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا امكنه فتحه من غير كلفة ولو باع
حنطة في بيت وسلم اليه المفتاح ليقبض فان قال خليت بينك وبينها فتسليم والا فلا . سلم الدابة وهما غايبان عنها وقال
المشتري قبضتها لم يصر قابضا حتى يكون قريبا بحيث يمكنه اغلاقها . وفي جامع شمس الايمة يصح القبض وان كان العقار غايبا
عند ابي حنيفة خلافا لهما . اشترى فرسا في حظيرة فقال البايع سلمته اليك ففتح المشتري الباب فذهب فان امكنه اخذه
بلا عون كان تسليما والا فلا وكذا الطير وفي جامع شمس الايمة ان كان لا يقدر ان يقبضه الا مع الحبل والسلم فيه
حبل لا يكون قبضا وعلى هذا العون ولو كان معه حبل وعون فقبض ولذا لو اشترى مركبه من الرماك في حظيرة
وكذا لو اشترى الرماك كلها فالتخلية بينه وبين الحظيرة تسليم حتى لو غلبته وهلكن هلكن من المشتري . ولو كان في البيت
متاعه وان لم ادفع عنه يمنع التسليم وفي الوبري المتاع لغير البايع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار
المتاع وديعة عنده ولو هلك الثوب وهو في ايديهما بعد التخلية فهو قبض عند محمد خلافا لابي يوسف ولو اشترى
دهنا ودفع قارورة ليزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشتري فهو قبض وكذلك بغيبته على الاصح وان كان في غيبة البايع وكذا
ساير المكيلات والموزونات اذا وزنها او كالها في وعا المشتري بامره ولو غصب شيا بعينه ثم اشتراه صار قابضا بالشرا
وليس للبايع حبسه بالثمن خلافا للوديعة والعارية الا اذا وصل اليه بالتخلية ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها
في السواد ولو اشترى ثمرا على الاشجار فجذها على المشتري وفي الموازنة على البايع وكذا قلع الجزر والثوم والبصل
ونحوها على المشتري الا اذا كان موزونا فهو على البايع بكل حال . ولو اشترى حنطة في سفينة او شيا في جوالق او وعا
وعائها لا اخراج على المشتري . ولو اشترى وقر حنطة في المصر فحملها على البايع . ولو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها
بالدوس والتذرية على البايع . والتبن للبايع . **باب خيار الشرط** ش اي هذا باب في بيان احكام خيار الشرط
ولما فرغ عن بيان البيع اللازم وهو الذي ليس فيه خيار بعد وجود شرايطه شرع في بيان البيع الغير اللازم وهو ما
فيه الخيار ولكون اللازم اقوى قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط لانه يمنع ابتدا الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام
الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم والخيار في البيع على اربعة انواع . خيار الشرط . وخيار الرؤية . وخيار العيب
وخيار التعيين وهو اذا اشترى احد الثوبين وهو بالخيار على ان ياخذ ايهما شا وسيجي في هذا الكتاب ان شا الله تعالى
قوله خيار الشرط اي خيار يثبت بالشرط اذ لولا الشرط لما ثبت الخيار بخلاف خيار الرؤية والعيب فانهما يثبتان من
غير شرط وهذه الاضافة من باب اضافة الحكم الى سببه كصلوة الظهر وكان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى
القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فتظهر علته في منع الحكم دون السبب تقليلا لعمله بقدر الامكان
وشرط الخيار جائز بالاجماع العلما والفقها ولكن اختلفوا في المدة ويجوز للبايع وللمشتري او لهما معا او لغيرهما
دون غيرهما اختلاف يجي ان شا الله تعالى وقال سفيان الثوري وابن شبرمة يجوز للمشتري لا للبايع لانه يثبت خلاف
القياس فيقتصر على مورد النص وهو المشتري قلنا النص هو قوله عليه السلام اذا ابتعت فتناول البيع والشرا
لهما وكان بالناس حاجة اليه بدفع الغبن بالتروي وفيه يستوي البايع والمشتري م خيار الشرط جائز في البيع للبايع والمشتري
ولهما الخيار ثلثة ايام ش فقال الاترازي قوله ثلاثة ايام روي بالنصب على انه ظرف اي في ثلاثة ايام وقلت في قوله
نصب [illegible] لا يخفى والاولى ان يكون خبر بعد خبر محذوف تقديره مدة الخيار ثلاثة ايام م فما دونها ش اي فما دون ثلاثة ايام
لانه جاز في ثلاثة ايام ففيما دونها بطريق الاولى م والاصل فيه ش اي في جواز شرط الخيار م ما روي ان حبان بن منقذ بن
عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ش
هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال كان حبان بن منقذ
رجلا ضعيفا وكان قد سفع في راسه مامومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد
ثقل لسانه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة فكنت اسمعه يقول لا خلابة لا خلابة وكان يشتري
الشي ويجي به الى اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عنه الحاكم
وكذلك رواه الشافعي اخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق به ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في المعرفة ورواه البخاري
في تاريخه الاوسط فقال حدثنا العباس بن الوليد حدثنا عبد الاعلى بن عبد الاعلى عن ابن اسحق حدثني محمد بن يحيى بن
حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو اصابته امة في راسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وكان لا يدع التجارة فلا يزال يغبن

فيذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا بعت فقل لا خلابة وانت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال وعاش مائة وثلاثين
سنة وكان في زمن عثمان رضي الله عنه يبتاع في السوق فيرجع الى اهله فيلومونه فيرده ويقول ان النبي صلى الله عليه وسلم جعلني بالخيار
ثلاثا فيمر الرجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول صدق فذكره في ترجمة منقذ فان قلت دل حديث الحاكم ان القصة
لحبان بن منقذ وحديث البخاري في تاريخه دل على انه لمنقذ بن عمرو والد حبان قلت روى الترمذي حدثنا يوسف بن حماد البصري
حدثنا عبد الاعلى بن عبد الاعلى عن سعيد عن قتادة عن انس رضي الله عنه ان رجلا كان في عقدته ضعف وكان يبايع وان
اهله اتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله احجر عليه فدعاه فنهاه فقال يا رسول الله اني لا اصبر عن البيع فقال اذا بايعت فقل هاء ولا خلابة ثم قال
حديث انس حديث صحيح غريب ورواه بقية اصحاب السنن . وقال شيخنا في شرحه للترمذي الرجل المبهم في هذا الحديث
اختلف فيه هل هو حبان بن منقذ او والده منقذ بن عمرو وصحح ابن الطلاع انه منقذ بن عمرو ورجح النووي انه حبان بن منقذ قوله
ها روي بالمد والقصر ومعناه الاخذ والعطا كقوله في حديث الربا الا ها وها والخلابة بكسر الخا المعجمة وبالبا الموحدة وهي الخديعة
وروي لا خيانة بالنون مكان الموحدة وهو تصحيف وحبان بفتح الحا المهملة وتشديد البا الموحدة ومنقذ بضم الميم وسكون النون
وكسر القاف وبالذال المعجمة بن عمرو بن مالك شهد احدا وما بعدها ومن ولده يحيى وواسع وامهما هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب
ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم وقال ابن ماكولا ومنقذ بن عمرو المازني انصاري مدني له صحبة وهو جد محمد بن يحيى بن حبان م
ولا يجوز اكثر منها ش اي من ثلاثة ايام م عند ابي حنيفة وزفر والشافعي م وقال مالك شرط الخيار على حسب ما تدعو اليه الحاجة
وذلك يختلف باختلاف الاموال فان كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة مثلا لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان
كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة ايام يجوز ان يشترط فيها اكثر من ثلاثة ايام م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م يجوز اذا سمى
مدة معلومة ش سوا كان شهرا او سنة او اكثر ولو شرط الخيار ابدا لا يجوز بالاجماع وبقولهما قال احمد م لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
انه اجاز البيع الى شهرين ش هذا غريب جدا والعجب من الاكمل انه قال ولهما حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار
الى شهرين ونفس اسناده الى ابن عمر لم يصح فكيف يرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال الاترازي وقد روي ان اصحابنا في
جامع الصغير ان ابن عمر باع بشرط الخيار شهرا وقال في المختلف روي عن ابن عمر انه باع جارية وجعل للمشتري الخيار شهرا وكل
ذلك لم يثبت واستدل الكاكي لهما بقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم م ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ش
اي التامل والتفكر م ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ش فان التاجيل في الثمن يجوز في قليل
المدة وكثيرها وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة فكذا هذا م ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو
اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص ش وهو حديث حبان بن منقذ المذكور م فيقتصر على المدة المذكورة فيه
ش اي في النص م وانتفت الزيادة ش على ثلاثة ايام م الا انه ش استثنا من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن
لو ذكر الاكثر منها واجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز ان يكون استثنا من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور
والاول اولى لقوله م خلافا لزفر ش [illegible] م وهو ش اي زفر م يقول انه ش اي ان العقد م انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا كما
اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد وكما لو نكح امراة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة
وكما لو اشترى عبدا بالف ورطل من خمر ثم اسقط رطل الخمر فانه لا يعود الى الجواز لان الباطل [illegible] م وله ش اي ولابي
حنيفة م انه ش اي ان من له الخيار م اسقط المفسد ش وهو اشتراط اليوم الرابع م قبل تقرره ش اي تقرر المفسد وثبوته لان
ثبوته يتوقف على مضي ثلاثة ايام م فيعود جايزا ش اعلم ان مشايخنا رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتدا على قول ابي حنيفة فذهب
العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الايمة
السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقول المصنف انه اسقط المفسد قبل تقرره تعليل على القول
الاول وذكر النظير لهذا بقوله م كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ش الرقم في الاصل الكتابة والختم وفي المغرب التاجر رقم الثياب
اي يعلم ان ثمنها كذا وكذا والمقصود ان يعلم البايع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال وغيره ثمن الثوب ولا يعلم
المشتري ذلك فاذا قال ابيعك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري
قدر الرقم في المجلس وقبل انقلب جايزا بالاتفاق وقوله م ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع ش تعليل على الرواية الثانية
وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد باعتبار اليوم الرابع الا ايام الثلاثة م فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل
المفسد بالعقد ش وكان صحيحا م ولهذا قيل ش متصل بقوله ولان الفساد وهو الذي قرر على مذهب الخراسانيين وهو ان
العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع على ما يقرر الان م وقيل ينعقد فاسدا ش هذا على مذهب العراقيين ثم يرتفع الفساد
بحذف الشرط على [illegible] وهذا ش اي القول بانعقاده فاسدا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط انما يستقيم م على الوجه

الاول ش اي التعليل الاول وهو قوله اسقط المفسد الى ما تم التعليل الثاني وهو قوله لان الفساد باليوم الرابع فلا يستقيم
لانه لم ينعقد فاسدا فلم يكن ارتفاع الفساد بحذف الشرط والجواب عما قاله عليه ذكر في الشامل ان الفساد في اصل
العقد وهو الابتداء لم يكن وقعه وفي مسئلتنا في شرطه فافترقا م ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما
جاز ويسمى هذا خيار النقد والقياس اي جوازه وبه اخذ زفر والشافعي ومالك واحمد لانه شرط لا يقتضيه العقد
والى اربعة ايام ش يعني لو قال ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما م لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ش قال الاترازي
ذكر المصنف قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة كما ترى وكذلك ذكر الصدر الشهيد ايضا في شرح الجامع الصغير
هذا ذكر محمد خلاف ابي يوسف في اصل الجامع الصغير وهو الذي ذكره قول ابي يوسف الاول وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي
يوسف انه رجع عن هذا القول وقال يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
المعنى قال صاحب المنظومة واضطرب الاوسط فيه فاعقل م وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر ش كما يجوز شرط
الخيار اربعة ايام او اكثر م فان نقد ش اي المشتري الثمن م في الثلاث ش اي في ثلاثة ايام في المسئلة المذكورة م جاز في
قولهم جميعا ش اي في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد م والاصل فيه ش اي في الشرا بشرط انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة
ايام فلا بيع بينهما م ان هذا ش اي الشرا بهذا الشرط م في معنى اشتراط الخيار ش لان معنى الخيار نقد الثمن على تقدير
البيع وعدم نقده على تقدير فسخ البيع فكذا هنا ان شا نقد الثمن فتم البيع وان شا لم ينقد فانفسخ البيع م اذ الحاجة مست
الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة ش اي عن المدافعة م في الفسخ ش وهذا تعليل لقوله الحاجة مست الى الانفساخ
عند عدم النقد كانه ذكر هذا جوابا لسؤال يرد عليه بان يقال لا نسلم ان الحاجة ماسة الى الانفساخ لان الحاجة تندفع بهذا
الشرا بشرط الخيار لانه اذا اشترى بالخيار ان شا اجاز وان شا فسخ ولا حاجة الى تصحيح العقد بلا حاجة فقال في جوابه هذا ال
الفسخ يكون في الشرا بشرط الخيار ولكن ليس لمن له الخيار ان يفسخ بغير حضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد فتحصل المماطلة
في الفسخ فاذا كان كذلك م فيكون ملحقا به ش اي بخيار الشرط م وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ش وهو خيار الشرط
ونفي الزيادة على الثلاث ش فكذا في الملحق وهو خيار النقد والحاصل ان ابا حنيفة مشى على اصله في شرط الخيار حيث لا يجوز عنده
اكثر من ثلاثة ايام فكذا ما هو في معناه الا اذا نقد الثمن في الثلاث فكان البيع جائزا لانقطاع المفسد م وكذا محمد ش وكذا
مر محمد على اصله م في تجويز الزيادة ش في الاصل والملحق به لان عنده يجوز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام اذا كانت المدة معلومة
فكذا ما كان في معناه م وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر ش اي اخذ في ثلاثة ايام في قوله ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا
بيع بيننا بالاثر ش اي بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما نقله الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله
بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصا قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا
بيع بيننا فاجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن احد من نظرائه خلافه م وفي هذا القياس ش اي لا احد في خيار النقد القياس
يعني النص ورد بالثلاث في خيار العقد وما ورد النص في خيار العقد في الزيادة وقال الاترازي وابو يوسف مر على اصله
على قوله الرجوع اليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الاول حيث جوز الزيادة على الثلاث في شرط الخيار ولم يجوز
ههنا لانه اتبع اثر ابن عمر وهو الذي ذكرناه ولم يجاوز حد الاثر وقيل او على ذلك اخذ بالقياس لان القياس ان لا يصح هذا
البيع اصلا كما قال زفر لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة وهي اقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل فبشرط
الاقالة الفاسدة اولى م وفي هذه المسئلة ش المذكورة م قياس اخر واليه ش اي والى هذا القياس م مال زفر وهو ش اي
هذا القياس م انه بيع شرط فيه ش اي في البيع م اقالة فاسدة لتعلقها ش اي لتعلق الاقالة م بالشرط ش وهو عدم النقد
م واشتراط الصحيح منها ش اي من الاقالة م مفسد ش للبيع م فاشتراط الفاسد ش وهو تعليق البيع الاقالة المعلقة م اولى
ش بان يفسد البيع م ووجه الاستحسان ما بينا ش يعني ان هذا البيع لا يجوز في ثلاثة ايام ايضا قياسا كما قال زفر ولكن جوزناه
استحسانا ووجهه ما بيناه وهو ان الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد كذا قاله الاترازي وقال الاكمل وجه الاستحسان
ان هذا معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان
في معناه كان ملحقا به ورد بانا لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت
المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك
فلا معتبر به وقال القاضي الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم ينقد الثمن الى
ثلاثة ايام فسد البيع ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ ثم لو كان هذا الشرط
للبائع فان اشترى رجل عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ويصير بمنزلة خيار

الشرط

الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ولو اعتقه البائع ينفذ ه
وفي المجتبى لو قال احدهما بعد البيع جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع ولو اراد واطلق فسد البيع عند ابي حنيفة ودون
والشافعي كالشرط الفاسد الملحق بالبيع الصحيح وقال ابو يوسف ومحمد واحمد يجوز كما في شرط الخيار ولو قال البائع خذه
وانظر اليه اليوم فان رضيته اخذته بالعشرة فهو خيار ولو باع على انه بالخيار على ان له ان يحلفه ويستحلف به جاز وهو على خيار ه
ولو على ان ياكل من ثمره لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن م وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب ش اي
العلة م بالمراضاة ش لكون الرضى داخلا في حقيقته الشرعية م ولا تتم ش اي المراضاة مع الخيار لان البيع به يصير علة اسما
ومعنى فيمنع ابتدا الحكم به وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه م ولهذا ش اي ولاجل كونه على ملك صاحبه م ينفذ عتقه ش اي
من البائع م ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع ش لاجل خيار البائع م فلو قبضه المشتري وهلك
في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ش وبه قال الشافعي في الوجه المشهور ومالك وفي وجه ضمنه بالثمن وهو قياس قول احمد وقال ابن
ابي ليلى لا يضمنه لانه قبضه باذن المالك فيكون امينا فلا ضمان عليه م لان البيع ينفسخ بالهلاك ش والمنفسخ به مضمون بالقيمة
وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتدا العقد عليه بها فلا تلحقها الاجازة وبقوله معنى قوله م لانه
كان موقوفا ش اي في حق الحكم م والانعقاد بدون المحل ش كانه جواب سؤال مقدر كانه قيل لم صار موقوفا فاجاب بانه لا انعقاد
للحكم بدون المحل لانه فات بالهلاك فاذا كان كذلك م فبقي مقبوضا في يده على سوم الشرا ش اي على طلب الشرا م وفيه
ش اي وفي المقبوض على سوم الشرا م تجب القيمة ش لانه مقبوض بالعقد هذا اذا لم يكن مثليا وان كان مثليا يجب المثل كذا
في شرح الاقطع وغيره وقال الكاكي وفي القيمة اذا كان المقبوض على سوم الشرا انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى
حتى انه اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك في يده لا يضمن وان قال ان رضيته اشتريته
بعشرة فذهب به فهلك يضمن قيمته وعليه الفتوى م ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شي على المشتري اعتبارا بالصحيح
ش اي بالبيع الصحيح م المطلق ش اي المطلق عن الخيار وهو البيع البات فان المبيع فيه لو هلك في يد البائع ينفسخ البيع
فكذا هذا وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلم على الصلاح اذ الصحيح التوجه دون الفاسد
قال ش اي القدوري م وخيار الشرط لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ش وهذا بالاتفاق م لان البيع في جانب
الاخر لازم ش الاخر هو البائع ومعنى لازم ثابت لتمام الرضى منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ م وهذا ش اي منع خروج
البيع عن ملك البائع عند خيار المشتري م لان الخيار انما منع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا
له دون الاخر ش يعني لم يشرع للاخر الذي ليس له الخيار لان الخيار مانع للحكم في جانب من له الخيار لا في جانب من
ليس له الخيار م قال ش اي القدوري الا ان المشتري لا يملكه اي البيع عند ابي حنيفة وقالا يملكه ش وبه قال الشافعي نفي
في قول ومالك واحمد م لانه ش اي لان المبيع لما خرج من ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا الى
مالك ولا عهد لنا به ش يعني غير معهود في الشرع فيصير كالسائبة م ولابي حنيفة انه ش اي ان الشان م لما لم يخرج الثمن
عن ملكه ش اي عن ملك المشتري م فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه ش اي في ملك المشتري لاجتمع البدلان ش اي المبيع
والثمن م في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ش يعني من حيث الحكم للمعاوضة واحترز به عن ضمان غصب المدبر لان الضمان
يجب على الغاصب اذا ابق العبد ولا يخرج المدبر عن ملك مولاه فيجتمع البدلان لان ذلك ضمان جناية لا ضمان معاوضة
فان قلت المسلم اليه ملك راس المال والمسلم فيه في ملكه قلت المسلم فيه يملكه رب السلم في ذمة المسلم اليه لان له حكم
الثمن ولهذا جاز فيه ضرب الاجل وهو كسائر البياعات فان البائع يملك الثمن في ذمة المشتري فلا يجتمع البدلان
فان قلت يرد عليكم اجتماع الاجرة والمنافع في ملك الموجر اذا شرط تعجيل الاجرة قلت لا نسلم الاجتماع لان المنافع
معدومة فكيف يكون الاجتماع بملكها المستاجر والاجتماع اذن م ولا اصل له في الشرع ش اي لا اصل لاجتماع البدلين
في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة م لان المعاوضة تقتضي المساواة ش يعني المساواة المكيفة وهي ان يدخل المبيع في
ملك المشتري والثمن في ملك البائع م ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى ش اي ليتامل ويتفكر م فيقف
على المصلحة فلو دخل في ملكه ش اي في ملك المشتري ربما كان عليه لا له م بان يكون ش اي المبيع م قريبه ش يعتق
عليه من غير اختياره م فيفوت النظر ش لان الامر يعود على موضوعه بالنقض واما الجواب عن قولهما لا نظير له نظر
في الشرع فلا يبطل ذلك بما اذا اشتري ستور الكعبة ستارة لها او عبيد حيث يزول عن ملك البائع
ولا يدخل في ملك المشتري ويبطل ايضا بالتركة المستغرقة بالدين لان التركة تزول عن ملك الميت ولا يدخل في
ملك الورثة فان قيل لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي ان لا يكون له حق الشفعة به كما لا يستحق الشفعة بدار السكنى
وكان له حق الشفعة بالاجماع قلنا انما يستحق الشفعة لانه بشرائها صار احق بها تصرفا لا انه ملكها بمنزلة العبد

الماذون اذا ابيعت وارجحه فانه يسمى الشفعة بهذا المعنى وان لم يثبت له الملك ولهذا لو اعتقه المشتري بعد
عتقه لانه صار راضيا بالتصرف فيه واقدامه على الاعتاق اسقاط الخيار منه كذا في المبسوط م قال ش اي القدوري
وان هلك في يده ش اي وان هلك المبيع في يد المشتري هلك بالثمن سواء هلك في مدة الخيار او بعدها فعليه الثمن في الوجهين
كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال زفر والشافعي في قول يهلك بالقيمة كخيار البائع وفي الاوادي عن
المختلفات عند الشافعي يجب عليه القيمة اذا هلك في المدة م وكذلك اذا دخله عيب ش اي وكذلك يجب الثمن اذا دخل
المبيع عيب في مدة الخيار فتعذر رده بلزومه الثمن لابرام العقد وقال الكرخي في مختصره واذا قبض المشتري المبيع فدخله
في يده عيب ينتقص بالقيمة من فعل المشتري او غير فعله تم البيع عليه ويلزمه الثمن وفي الايضاح اذا كان الخيار للمشتري
فحدث في يده عيب يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره لانه اذا زال المرض ارتفع المتصرف اركان لم يكن وليس له ان يفسخ
الان فيتم في الثلاث فاذا مضت الثلاث والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد م بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ش
يعني اذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع في يد المشتري في مدة الخيار تجب القيمة م وجه الفرق ش يعني بين ما اذا كان الخيار
للمشتري وهلك في يده حيث يجب الثمن وبين ما اذا كان الخيار للبائع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث تجب القيمة
م انه ش اي المبيع م اذا دخله عيب ش في يد المشتري والخيار له م يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب م
لانه ش بناء على سبب مفض اليه فانه اي الهلاك لا يعرى عن عيب يسبق الهلاك وذلك لسبب عيب فيكون البيع معيبا
حين اشرف على الهلاك فبالعيب امتنع رده م فيهلك والعقد قد انبرم ش اي والحال ان العقد قد تم ولزم ولفظ
انبرم من ابرم الامر اذا احكمه فاذا كان كذلك م فيلزمه الثمن ش اي فيلزم المشتري الثمن الذي وقع عليه
العقد م بخلاف ما تقدم ش وهو ما اذا كان الخيار للبائع فهلك في يد المشتري م لان بدخول العيب ش قبل الهلاك
م لا يمتنع الرد حكما ش اي من حيث الحكم م لخيار البائع ش اي لاجل خياره فلما لم يمتنع الرد لم يكن العقد منبرما م فيهلك
والعقد موقوف ش حينئذ فيلزمه القيمة لانه ليس بادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا ولم يلزمه الثمن لعدم ابرام
العقد وقال الكاكي ثم هذا في عيب لا يرتفع في مدة الخيار كقطع اليد واما لو كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على
خياره اذا زال في المدة فله الفسخ بعد ارتفاعه ولو لم يرتفع بعد مضي المدة لزم العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح
وعن ابي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في حصول دهن اذا النقصان اذا حصل في يد المشتري
بفعل البائع فلا يبطل خياره ان شاء رده وان شاء اجاز واخذ من البائع الارش وفي زيادة متصلة متولدة في المبيع
كالحسن والجمال وغيرهما يبطل خياره ويفسد البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يمنع الرد وهو على خياره
ولو كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه كالصبغ والخياطة وغيرهما لا يمتنع الرد بالاجماع ولو كانت الزيادة
منفصلة متولدة منه كالولد والارش والعقر والثمر واللبن والصوف يمنع الرد ويبطل الخيار ويفسد العقد
ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب والغلة والصدقة والهبة لا يمنع الرد وهو على خياره الا
اذا اختار البيع والزوائد له مع الاصل ولو اختار الرد يرد الاصل مع الزوائد عند ابي حنيفة وعندهما يرد
الاصل دون الزوائد م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد
النكاح ش هذه مسائل مترتبة على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع
ولا يدخل في ملك المشتري عند ابي حنيفة وعندهما يدخل فيتفرع هنا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم
يفسد النكاح م لانه لم يملكها ش اي لان الزوج لم يملك امرأته م لما له من الخيار فان وطئها له ان يردها ش وقال ابو
يوسف ومحمد يفسد النكاح فان وطئها لم يستطع ردها وقيل المسالة فيما اذا كانت المرأة ثيبا لانها اذا كانت بكرا
اي يملكها عن قرب وانما يجوز له ردها عند ابي حنيفة م لان الوطء بحكم النكاح ش وليس بحكم ملك اليمين حتى يسقط
الخيار م الا اذا كانت بكرا ش استثناء من قوله له ان يردها اي اذا كانت المرأة بكرا ليس له ان يردها م لان الوطء
ينقصها ش وصار بمنزلة احتباس جزء منها فان قيل هي النقصان لانه لما تزوجها فقد مكنها على الوطء واذا انقص
فقد يمكن من الرد ويكون راضيا بالنقصان قلنا لا نسلم انا لو رضي به في عقد ما باعها بل لا يبقى وللشافعي في حل وطيها
وجهان احدهما يجوز والثاني لا يجوز وهو نصه اما لو كان البيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطيها على الاقوال كلها
ويحل للبائع وطيها على الاقوال كلها وقال احمد لا يحل للبائع ايضا م وهذا ش اي المذكور الى هنا م قول ابي حنيفة
وقالا يفسد النكاح لانه ملكها ش اي لان المشتري ملك امرأته م وان وطئها لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع
الرد وان كانت ثيبا ش لانه كان مختارا الا سوا كان الوطء ينقصها او لم ينقصها لانه وطئها بملك اليمين والنكاح قد
عندهما فلا يرتفع واجمعوا انها لو لم تكن امرأته يوطئها يصير مختارا سواء نقصها الوطء او لم ينقصها لانه يحصل وطيها

بملك اليمين م ولهذه المسالة اخوات ش اي نظائر م تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار ش كما هو مذهبهما م وعدمه
ش وتبنى على عدم وقوع الملك للمشتري كما هو مذهب ابي حنيفة م ومنها ش اي من الاخوات م عتق المشتري ش بفتح الراء م على
المشتري ش بكسر الراء م اذا كان ش اي المشتري م قريبا له ش اي للمشتري م في مدة الخيار ش يعني اذا اشترى
ذا رحم محرم منه بشرط الخيار لا يعتق عليه في مدة الخيار لانه لا يملكه وخياره كما كان فان فسخ البيع عاد الى ملك البائع
وان اجازه عتق عليه ولزمه الثمن وعندهما يعتق عليه من حين الشرا لانه ملكه ويلزمه الثمن ولا يبقى خياره م ومنها ش
اي من الاخوات م عتقه ش اي عتق المشتري بفتح الراء م اذا كان المشتري ش بكسر الراء م حلف ان ملكت عبدا فهو حر
ش يعني اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر ثم اشترى عبدا بشرط الخيار لا يعتق عند ابي حنيفة في مدة الخيار لانه لم يملكه خلافا
لهما م بخلاف ما اذا قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشتراه بالخيار يعتق عليه ويبطل خياره ويلزمه الثمن بالاجماع م لانه
يصير كالمنشئ ش من الانشاء وهو الابتداء م للعتق بعد الشرا فيسقط الخيار ش لان المعلق بالشرط كالمرسل عند
وجود الشرط ولو انشأ العتق بعد الشرا بالخيار عتق وسقط الخيار فكذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ ينبغي ان ينوب عن الكفارة اذا
اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة اجيب بانه انما جعل كالمنشئ لتصحيح قوله فهو حر وليس من ضرورته تحريره عن
الكفارة بعد استحقاقه الحرية بعقد اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق ودفعه بعد الانشا للعتق لا عن الكفارة فكذلك
هذا م ومنها ش اي ومن الاخوات م ان حيض المشتراة في المدة ش اي في مدة الخيار م لا يجتزى به ش اي لا يكتفى به يعني اذا
اشترى جارية بالخيار ثلثة ايام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار فاختارها وصارت للمشتري فلا يجتزى بتلك الحيضة
م من الاستبراء ش وعليه ان يستبرئها بحيضة اخرى م عنده ش اي عند ابي حنيفة وعندهما يجتزى بها من الاستبراء م ولو
ردت ش اي الجارية يعني ان خيار المشتري فسخ العقد وعادت الجارية م بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه ش اي على البائع
م الاستبراء عنده ش اي عند ابي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده لانه لم يملكها على البائع عنده عند ابي حنيفة م
وعندهما يجب ش اي الاستبراء م اذا ردت بعد القبض ش بحكم الفسخ لان المشتري ملكها وان كان الفسخ قبل القبض
لا يجب عليه شيء وان كان الخيار للبائع ففسخ العقد فلا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه فان اجاز البيع فعلى المشتري
ان يستبرئها بعد جواز البيع والقبض بحيضة مستانفة في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي م ومنها ش اي ومن الاخوات
م اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد عنده ش اي عند ابي حنيفة م خلافا لهما ش قال صاحب النهاية
لا بد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او يكون اشترى
الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشرا ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد في مدة الخيار عنده
خلافا لهما وعلى هذا قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف الولادة وقال الاكمل رحمه الله وتقرير كلامه
اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال وانما احتجنا الى احد التاويلين
لانا لو اجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع
بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب ولا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار
قال الاترازي ظاهر كلام المصنف مشكل لان المشتراة بشرط الخيار اذا ولدت في مدة الخيار بطل الخيار ولزم
الثمن لان الولادة عيب في بني ادم وفي البهائم لا الا ان توجب نقصانا فينبغي على هذا ان تصير الجارية بالولادة في المدة ام
ولد بالاتفاق لان المبيع اذا تعيب في يد المشتري لا يمكنه ان يرده كما قبضه سليما فعلى هذا القول ان المشتراة ولدت
في مدة الخيار لكن الولادة كانت قبل القبض فلا تصير ام ولد عنده خلافا لهما وانما حملنا على هذا الاحتمال كلامه لان
الولادة اما تقع بعد القبض او قبله فللمصنف ان يقول اردت احد هذين الوجهين وقال الكاكي قوله اذا ولدت
المشتراة في المدة بالنكاح هذا اذا ولدت قبل القبض فانه ذكر في المبسوط ولو ولدت عند المشتري سقط خياره لانها
تعيبت بالولادة وتصير ام ولد له بالاجماع فهذا دليل على ان ما ذكر في المتن اذا كانت الولادة قبل القبض وعنده ان
تصير ام ولد على احد القولين وقال تاج الشريعة ايضا هذا اذا كانت الولادة قبل القبض لانها لو ولدت بعده لسقط
الخيار ويثبت الملك للمشتري بالاتفاق وتصير ام ولد له قلت لو قيل عقيب قوله لو ولدت المشتراة الى اخره يعني
قبل القبض لحصل المراد واكتفى عن تطويل الكلام م ومنها ش اي ومن الاخوات م اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع
ش يعني اشترى شيئا بعينه على انه بالخيار ثلثة ايام فقبضه باذن البائع م ثم اودعه عند البائع ش في مدة الخيار م فهلك
في يده ش اي فهلك المبيع في يد البائع م في المدة ش اي في مدة الخيار او بعدها م هلك من مال البائع لارتفاع القبض
بالرد لعدم الملك ش لان الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من
مال البائع لان مذهب ابي حنيفة انه لم يملكه المشتري م وعندهما من مال المشتري ش اي الهلاك يكون من مال المشتري

لصحة الايداع اعتبارا بقيام الملك ش لان المشتري ملكه فصار مودعا ملك نفسه فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده
لان يد المودع كيده ولو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه البائع في مدة الخيار ثم هلك في يد البائع بطل
جواز البيع او بعده بطل البيع لانه لم يكن حبسا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او بغير اذنه والثمن منقود
او مؤجل وله فيه خيار الرؤية او خيار عيب فاودعه البائع فهلك في يد البائع هلك على المشتري ولزمه الثمن الاجماع لان
خيار الرؤية وخيار العيب يمنعان وقوع الملك فصار مودعا ما ملكه بنفسه كذا في شرح الطحاوي م ومنها ش اي ومن الامور
م ولو كان المشتري عبدا مأذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده ش اي عند ابي حنيفة رحمه الله بيانه
عبد مأذون له في التجارة اشترى كر حنطة بدراهم معلومة على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم ان البائع ابراه عن الثمن فالقياس
ان لا يصح ابراؤه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان صح ابراؤه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد فاذا صح
ابراؤه بقي قول ابي حنيفة خياره على حاله ان شاء اجاز السلعة ويكون له بغير ثمن وان شاء فسخ وعاد الى البائع بغير ثمن له
وعندهما بطل خياره ولا يملك الفسخ والرد لان من مذهبهما انه ملكها ففي الفسخ والرد تمليك منه للبائع بغير بدل وهو
ليس من اهل ذلك وعند ابي حنيفة لم يملك فيكون في الفسخ والرد امتناعا عن التمليك ولو كان العقد باتا فبرئ العبد المأذون
عن الثمن لابراء البائع فليس له ان يرد السلعة بخيار الرؤية ولا بخيار العيب بالاجماع لان فيه تمليكا بغير بدل وهو ليس من
اهله ولو كان المشتري حرا والمسالة بحالها فله ان يرد بخيار الشرط وان برئ من الثمن في قولهم جميعا م لان الرد امتناع
عن التمليك ش لانه لما لم يملك الرد يكون له في الرد والفسخ م امتناع عن التمليك والمأذون له يليه ش اي الامتناع اي الرد الذي هو
الامتناع م وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه ش اي لما ملك المبيع م كان الرد منه تمليكا بغير عوض ش اي بغير ثمن فيكون متبرعا
م وهو ش اي المأذون م ليس من اهله ش اي من اهل التمليك فاذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة وعند الشافعي ان كان الملك
للبائع فكما قاله وان كان للمشتري فكما قالا م ومنها ش اي ومن الامور م اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا او خنزيرا على انه بالخيار
ثم اسلم بطل الخيار عندهما ش اي ثم اسلم المشتري بطل الخيار عند ابي يوسف ومحمد م لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم
وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ش لان المسلم لا يملك تمليك الخمر م فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ش اي والحال انه
مسلم وذكر خيار المشتري واسلامه لانه اذا كان الخيار للبائع واسلم البائع بطل البيع بالاجماع وذكر الامام التمرتاشي مسائل على
هذا الاصل منها اذا اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها اذا كان المشتري
دارا وهو ساكنها باجارة او اعارة واستدام السكنى بعد الشرط قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وابتداء السكنى اختيار
لان الدار لا تشترى للسكنى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن وعنده ليس اختيار
لانه بالاجارة او الاعارة ومنها ما لو اشترى طيبا بالخيار فقبضه ثم احرم فالطيب في يد محرم لم ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع
وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان الخيار للمشتري فاحرم البائع فللمشتري ان يرده م قال
ش اي القدوري م ومن شرط له الخيار ش سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا م فله ان يفسخ ش اي العقد م او يجيزه قال
فان اجازه بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد ش وبه قال مالك م وقال ابو يوسف يجوز وهو
قول الشافعي ش واحمد ومالك في رواية وزفر رحمهم الله م والشرط هو العلم ش وقال القدوري بغير حضرة صاحبه وقال
المصنف الشرط العلم اي علم صاحبه بالفسخ م وانما كنى بالحضرة عنه ش اي عن العلم يعني ذكر السبب واراد المسبب لان
الحضور سبب العلم وليس المراد منه الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد م له ش اي
لابي يوسف م انه ش اي ان من شرط له الخيار م مسلط على الفسخ ش اي على فسخ العقد م من جهة صاحبه ش وكل من
هو كذلك م فلا يتوقف ش فعله م على علمه كالاجازة ش فان فيها لا يشترط العلم بالاجماع م ولهذا ش اي ولاجل عدم توقف
فعله على علم صاحبه م لا يشترط رضاه ش يعني في الفسخ م وصار ش اي من له الخيار م كالوكيل بالبيع ش فان للوكيل بالبيع
ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط على البيع من جهته فكذا هاهنا م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م
انه ش اي ان الفسخ م تصرف في حق الغير ش وهو من ليس له الخيار م وهو العقد بالرفع ش اي في حق المتعاقد م ولا
يعرى عن المضرة ش اي لا يخلو عن المضرة م لانه ش اي لان الذي ليس له الخيار م عساه ش اي لعله م يعتمد تمام البيع السابق
فيتصرف فيه ش اي في المبيع نوع تصرف يظهر انه تصرف فيه بالعين م فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك ش اي بهلاك المبيع والاخرا
في كونه ضررا اهما م فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب ش اي البائع م لسلعته مشتريا ش اي مشتريا اخر وهذا نوع
ضرر فيما اذا كان الخيار للمشتري ش لانه قد تكون المدة ايام رواج بيع المبيع وهذا نوع من نفعه فاذا كان كذلك
م فيتوقف ش اي العزل م على علمه وصار كعزل الوكيل ش فانه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما اذا كان
وكيلا بالشراء وبطلان قوله فيما اذا كان وكيلا بالبيع م بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ش لانه اتمام للعقد السابق فيه

على الحضور صاحبه م ولا نقول انه ش اي ومن له الخيار م مسلط ش اي على الفسخ هذا جواب عن قول ابي يوسف انه
مسلط م وكيف يقال ذلك وصاحبه ش هو الذي لا خيار له م لا يملك الفسخ ش لعموم العقد من جانبه فكيف يملك تسليطه
عليه م ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ش بكسر اللام م ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه الخبر ش اي خبر الفسخ
في المدة ش اي في مدة الخيار م تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه ش اي ولو بلغ صاحبه م بعد مضي المدة تم العقد بمضي
المدة قبل الفسخ ش لان تمام المدة دلالة لزوم العقد واعلم ان مدار دليلهما الالزام ضرر زائد لم يرض به فاذا مات
الجموع ان نقضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص لزوم ولا في حق
غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل عن
الدابة لا يكون الزاما عليها انما اللزوم في جانب من اسقط وكلامنا في الحكم الذي يلزم على الغير ولا ما قيل الزوج ينفرد
بالرجعة وحكمها يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاما وانما
هي استدامة ملك النكاح ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وان لم يعلم به لانه يتصور بغير حضور زوجها كذا في مختصر
الاسرار ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لان المالك ازداد ملكها بالحرية حيث
زال الملك في منزل الزوج فكان لها ان تدفع تلك الزيادة برفع العقد ولا ما قيل اختيار المالك دفع عقد الفضولي
لزم العاقد بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة وان
لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع نظرا بوقت الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على
موجب خيار الشرط وهو الرد والاجازة وهو غير مرضي به من جانب الاخر فلا يلزمه الا بعلمه م ثم اعلم ان شرط الخيار
اذا كان للبائع بجواز العقد وتعوده بمعان احدها معان ثلاثة اما بقوله اجزت البيع في المدة ولا يشترط حضرة الاخر واما
بموت البائع في المدة لان الخيار لا يورث عندنا واما بمضي مدة الخيار من غير فسخ واما الفسخ فيثبت بالفعل والقول اما
القول فبقوله فسخت البيع فاذا قال ذلك انفسخ البيع بلا رضى المشتري ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ولكن يشترط
حضوره عندهما خلافا لابي يوسف واما الفعل فكما اذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كالاعتاق والبيع
والتقبيل ونحو ذلك فان العقد ينفسخ حكما حضر المشتري او لا بالاجماع واما اذا كان الخيار للمشتري فجواز العقد يثبت
بالمعاني الثلاثة التي ذكرناها وبمعان اخر سواها نحو ان يصير المبيع في يد المشتري بحال لا يملك المشتري الفسخ على
تلك الحالة كما اذا هلك المعقود عليه او تعيب في يد المشتري نقصانا يسيرا او فاحشا بفعل المشتري او بفعل البائع
او بآفة سماوية او بفعل الاجنبي او بفعل المعقود عليه بطل خياره ونفذ البيع وهذا عند ابي يوسف كذلك الا فيما
اذا حصل النقصان بفعل البائع حيث لا يبطل خيار المشتري ان شاء رده عليه وان شاء اجازه واخذ من البائع الارش
وفي المحيط اذا كان الخيار للبائع ينفذ العقد باجازته وبموته وبمضي المدة قبل الفسخ وبالاغماء والجنون وان افاق في المدة
قال الاسبيجابي انه على خياره فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج ولو ارتد بطل خياره اجماعا فلو تصرف
بحكم خياره يتوقف عند ابي حنيفة خلافا لهما واما الفسخ اما بالقول وبالفعل وهو ان يتصرف البائع تصرف الملاك في مدة
الخيار كما اذا اعتقه او دبره او كاتبه او علق عتقه بوجود الشرط او باعه او وهبه وسلم او رهن او آجر وان لم يسلم على
الاصح وهذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري اجماعا الا رواية عن محمد رحمه الله وقبض الثمن من البائع ليس باجازة في
ولكن الهبة والحوالة الا اذا له بغيره كالدراهم والدنانير ولو باع جارية بعبد على انه بالخيار في الجارية فوهبه
العبد او عرضه على البيع اجازة ولو توارى المشتري في مدة الخيار بعث اليه القاضي من يعذر وقال طحوا والا ابطله
الا ان يجيء في المدة م واذا كان الخيار للمشتري فيتفاده بما ذكرنا من الامور في حق البائع وفي التصرف تصرف م قال ش
اي القدوري م واذا مات من له الخيار ش وهذا العموم يتناول البائع والمشتري وغيرهما جميعا وقيد بموت من له الخيار
لان موت من عليه الخيار لا يبطل بالاجماع م بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه ش وبه قال مالك
م لانه ش اي لان الخيار م حق لازم حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله وانما قال حق لان حق الانسان ما يتولى اثباته واسقاطه
ولازم لان صاحبه لا يتمكن من ابطاله م ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب ش والرؤية م والتعيين ش اي وكخيار
التعيين صورته رجل اشترى عبدين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء بالف ويرد الاخر ثم مات المشتري يقوم وارثه مقامه
في خيار احدهما م ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ش وكلاهما منصوبان على انهما بدلان عن خبر ليس اي ليس الخيار
شيئا الا مشيئة وارادة ش قال تاج الشريعة لان الشارع هو الفاعل عن ملك واختيار لا عن اكراه واجبار وهي شيئته
الانسان تنقطع بموته كعقد رتبته لانها صفة ولا تبقى بعد الموصوف م فلا يتصور انتقاله ش اي انتقال الخيار لانه
ليس الا مشيئة وارادة وبما عرفنا من ان العرض لا يقبل الانتقال م والارث فيما يقبل الانتقال ش لانه خلافه عن المورث

ينتقل الى الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا
او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته والخيار ليس كذلك قيل
المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا تكون الخيار كذلك واجيب ان المنتقل هو العين وقيل المالكية
ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب ان الخيار ليس من
لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام
في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار لازمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار
المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل النقصان ينتقل من المورث
الى الوارث حتى ... من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي والخيار ثبت بالعقد
والشرط والوارث ليس بعاقد ولا بشارط لا يقال البيع بشرط الخيار ليس بلازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد
ما ذكرتم لان كلامنا في ثبوت النقل وما ذكرتم يدل على انتفائه ولو التزم فلنلزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم
في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع هذا كله خلاصة الاكمل من كلام السغناقي
وغيره فعلناه مثل ما نقله بكثيرا لفائدة م بخلاف خيار العيب ش جواب عما قاس عليه الشافعي رح لان المورث استحق المبيع سليما
وكذا الوارث ش لانه قائم مقامه فكان ذلك بمنزلة الاعيان م فاما نفس الخيار لا يورث ش لانه لا يتصور انتقاله كما ذكرنا
فلا يجري فيه الارث م وخيار التعيين هذا جواب عما قاسه الشافعي بقوله ان خيار التعيين م يثبت للوارث ابتداء لا بطريق
الارث يعني انه يبطل ذلك الخيار الاول ويحدث للوارث خيار اخر حكما م لاختلاط ملكه بملك الغير ش لانه ملك احد العبدين
مجهولا لان ملكه احدهما وقد اختلط بملك صاحبه فيثبت له التعيين لعلة مجهولية ملكه فاما ان يكون ذلك بالارث فلا
م لان الخيار لا يورث ش كما مر غير مرة فان قلت المكاتب اذا مات وخلف ولدا ولد في الكتابة ينتقل اليه الكتابة مع الاجل
والتنجيم قلت انتقال الكتابة الى الولد بسبيل السراية لا بسبيل الارث لان المكاتب لا يورث ولا يلزم خيار الصفة
وهو ما اذا اشترى على انه خباز لان فيه تغيير المال ولا يلزم الرهن والكتابة والضمان حيث تورث هذه الاشياء لان فيه
وسعة ومعنى المال وكذلك القصاص يؤول الى المال م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى وشرط الخيار لغيره
ش المراد من الغير هنا غير العاقدين حتى لا خلاف زفر م فايهما اجاز ش اي من المشتري والمشروط له الخيار م جاز وايهما
ش اي الاثنين المذكورين م نقض ش اي العقد م انتقض ش اي العقد وقال الكاكي فان قيل قوله فايهما اجاز الاخر
جملة استفهامية لا تصلح خبرا للمبتدا وهو قوله ومن اشترى فبقي المبتدا بلا خبر قلنا في المبتدا معنيان احدهما الابتداء والثاني
الشرطية فيقتضي الخبر والجزاء والجزاء هنا وقع موقع الخبر فيكون الخبر محذوفا وهو قوله جاز ويحصل هذا المعنى في ضمن الجزاء
لانه لما جاز بالاجازة لا بد وان يكون الاشتراط للغير جائزا كما في قوله تعالى الزانية والزاني وقوله فاجلدوا لا يصلح
خبرا لكونه طلبا وفي ضمنه خبر وهو وجوب الجلد المستفاد منه تقديره الزانية والزاني يجب عليهما الحد فاجلدوا انتهى
واعترض عليه بعضهم بقوله ما جواب هذا القائل زيد ابوه ونحوه وقال الاكمل قوله ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير
كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز قلت هذا له وجه وهو احسن من قول
الكاكي على ان التقدير في الاية على ما تقتضيه القاعدة الزانية والزاني يقال فيه فاجلدوا وكذلك التقدير في قول
المعترض زيد من ابوه زيد يقال فيه من ابوه وبقولنا قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد ولكن للشافعي فيه وجهان
احدهما انه يصح للغير وحده والثاني ثبت له مع العاقد وعنه في قول لا يصح وبه قال زفر رحمه الله وفي فساد البيع له
وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه البيع صحيح والشرط فاسد م واصل هذا ش اي اصل هذا المذكور من المسالة م ان
اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ولان الخيار من مواجب العقد ش اي من مقتضياته م
واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره ش لانه خلاف ما يقتضيه العقد م كاشتراط الثمن على غير المشتري ش او اشتراط التسليم
على غيره او اشتراط الملك لغيره م ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد ش اذ لا وجه لاثباته للغير
اصالة م فيقدم الخيار له ش اي للعاقد م اقتضاء ش اي من حيث الاقتضاء تصحيحا لتصرف العاقد على حسب الامكان فيجعل كانه
شرطه لنفسه م ثم جعل هو ش اي جعل من له الخيار م نائبا عنه تصحيحا لتصرفه ش اي لتصرف العاقد فكان ثبوت الخيار للعاقد
مقتضى صحة ثبوت الخيار للاجنبي وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى منزلة من المقتضي
الا ترى ان من قال لعبده حر في كفره من ثبت الملك لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من الشرا لتكفيره
للوجوه اصلا فلا يثبت تبعا لغيره ولا حاجة ان العاقد اصل من ينبه فكيف ثبت له الخيار اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير
لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد او لا ثم على الغير

كفالة

كفالة عنه لذلك واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل بطل اي
الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم منه ثبوت الاصل تبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب
الكفارة المالكية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو الثابت المطالبة والمذكور هنا
هو الثمن على الاخر وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض
فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة والدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تبعا لفرعه
وهو المحال عليه م وعند ذلك ش اي وعند ثبوت الخيار لهما م يكون لكل واحد منهما الخيار ش اي العاقد ولمن شرط له الخيار م فايهما
اجاز ش اي العقد جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما ونقض الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو
خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد وهي رواية كتاب البيوع م وتصرف الناسخ في اخرى ش ويعتبر تصرف الناسخ وهو الذي
فسخ العقد م في رواية اخرى ش وهي رواية كتاب الماذون م وجه الاول ش اي وجه اعتبار تصرف العاقد م ان تصرف
العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه م وجه الثاني ش اي وجه اعتبار تصرف الفسخ وهي رواية كتاب الماذون م ان
الفسخ اقوى لان المجاز ش بعض المبيع م يلحقه الفسخ ش فلو اجاز والمبيع هلك عند البائع م والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ش فان العقد
اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة ونوقض بما اذا اتفقا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز وفسخ الفسخ
لم لا هو اجازة البيع في المفسوخ واجيب بان هذا ليس باجازة للفسخ بل هو بيع ابتداء م ولما ملك كل واحد منهما التصرف ش
هذا كانه جواب عما يقال ان كل واحد من العاقد والاجنبي ملك التصرف فاي تصرف من التصرفين يرجح على الاخر فقال م ولما ملك كل
واحد منهما التصرف ش في الاجازة والفسخ م رجحنا بحال التصرف ش اي كل واحد اصل العاقد من حيث الملك والاجنبي من حيث
شرط الخيار فلم يترجح الا من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف وهو قوة ما للنقض بعد الاجازة والاجازة لا تنفسخ
النقض فكان النقض اولى لان ابقاء الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة ملك العاقد
عارضه في ذلك م وقيل الاول ش هو تصرف العاقد اولى م قول محمد والثاني ش هو تصرف الناسخ م قول ابي يوسف م واستخرج
على صيغة المجهول م ذلك اشارة الى الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد في ذلك اراد ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما
وانما استخرج م مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل ش اي باع الموكل م من غيره معا ش اي في حالة واحدة م فمحمد يعتبر فيه
تصرف الموكل وابو يوسف يعتبرهما ش اي يعتبر تصرفهما ويجعل المبيع مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان
ياخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار
في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد فان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع ش اي بخيار الشرط
في احد العبدين معينا م والمسالة على اربعة اوجه احدها ش اي احد الاربعة ش ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار
وهو الوجه الاول في الكتاب ش اي الجامع الصغير م وفساده ش اي وفساد هذا الوجه م لجهالة الثمن والمبيع لان الذي
فيه الخيار كالخارج عن العقد ش لانه يشبه الاستثناء لان العقد غير لازم في الذي له الخيار فيه م اذ العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم ش وهو ثبوت الحكم م فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم ش وما هو كذلك فثمنه مثله فيفسد البيع كما في البيع
بالحصة ابتداء م والوجه الثاني ش وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على ان الخيار في احدهما م وهو معنى قوله
م ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب ش اي في الجامع الصغير م وانما جاز ش اي البيع
هنا م لان المبيع معلوم والثمن معلوم ش فجاز لارتفاع الجهالة م وقبول العقد ش هذا جواب شبهة وهي ان يقال ينبغي
ان يفسد العقد في هذا ايضا لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لان العبد الذي فيه
الخيار غير داخل حكما كما اذا جمع بين حر وقن فانه لا يجوز العقد في القن وان فصل الثمن لانه جعل قبول العقد في الحر شرطا
لصحة العقد في القن فاجاب بقوله م وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر ش اي
في العبد الاخر م ولكن هذا غير مفسد للعقد م لكونه ش اي لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل
في الحكم فصار م كما اذا جمع بين قن ومدبر ش في البيع فان المدبر محل للبيع حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعه نفذ فلم يكن
شرط قبول العقد مفسدا للعقد في الاخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا في العقد
ولا في الحكم فان قلت في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا اجيب بانه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود
عليه فلا يكون مفسدا م والثالث ش اي الوجه الثالث م ان يفصل ش اي الثمن م فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة
المبيع او لجهالة الثمن ش وكل منهما مفسد للبيع م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ
ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز وكذلك الثلاثة ش اي الاثواب الثلاثة م فان كانت اربعة اثواب
فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة

م ولا يعين ش اي الذي فيه الخيار م والرابع ش اي الرابع م ان يعين ش اي الذي فيه الخيار م ولا يفصل ش اي الثمن

الى مع العين لبحار ماهو الارفق ش اي بالنظر الى الثمن م والاوفق ش اي بحاله م والحاجة الى هذا النوع من البيع ش اي الى هذا
النوع ان يشتري احد الثوبين او احد العبدين على ان ياخذ ايهما شاء بثمن معلوم م متحققة لانه ش مما يحتاج الى اختيار من يثق
به ش لخبرته م او اختيار من يشتريه لاجله ش كامراته وبنته م ولا يمكنه البايع ش بتشديد الكاف م من حمله اليه ش اي الى من يثق
او الى من يشتريه لاجله م الا بالبيع فكان ش اي اعتبار الحاجة م في معنى ما ورد به الشرع ش وهو شرط الخيار ثلاثة ايام م غير ان
هذه الحاجة تندفع بالثلاث ش اي بالثياب الثلاث م لوجود الجيد والوسط والردي فيها ش اي الحاجة الى الاختيار بالثلاث اذ
لاختلاف الاوصاف في الثياب وهي ثلاثة الجيد والوسط والردي م فيها اي في الثياب ش والجهالة لا تفضي الى المنازعة
جواب عما قال زفر والشافعي من الجهالة في وجه القياس بتقريره ان هذه الجهالة م لا تفضي الى المنازعة في الثلاث ش اي
في الثياب الثلاث م لتعين من له الخيار ش لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه من
الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة واما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سوا كانت الثياب
ثلاثة او اكثر واما الحاجة انما يتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردي م وكذا في الاربع ش اي في الثياب الاربع
لا تفضي الى المنازعة م الا ان الحاجة اليها ش اي الى الاربع م غير متحققة ش لوجود جميع الاوصاف المذكورة في الثلاث والا
في الاربعة قد يشتمل ثوبان على صفة واحدة فيحتاج الى خيار اخر فتكثر الجهالة م والرخصة ش مبتدا وقوله م ثبوتها ش
مبتدا اخر وقوله م بالحاجة ش خبره والجملة خبر المبتدا الاول م وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة ش بالجر عطفا على قوله
الحاجة حاصل المعنى جواز البيع مع الشرط رخصة وثبوتها مع الحاجة وقد انعدمت في الاربع ولكن الرخصة انما تكون بالحاجة
وعدم الافضا الى الجهالة م فلا يثبت ش اي الرخصة م باحدهما ش اي باحد المذكورين وهما تحقق الحاجة وعدم الافضا الى
الجهالة م ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين ش اشار بهذا الى بيان اختلاف المشايخ في اشتراط
خيار الشرط مع خيار التعيين منهم من قال يشترط واليه مال الكرخي م وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو
المذكور في الجامع الكبير ش فانه ذكر هذه المسالة ولم يذكر فيها خيار الشرط م فيكون ذكره ش اي ذكر خيار الشرط م على هذا الا
ش اي على اعتبار الجامع الكبير م اتفاقا لا شرطا ش اي على سبيل الاتفاق لا على سبيل الشرط وقال فخر الاسلام في جامعه والصحيح
عندنا انه ليس بشرط وهو قول محمد بن شجاع البلخي م واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث ش اي
ثلاثة ايام م عنده ش اي عند ابي حنيفة م وبمدة معلومة ش اي لا بد من توقيت خيار التعيين بمدة معلومة م ايها كانت ش
اي اي المدة كانت زايدة على الثلاث او غير زايدة بعد ان كانت معلومة م عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد كما في خيار الشرط
وقال شمس الايمة في جامعه وهو الصحيح وهو قول الكرخي وان مات المشتري في الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين
للوارث فلا يردهما الوارث وله ان يعين احدهما ويرد الاخر كذا في جامع قاضي خان وفي الذخيرة هذا اذا كان الخيار للمشتري
فان كان للبايع بان قال بعتك هذين الثوبين على اني بالخيار اعين المبيع في احدهما لم يذكر محمد هذه المسالة في بيوع الاصل ولا في
الجامع الصغير وذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا لا قياسا لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فكذا يجوز مع خيار البايع
قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا باعتبار الحاجة والبايع لا يحتاج الى هذا م ثم ذكر في بعض النسخ ش اي في بعض
نسخ الجامع الصغير م اشترى ثوبين ش اي كما هو مذكور اولا م وفي بعضها اشترى احد الثوبين حاصله ان الرواية اختلفت
في نسخ الجامع الصغير قال المصنف م وهو الصحيح ش اي قوله اشترى احد الثوبين هو الصحيح م لان المبيع في الحقيقة
احدهما والاخر امانة والاول ش هو قوله ثوبين م تجوز ش يعني مجازا لان المشتري احد الثوبين فكان من قبيل اطلاق الكل على
البعض هـ واستعاره ش

م فلو هلك احدهما ش اي احد الثوبين م او تعيب لزمه البيع فيه ش اي في الهالك او المتعيب م بثمنه ش اي الذي وقع عليه العقد
م وتعين الاخر ش اي الثوب الاخر م للامانة ش لانه انما اشترى احدهما لا غير وانما قبض الاخر ليرده على البايع اذا
تعين احدهما لا ليتملكه ولا على سوم الشرا وقد تعين احدهما هنا فبقي الاخر امانة لانه قبضه باذن البايع لا على جهة البيع فلم
يلزمه شي بسببه م لامتناع الرد بالتعيب ش تعليل لقوله او تعيب م ولو هلكا ش اي الثوبان م جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد
منهما لشيوع البيع والامانة فيهما اي في الثوبين وقيد بقوله معا لانهما لو هلكا على التعاقب تعين الاول للبيع اذا علم
السابق وان لم يعلم السابق لزمه ثمن نصف كل واحد منهما كما لو هلكا معا م ولو كان فيه ش اي في هذا البيع م خيار الشرط
له ان يردهما جميعا ش لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الاخر مشتر بشرط الخيار فيتمكن من رده كذا في المبسوط م
فلو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين ش لان خيار الشرط يبطل بموت من له الخيار للاختلاط
اي لاجل اختلاط ملكه بملك الغير م ولهذا ش اي ولاجل الباقي خيار التعيين م لا يتوقت في حق الوارث ش لانه لم يثبت له بسبيل
الارث بل لاختلاط ملكه بملك الغير فلو كان الباقي خيار الشرط لردهما الوارث جميعا م واما خيار الشرط لا يورث وقد

ذكرناه من قبل ش يعني عند قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره م ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها واخذها
بالشفعة فهو رضى ش اي الاخذ بالشفعة رضى ش لان طلب الشفعة دليل على اختياره الملك فيها ش اي في الدار التي اشتراها بالخيار
م لانه ش اي لان طلب الشفعة م ما ثبت الا لدفع ضرر الجار وذلك ش اي دفع ضرر الجار م بالاستدامة ش اي باستدامة الملك في
الدار المشتراة بالخيار م فيتضمن ذلك ش اي اختيار الملك م فيسقط الخيار سابقا عليه ش عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة
م وهذا التقرير ش الذي ذكره من قوله لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك الى اخره م يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة
ش انما قال خاصة لان عندهما يدخل المبيع في ملك المشتري فلا يحتاج الى التقرير الذي يودي الى اختيار الملك قال الامام السرخسي
وجوب الشفعة على مذهبهما ظاهر واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون
المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع فالمشتري هناك
ليس احق بالتصرف فيها م قال محمد في الجامع الصغير واذا اشترى الرجلان على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان
يرده عند ابي حنيفة وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م له ان يرده وعلى هذا الاختلاف خيار العيب وخيار الرؤية ش وقال صاحب
المحيط الخلاف اذا اشتريا غلاما ليس لاحدهما ان يرده بخيار الرؤية او بخيار العيب بدون صاحبه قبل القبض وبعد
على الخلاف المذكور وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير رجلان اشتريا غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس
للاخر ان يرده في قول ابي حنيفة وفي قولهما له ذلك م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان اثبات الخيار لهما ش اي للرجلين المذكورين
م اثبات ش اي اثبات الخيار م لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه في الخيار م وله ش اي ولابي
حنيفة م ان المبيع خرج عن ملكه ش اي عن ملك البايع م غير معيب بعيب الشركة ش لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان
البايع كان قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شا وبعده اذا اراد البعض لا يمكن الانتفاع به والخيار يثبت نظرا لمن هو له
على وجه لا يلحق الضرر لغيره م فلو رده احدهما لرده معيبا وفيه الزام ضرر زايد ش وقيد الضرر بالزايد لان في امتناع
الرد ضررا ايضا زايدا للراد لكن لما يمكن من العيب لعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من
العيب القطع والجمع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضي منه بعيب التبعيض اجيب بانه انما رضي به فهو رضى
يوفي ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البايع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل
حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البايع ليس له ان يرده بحكم خياره لكن هذا
العيب بعرض الزوال بمساعدة الاخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله م وليس من ضرورة اثبات الخيار ش جواب لهما وتقريره
ان اثبات الخيار لهما ليس من ضرورته م الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ش اي اجتماع الشريكين يعني تصور
الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما وعن ابي حنيفة في غير رواية
الاصول انه لو رد احدهما يومر الاخر برده لانه لو امتنع عن الرد كان فيه ابطال حق الاخر وليس له ذلك لان الخيار
لبشرط الرد وقد اشترطا كذا في جامع الاسبيجابي م قال ش اي القدوري م ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب ش
اي عبد حرفته الخبز والكتابة م وكان بخلافه ش اي ظهر انه ليس بخباز ولا بكاتب م فالمشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع
الثمن وان شا ترك ش وبه قال الشافعي في قول م لان هذا وصف مرغوب فيه ش وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب
فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار م فيستحق ش اي الوصف المرغوب فيه م في العقد بالشرط ثم
فواته ش اي فوات الوصف المرغوب فيه م يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه اي ما رضي بالمبيع بدون الوصف المرغوب
ش ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب
ان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا اذا شرط انها حلوب
او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البايع تحصيله ولا الى معرفته سبيل
بخلاف ما نحن فيه فان له ان يامره بالخبز والكتابة فيظهر حاله م وهذا ش اي الاختلاف في النوع كونه خبازا او غير خباز وكونه
كاتبا او غير كاتب م يرجع الى اختلاف النوع ش يعني بمنزلة الاختلاف في النوع حتى لا يفسد العقد به بل يكون للمشتري
الخيار م لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد بفواته العقد بمنزلة المذكوره ولا يوثر في الحيوانات ش كما اذا اشترى
شاة على انها نعجة فاذا هي حمل وقيد بالحيوانات لان في بني ادم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت كما اذا باع عبدا فاذا
هي جارية ويفسد به العقد م فصار كوصف السلامة ش اي فصار فوات الخبز والكتابة فيما اذا اشترى على انه خباز او كاتب
فوجد بخلافه كفوات وصف السلامة فيما اذا اشترى على انه سليم فوجده معيبا وثبت له ولاية الرد فيكون هذا الحاصل
ان الحاصل الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما في بيع عبد وهي
جارية فيفسد به العقد وان كان مما لا يوجب كان راجعا الى النوع كما في شرا النعجة فظهر انها حمل فلا يفسد العقد لكنه

يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وفي الذخيرة لو امتنع الرد لعيب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن
مقوما العقد كاتبا وغير كاتب ويبطل الى الفوات ما بين ذلك فان مثل الغش يرجع بعشر الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
لا يرجع ههنا بشي ولكن المذكور في ظاهر الرواية اصح وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في العيب
ولو وقع الاختلاف بين المشتري وبين البائع في هذه الصورة بعد ما مضى حين من وقت البيع فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال
البائع اني سلمته اليك كذلك ولكنه نسي عندك ومثله ينسى في تلك المدة فالقول للمشتري لان الاختلاف وقع في وصف
عارض اذ الاصل عدم الكتابة والخبز قال الله تعالى والله اخرجكم من بطون امهاتكم لا تعلمون شيئا ولو اشترى بقرة على انها
حبلى فولدت عنده وشرب اللبن وانفق عليها فانه يردها والولد وما شرب من اللبن لان البيع وقع فاسدا وكان في ضمانه
والمنفعة عليه ولو اشترى لحجة على انها لحجة فاذا هو معز يجوز البيع وله الخيار لان حكمهما واحد في الصدقات وكذا لو
اشترى بقرة فاذا هي جاموس ولو اشترى جارية على انها مولودة الكوفة فاذا هي مولودة بغداد او اشترى غلاما على انه فحل
فاذا هو خصي او على عكسه او على انها بغلة فاذا هو بغل او على انها ناقة فاذا هو جمل او على انه لحم ضان فوجده لحم معز او على عكسه
ففيها كلها له الخيار م واذا اخذه ش اي واذا اخذ العبد الذي اشتراه على انه خباز او كاتب فظهر بخلافه م اخذه بجميع
الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد ش يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف ش فيما تقدم

باب خيار الرؤية

ش اي هذا باب في بيان خيار الرؤية والاضافة فيه من قبيل اضافة الشيء الى
شرطه وقال تاج الشريعة من اضافة الحكم الى سببه م قال ش اي القدوري م ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ش
صورته ان يقول الرجل لغيره بعتك هذا الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذا وصفها
كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة اما هل يجوز البيع لم يذكره في المبسوط قال لكن
اطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا وقال بعضهم لا يجوز لجهالة المبيع وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز
حتى لو لم يشر ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع وفي الاسرار صورته عبد او امة متنقبة مشار اليها حاضرة له الخيار اذا
كشفت م خيار الرؤية لا يثبت الا في اربعة اشيا في الشرى والاجارة والقسمة والصلح في دعوى المال على شيء بعينه م وله
الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان البيع مجهول ش لانه لم يعرف من المعقود
عليه الا الاسم وفي الدراية وعند الشافعي ان كان جنس المبيع معلوما بان قال بعتك ما في هذا الجراب من الثياب فله قولان
وان لم يكن معلوما بان قال بعت ما في هذه الجوالق فالبيع باطل عنده قولا واحدا وفي شرح الوجيز والحلية بيع ما لم يره
البائع والمشتري يصح في القديم وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد ولا يصح في الجديد لان المبيع مجهول وفي الحلية يجوز بيع
الغائب في القول المختار وهو قول عثمان وطلحة رضي الله عنهما واختاره القفال وكثير من اصحابنا م ولنا قوله عليه السلام
ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ش هذا الحديث روي مسندا ومرسلا فالمسند
اخرجه الدارقطني في سننه عن داهر بن نوح حدثنا عمر بن ابرهيم بن خالد الكردي حدثنا وهب اليشكري عن محمد بن سيرين
عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه قال عمر الكردي واخبرني فضيل
بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله قال عمر ايضا واخبرني القاسم
بن الحكم عن ابي حنيفة رضي الله عنه عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله واما المرسل فرواه
ابن ابي شيبة في مصنفه والدارقطني ثم البيهقي في حدثنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول
رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وزاد ان شاء اخذه وان شاء تركه فان قلت استدل الشافعي باحاديث
صحاح منها ما رواه مسلم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومنها ما رواه الاربعة عن حكيم بن حزام قال قال
عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وقال الترمذي هذا حديث حسن ومنها ما رواه الاربعة ايضا عن عبد الله بن عمرو ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك وقال الترمذي
حديث حسن صحيح وقالوا حديث ابي هريرة الذي احتججتم به فيه عمر بن ابرهيم الكردي قال الدارقطني هو يضع الاحاديث
وهذا باطل لا يصح لم يروه غيره وانما يروى عن ابن سيرين من قوله وقال ابن القطان في كتابه والراوي عن الكردي داهر بن
نوح وهو لا يعرف وفي المرسل ابو بكر بن ابي مريم قال الدارقطني ضعيف قلت اما حديث ابي هريرة فان ابا حنيفة ومحمدا ذكرا
اسنادهما ذكره صاحب المبسوط وغيره من اصحابنا وهم ثقات وذكر في المبسوط ايضا ان ابن عباس والحسن البصري ان
المحصن روياه مرسلا وهو حجة عندنا والحديث الذي رواه العلماء الكبار اذا كان في طريق من طرقه منهما لا يلتفت الى
الطعن المبهم لا يقبل وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء مثل مالك واحمد وغيرهما وفي نوادر الفقها لابن بنت نعيم اجمع الصحابة
على جواز بيع الغائب المقدور على تسليمه وان للمشتري خيار الرؤية اذا رآه فان قيل بيع الابق منهي عنه فكذا الغائب

قلنا

قلنا منع بيع الابق لغيبته بل للعجز عن تسليمه كالطير في الهوا والسمك في الما والجواب عن النهي عن بيع الغرر انه لا يدرى
ايكون ام لا وعلى ما لا يقدر على تسليمه كذا قاله اهل اللغة وقال ابن حزم في المحلى اذا وصف الغائب عن رؤيته وجرى ملكه المشتري
فان الغرور ولم يزل المسلمون يتبايعون الضياع في البلاد البعيدة بالصفة باع عثمان لطلحة ارضا بالكوفة لم يرياه فقضى جبير
بن مطعم ان الخيار لطلحة وما نعلم للشافعي سلفا في منع بيع الغائب الموصوف ولا اختلاف في اللغة بان ما في ملك بايعه فهو عنده وما
ليس في ملكه فليس عنده وان كان في يده والجواب عن حديث حكيم بن حزام ان المراد من قوله ما ليس عندك عدم الملك لان تمام
الحديث يدل على ذلك وتمامه قال سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ياتيني الرجل فيسالني من البيع ما ليس عندي
ابتاع له من السوق ثم ابيعه منه قال لا تبع ما ليس عندك هكذا رواه الترمذي وغيره وفي رواية النسائي ابيعه منه ثم ابتاعه له
من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك م ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم توافقه يرده ش لانه لو لم يوافقه بعد
الرؤية رده على بائعه بلا نزاع وانما تفضي الى المنازعة لو قلنا بابرام العقد ولم نقل به م فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه
ش بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان به جهالة لا تفضي الى النزاع م وكذا
اذا قال رضيت ش وفي بعض النسخ قال وكذا اذا قال رضيت ذكر هذا تفريعا على مسالة القدوري يعني قال المشتري بعد
تمام البيع رضيت بذلك البيع على اي وصف كان م ثم رآه له ان يرده ش وهو ظاهر مذهب الشافعي وحلي في تتمتهم وجها انه
سند فاذا اشتري لا خيار له م لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا ش وهذا الحديث الذي ذكره م فلا يثبت قبله ش اي فلا يثبت
الخيار قبل الرؤية على تاويل المذكور لان المعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط فان قيل المذهب
عندنا ان المعلق بالشرط يوجد عند وجوده ولا يلزم عدمه عند عدمه لجواز ان يوجد بعلة اخرى فكيف صح قوله فلا يثبت
قبله لانه دعوى بلا دليل قلنا هذه وصية سلفناه من جهة صاحب الشرع فينتهي الى ما افضانا اليه والشرع اثبت الخيار بالرؤية
فلا يثبت قبلها ولو ثبت انما يثبت بدليل اخر فمن ادعاه فعليه البيان كذا قيل فان قيل يشكل بخيار العيب فانه اذا قال رضيت
به قبل ان رآه فلا خيار له قلنا سبب الخيار هناك العيب وهو موجود قبل العلم فيكون الخيار ثابتا ولا كذلك ههنا كما بينا
فافترقا م وحق الفسخ ش هذا جواب عن سوال مقدر يرد على قوله لان الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبله بان يقال لما لم يثبت
الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتايج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها فاجاب
بقوله وحق الفسخ ش يعني تمكنه من الفسخ م بحكم انه ش اي ان العقد بخيار الرؤية م عقد غير لازم ش لانه لم يقع منبرما لجواز
نسخه لو فقاوة وفيه الاترى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد
وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا م لا بمقتضى الحديث ش اي لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث قال الاكمل وفيه نظر
لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا الملزوم ومع ذلك ما هو شرط للازم
فهو شرط للملزوم م ولان الرضى بالشي ش جواب اخر وتحقيقه ان رضى الشخص بالشيء م قبل العلم باوصافه ش اي قبل ان يعلم باوصاف
ذلك الشيء م لا يتحقق ش لان الرضى استحسان الشيء واستحسان ما لم تعلم ماهيته غير متصور م فلا يعتبر قوله رضيت قبل
الرؤية بخلاف قوله رددت ش لانه فسخ لعدم الرضى وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضى لاستقباح الشيء واستقباح
ما لم يعلم ماهيته غير متصور لان عدم الرضى قد يكون باعتبار رابط له من انتفاء حاجته الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلائه فلا
يستلزم الاستقباح وذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا
على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف رحمه الله م قال ش اي القدوري م ومن باع ما لم يره فلا
خيار له ش صورته ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فلا خيار له وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد م وكان ابو حنيفة يقول
اولا له الخيار ش وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه لا ينعقد بيعه قولا واحدا م اعتبارا ش اي قياسا م بخيار العيب وخيار
الشرط ش اما خيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البايع الثمن زيوفا فهو بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري
اذا وجد المبيع معيبا لكن لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن واما خيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما
تقدم م وهذا ش اي ثبوت الخيار للبايع م لان لزوم العقد بتمام الرضى زوالا ش اي من حيث الزوال من جهة البيع في حق
البايع م وثبوتا ش اي من حيث الثبوت من جهة الشرا في حق المشتري م ولا يتحقق ذلك ش اي الرضى م الا بالعلم باوصاف
المبيع وذلك ش اي العلم باوصاف المبيع م بالرؤية ش فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقايق لا تحصل بالعبارة م فلم يكن البايع
راضيا بالزوال ش اي قبل الرؤية لعدم تمام الرضى م وجه القول المرجوع اليه ش وهو عدم الخيار م انه ش اي ان الخيار
م معلق بالشرا لما روينا ش وهو الحديث المذكور م فلا يثبت دونه ش اي دون الشرا ودونه المشتري فان قيل البايع مثل المشتري
في الاحتياج الى تمام الرضى فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار ان المبيع ازيد مما
كان يظنه فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبايع خيار واذا لم يكن معناه لا يلحق به فبقي المعلق بالشرط يوجد

قبل وجود الشرط لسبب اخر وههنا وجد القياس اجيب بانه ثابت بالنص على معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس مسلماه ولكن القياس
على مخالفة الاجماع باطل والاجماع في قضية عثمان وطلحة على ما ذكره بقوله م وروي ان عثمان ش هو عثمان بن عفان رضي الله عنه
م باع ارضا بالبصرة ش اي كانت الارض بالبصرة وعثمان بالمدينة م من طلحة بن عبيد الله ش التيمي احد العشرة المبشرة بالجنة م فقيل لطلحة
انك قد غبنت ش على صيغة المجهول من الغبن بالغين المعجمة وسكون الباء الموحدة النقصان في البيع اي خدعت م فقال لي الخيار لاني
اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما ش بتشديد الكاف من التحكيم م جبير بن مطعم بن
عدي ش الصحابي المشهور م فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه ش وهذا اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن وقاص ان طلحة اشترى
من عثمان مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت الحديث م وكان ذلك ش اي حكم جبير بن مطعم كان بين عثمان وطلحة م بمحضر من الصحابة
ش ولم ينكر عليه احد من الصحابة فكان اجماعا منهم ولهذا رجع ابو حنيفة حين بلغه الخبر م ثم خيار الرؤية غير موقت ش قيل انه موقت
بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية وبه قال بعض الشافعي حتى اذا وقع بصره عليه ولم يفسخه سقط حقه والاصح ما قاله المصنف بقوله
م بل يبقى ش اي خياره م الى ان يوجد ما يبطله ش لانه ثبت حكما لانعدام الرضى فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضى م وما يبطل
خيار الشرط ش كلمة ما موصولة مبتدأ ويبطل بضم الياء من الابطال صلة الموصول وخيار الشرط بالنصب مفعوله وكلمة من في قوله
م من تعيب ش للبيان اي تعيب في المبيع الذي اشتراه بخيار الشرط م او تصرف ش اي تصرف في خيار الشرط وقوله م يبطل خيار
الرؤية ش خبر المبتدأ وصورة التعيب في خيار الشرط قد مضت هناك واما التصرف في خيار الرؤية فعلى ضربين اشار الى الاول
بقوله م ثم ان كان ش اي التصرف م تصرفا لا يمكن رفعه ش يعني بعد وقوعه م كالاعتاق ش بان اعتق عبده الذي اشتراه ولم يره
م والتدبير ش بان دبره قبل رؤيته م او تصرفا ش اي او تصرف تصرفا م يوجب حقا للغير ش وهذا هو الضرب الثاني م كالبيع المطلق
ش بان باع الذي اشتراه ولم يره مطلقا يعني بدون شرط الخيار م والرهن ش بان رهن الذي اشتراه قبل الرؤية م والاجارة
ش بان اجره لاحد قبل رؤيته م يبطله ش جواب قوله ثم ان كان وجواب ما عطف عليه وهو الضرب الثاني من الضربين اي يبطل
خياره للرؤية في الضرب الاول والضرب الثاني وسواء في البطلان م قبل الرؤية وبعدها م لانه لما لزم ش اي هذا التصرف اما لعدم
امكان رفعه او لكونه موجبا حقا للغير م تعذر الفسخ فيبطل الخيار ش ضرورة عدم امكان العمل بالنص وفي شرح الاقطع لو عاد اليه
ملكه بسبب كالرد بعيب او هلاك الرهن او فسخ الاجارة لم يرد بخيار الرؤية لانه بطل بعقده فلا يعود بسبب ملكه فان قيل
بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص لانه اثبت الخيار اذا رآه قلنا ذاك فيما اذا امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات
مبنية على الملك وصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد وحكم
العقد كذا في الذخيرة م وان كان ش اي التصرف م تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار ش بان باع ما اشتراه قبل
الرؤية بشرط الخيار م والمساومة ش بان عرضه على البيع م والهبة من غير تسليم ش بان وهبه لشخص ولكن لم يسلمه للموهوب له
م لا يبطله ش جواب قوله وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير اي لا يبطل خياره للرؤية لكن ليس على الاطلاق بل انما لا يبطله م اذا
كان قبل الرؤية ش اي رؤية الشيء الذي اشتراه م لانه ش اي لان هذا التصرف م لا يربو ش اي لا يزيد م على صريح الرضى ش
وصريح الرضى لا يبطله قبل الرؤية فبدليل الرضى اولى ان لا يبطل لانه دونه م ويبطله بعد الرؤية ش لوجود دلالة الرضى
وفي المجتبى لا يبطل المشتري الا من قبل الرؤية ولا يتوقف الفسخ على القضاء والرضى بل ينفسخ بمجرد قوله رددت سواء كان قبل
المشتري او بعده لكنه لا يصح الا بمحضر من البائع عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والخلاف فيه كالخلاف في خيار
الشرط والاجارة تصح بدونه وليس في الدراهم والدنانير والديون خيار الرؤية ولو كان اناء من النقدين او تبرا
وحلي مصوغ فله الخيار ولو تبايعا عينا بعين فلهما الخيار ولو تبايعا عينا بدين فللمشتري العين خيار م قال ش اي القدوري
م ومن نظر الى وجه الجارية ش ذكر الجارية وقع اتفاقا فان الحكم في الغلام كذلك وفي الايضاح المعتبر في العبد والامة
النظر الى الوجه لان سائر الاعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه الا ترى ان القيمة تتفاوت بتفاوت الوجه مع التساوي
في سائر الاعضاء م او الى ظاهر الثوب مطويا ش اي او نظر الى ظاهر الثوب حال كونه مطويا م او الى وجه الجارية ش
اي او نظر الى وجه الجارية م او الى وجه الدابة ش اي او نظر الى وجه الدابة م وكفلها ش اي او الى كفلها م فلا خيار له ش
جواب من وما عطف عليها م والاصل في هذا ش اي في اسقاط خيار الرؤية م ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ش اي
لتعذر رؤية الجميع على التاويل المذكور وفي بعض النسخ لتعذرها فلا يحتاج الى التاويل م فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود
ش لحصول المقصود م ولو دخل في البيع اشياء ش يعني متعددة من جنس واحد بان كان لا يتفاوت احادها كالمكيل والموزون
ش اي والعددي المتقارب وقيد بقوله لا يتفاوت احادها لانه اذا كان المكيل والموزون من انواع مختلفة
م فعلامته اي علامة الشيء الواحد الذي لا يتفاوت احاده ان يعرض بالنموذج بفتح النون وبالياء الانموذج
وهو تعريب نموذه كذا في المغرب فيكتفى برؤية واحد منها ش اي من هذه الاشياء المتعددة م الا اذا كان الباقي ش

الذي ما راه م اردى مما راى فحينئذ يكون له الخيار ش اطلق المصنف الخيار وفي الينابيع يثبت له خيار العيب لا خيار الرؤية سواء
كان في وعاء واحد او وعائين مختلفين بعد ان يكون الكل في الجنس والصفة وفي جامع قاضي خان قال مشايخ بلخ برؤية احد الوعائين
لا يبطل خياره والصحيح انه يبطل لان رؤية البعض تعرف حال الباقي فان تعيب الباقي فله ان يرده وفي الذخيرة المكيل والموزون
يكتفى برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد وان كانا في وعائين فراى ما في احدهما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق اذا
راى ما راى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الاخر مثل ما راى او فوقه اما اذا وجده دونه فهو على خياره ولكن له اذا
الرد والكل م وان كان تتفاوت احادها كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد ش لان رؤية البعض لا تعرف الباقي
لتفاوت في احاده م والجوز والبيض من هذا القبيل ش اي من قبيل ما تتفاوت احاده لانه تختلف بالصغر والكبر وهو اختيار
قاضي خان م فيما ذكره الكرخي ش وميل المصنف الى انه يكتفى برؤية واحد منها ولهذا قال م وكان ينبغي ان يكون ش اي
الجوز واللوز م مثل الحنطة والشعير لكونهما ش اي لكون احادهما اي احاد الجوز واللوز م متقاربة ش فيكتفى برؤية البعض
من الباقي وفي المجرد وهو الاصح وبه قال اصحاب الشافعي رحمه الله م اذا ثبت هذا ش اي ما ذكرنا من التفصيل والتقرير م
فقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرف بالنموذج ش وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي
عنه انه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقليبها ليعرف حال باطنها والمذهب المشهور هو الاول عنده م وكذا اذا نظر
الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم ش وفي شرح المجمع المسالة معروفة
في الثوب الذي لا يتفاوت ظاهره وباطنه حتى لو كان يتفاوت لا بد من رؤية ظاهره وباطنه م والوجه هو المقصود في الادمي ش اي
العبد والامة حتى لو نظر الى غيره لا يبطل خياره وعند الشافعي لا بد في العبد من رؤية الوجه والاطراف ولا يجوز رؤية
العورة وفي باقي البدن ذكره في التهذيب لانه لا بد من رؤيته في اظهر الوجهين وفي الامة له وجوه احدها يعتبر رؤية ما
يرى من العبد والثاني رؤية ما يبدو عند المهنة والثالث يكفي رؤية الوجه والكفين وفي رؤية الشعر وجهان وفي التهذيب
اصحهما يشترط ولا يشترط رؤية اللسان والاسنان في اصح الوجهين كذا في شرح الوجيز وفي الغاية الاولى تحكيم العرف
م وهو ش اي الوجه م والكفل في الدابة يعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره ش اي غير المقصود حتى لو راى
سائر اعضائه دون الوجه يبقى على خياره وفي بعض النسخ دون غيرها اي غير الثلاثة وهي الوجه في الادمي والكفل في الدواب
والاول اصح م وشرط بعضهم رؤية القوائم ش اي شرط بعض المشايخ رؤية قوائم الدابة م والاول ش هو رؤية الوجه
والكفل هو المروي عن ابي يوسف ش ورواها بشر عنه وعن ابي يوسف يعتبر في الدواب عرف التجار وهو رواية المعلى عنه
وعن محمد يكفي رؤية الوجه اعتبارا بالعبد والامة وعند الشافعي لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم ويجب رفع السرج
والاكاف والجل وعند بعض اصحابه انه لا بد ان يجري الفرس بين يديه ليعرف سيره كذا في شرح الوجيز م وفي شاة
اللحم ش وهي الشاة التي تشترى للذبح لاجل اللحم م لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به ش اي بالجس ليعرف انها
سمينة او مهزولة م وفي شاة القنية ش وهي الشاة التي تحبس في البيت لاجل النتاج وفي المغرب قنوت المال جمعته
قنوا وقنوة واقتنيته اتخذته لنفسي قنية اي للنسل لا للتجارة وقال الجوهري قنوت الغنم وغيرها قنوة وقنوة و
قنيت ايضا قنوة اذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة م لا بد من رؤية الضرع ش وفي الذخيرة لا بد من النظر الى ضرعها
وسائر جسدها م وفيما يطعم لا بد من الذوق لان هذا ش اي الذوق هو المعرف للمقصود ش وفي بعض النسخ لان ذلك اي
الذوق م قال ش اي القدوري م وان راى صحن الدار ش قال الجوهري صحن الدار وسطها م فلا خيار له وان لم يشاهد
بيوتها وكذلك ش اي لا خيار له م اذا راى خارج الدار او اشجار البستان من خارج ش لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية
كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا
كما في سمرقند م وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت ش وبه قال ابن ابي ليلى وعند الشافعي لا بد مع ذلك من رؤية السقوف
والسطوح والجدران خارجا وداخلا ورؤية المستحم والبالوعة وبه قال الحسن بن زياد وقال في شرح الاقطع والصحيح ما
قاله زفر م والاصح ان جواب الكتاب ش اي القدوري م على وفاق عادتهم ش اي عادة اهل الكوفة او اهل بغداد في زمن
ابي حنيفة م في ابنيتهم فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ واما اليوم ش اي في ديارنا م فلا بد من الدخول ش كما قال زفر
في داخل الدار للتفاوت ش لقلة المرافق وكثرتها م والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل ش وهو الصحيح اليوم وفي المحيط
والذخيرة بعض مشايخنا قال في الدار يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى لو كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان
تشترط رؤية الكل ولا تشترط رؤية صحن الدار وفي البستان يسقط الخيار برؤية خارجه او رؤس الاشجار في ظاهر الرواية
وانكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال بان المقصود من البستان باطنه فلا يبطل برؤية خارجه كذا في شرح المجمع وفي جامع قاضي
خان في الكرم لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار وفي المحيط هذا عندهم واما في بلادنا لا بد من رؤية اصل الكرم وفي عنب الكرم

لابد ان يرى من كل نوع شيئا وفي النخل كذلك وفي الرمان من الحلو والحامض وعند الشافعي في البستان لابد من رؤية الاشجار
والجدران ومسايل الما لا رؤية اساس البستان وعروق الاشجار ونحوها وفي رواية طريق الملك ومجرى الما الذي يدور
الرحى طريقان كذا في شرح الوجيز اشترى دهنا في زجاج فنظر الى الزجاج لا يكفي ذلك حتى يصبه على الكف عند ابي حنيفة
وبه قال اصحاب الشافعي وعن محمد انه يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ونظر
الوكيل كنظر المشتري صورة الوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلي في قبض المبيع او وكلتك بقبضه حتى لا يرده الا
عن عيب ش اذا ظهر فيه اي من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان قد علم يجب ان يبطل خيار العيب لذا ذكره الفقيه ابو جعفر والصحيح
ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم او لم يعلم هكذا في الجامع الصغير لفخر الاسلام البزدوي م
ولا يكون نظر الرسول كنظره ش صورته ان يقول كن رسولي بقبضه او قال ارسلتك بقبضه او قال قل لفلان ان يدفع المبيع
اليك والفرق بين الوكيل والرسول ان الوكيل لا يضيف العقد الى موكله بل العقد بالاستبداد والرسول لا يستغني عن الاضافة
الى المرسل وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر بان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار م وهذا اي عدم كون نظر الرسول
كنظره م عند ابي حنيفة وقالا هما سوا ش اي الوكيل والرسول سوا م وله ش اي للمشتري م ان يرده ش اي المبيع اذا
راه فان شا اخذه وان شا رده م قال ش اي المصنف م معناه الوكيل بالقبض ش اي معنى قوله في الجامع الصغير ونظر
الوكيل كنظر المشتري م الوكيل بالقبض م فاما الوكيل بالشرا فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع وليس للوكيل اذا راى ان يرد
لان حقوق العقد راجعة الى الوكيل بالشرا م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه توكل بالقبض ش اي ان الوكيل بالقبض توكل
اي قبل الوكالة للقبض م دون اسقاط الخيار ش فلا يتعدى الحكم من القبض الى ابطال الخيار م فلا يملك ما لم يتوكل به ش الى
ابطال الخيار ليس من القبض م وصار كخيار العيب ش اي صار هذا كمن اشترى شيئا ثم وكل بقبضه فقبض الوكيل معيبا
راضيا بعيبه لم يسقط خيار العيب للموكل م والشرط ش اي وصار كخيار الشرط كمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه
لم يسقط خيار الموكل م والاسقاط قصدا ش صورته ان الوكيل بالقبض اذا قبضه مستورا ثم راه واسقط منه الخيار قصدا
لا يسقط الخيار عن الموكل وقوله قصدا احتراز عن الاسقاط الضمني فانه يملك بقبض المبيع م وله ش اي ولابي حنيفة م
ان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه ش اي الوكيل م وهو يراه وناقص ش اي وقبض ناقص وهو ان يقبضه مستورا
وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضى م وهذا ش اشارة الى تنوعه بالنوعين م لان تمامه ش اي تمام القبض م بتمام الصفقة
ولا تتم ش اي تمام الصفقة م مع بقا خيار الرؤية لان تمامها بتناهيها في اللزوم بحيث لا يرد الا برضا او قضا وخيار الرؤية
والشرط يمنعان من ذلك م فالموكل يملكه ش اي يملك القبض م بنوعيه ش اي بنوعي القبض م فكذا الوكيل ش اي فكذا وكيله
يملكه بنوعيه م لاطلاق التوكيل ش عملا بالاطلاق وقوله اذا قبضه مستورا جواب عما يقال لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه
قبضا ناقصا ثم راه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص
لا محالة فاجاب بقوله م واذا قبضه ش اي الوكيل م مستورا انتهى التوكيل بالناقص ش اي بالقبض الناقص م منه ش اي
من القبض م فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لانه لم يفوض اليه الابطال قصدا وانما يثبت له الابطال بمقتضى تمام
القبض ومتى ما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به فليس له بعد ذلك ابطال الخيار م بخلاف خيار العيب ش جواب عن قولهما
فصار كخيار العيب م لانه لا يمنع تمام الصفقة ش لانه لم يشرع تتميما للقبض بل لتسليم الجز الفايت م فيتم القبض مع بقائه
ش اي بقا الخيار م وخيار الشرط على الخلاف ش هذا جواب عن قولهما والشرط اي وكخيار الشرط بيانه ان خيار الشرط لا
نسلم انه متفق عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار ثم وكل وكيلا بقبضه فقبضه بعدما راه فهو على
هذا الخلاف وقالوا الاصح ان قوله وخيار الشرط على الاختلاف ولا نص عن خيار الشرط عن ابي حنيفة كذا قالوا في شرح
الجامع الصغير فعلى هذا المنع ويقال لا نسلم ان خيار الشرط يصلح ان يكون متفقا عليه لانه ليس فيه نص على الاتفاق فيه بل
يجوز ان يكون الحكم فيه ايضا كما في خيار الرؤية م ولو سلم ش اي بقا الخيار م فالموكل لا يملك التام منه اي لا يملك القبض التام
منه اي في القبض لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقا خيار الشرط م فانه ش اي فان الخيار م لا يسقط بقبضه
لان الاختيار ش وهو التروي والتفكر م وهو المقصود بالخيار يكون بعده ش اي بعد القبض م فكذا لا يملكه وكيله وكلا
الرسول لانه لا يملك شيئا ش من القبض لا التام ولا الناقص م وانما اليه تبليغ الرسالة ش فيملك اما الرسالة على
اكمل الوجوه م ولهذا ش اي ولاجل كونه مبلغا للرسالة فقط م لا يملك القبض ش اي القبض من الثمن اذا كان رسولا
بالبيع ولا قبض المبيع اذا كان رسولا في الشرا وفي بعض النسخ لا يملك التسليم مكان القبض اي تسليم المبيع او الثمن اذا كان
الحالتين م قال ش اي القدوري م وبيع الاعمى وشراؤه جايز ش وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وفي قول لا يجوز
وهو اختيار المزني وهذا الخلاف فيمن هو اعمى وقت العقد ولم يكن بصيرا اما اذا كان بصيرا فعمي بعد ذلك لا خلاف في جوازه

قوله الخيار اذا اشتراه لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل اي في اول الباب ان شرا ما لم يره جائز وان له الخيار والاعمى
كالبصير الذي يشتري ما لم يره فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار كالبصير ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه
اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له ش وفي الجامع العتابي
الوصف في العقار ان يقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفة العقار م لان الوصف يقام مقام الرؤية ش
وقيل يمس الحايط والباب م كما في السلم ش يعني ان الوصف يقوم مقام المسلم فيه وان كان المسلم فيه معدوما للعجز وللعجز في
حق الاعمى الزم لان رؤية المسلم فيه ممكن اما رؤية الاعمى غير ممكن فيقوم الوصف مقام الرؤية في حقه بالطريق الاولى م
وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه فقال قد رضيت يسقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في
موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجرا الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج
وقال الحسن ش ابن زياد م يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه ش فيصير رؤية الوكيل كرؤيته قال المصنف م وهذا ش اي قول
الحسن م اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر انفا ش اي في المسالة المتقدمة م قال ش اي محمد في الكتاب
م ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية للاخر للتفاوت في
الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام ش وتفريق الصفقة منهي
بالاجماع م وهذا ش توضيح لما قبله م لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ش اي بعد القبض يعني فيما
اذا قبضه مستورا قال الكاكي كذا قيل ولا حاجة الى هذا لان خيار الرؤية يبقى الى ان يوجد ما يبطله م ولهذا ش اي ولاجل
كون الصفقة غير تامة م يتمكن ش اي المشتري م من الرد بغير قضا ولا رضى ويكون فسخا من الاصل ش اي يكون الرد بخيار الرؤية
فسخا من الابتدا لعدم تحقق الرضى لعدم العلم بصفات المعقود عليه فلا يحتاج الى القضا والرضى بخلاف خيار العيب بعد القبض
فانه لا يرد الا بالرضى او القضا لتمام البيع وعند الشافعي في خيار العيب بعد القبض كذلك هو فسخ من الاصل ايضا م ومن مات
وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا ش خلافا للشافعي م وقد ذكرناه في خيار الشرط ش اي فقد ذكر
بطلان خيار الرؤية بالموت في باب خيار الشرط م ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي راه فلا
خيار له لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته ش اي بفوات العلم باوصافه م يثبت له الخيار الا اذا كان
لا يعلم انه مرئية ش اي لا يعلم انه هو الذي راه وكله الاستثنا من قوله فلا خيار له م لعدم الرضى به ش اي لا يكون راضيا
به وفي فتاوى الصغرى صورتها بانه اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان راه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي يثبت
له خيار الرؤية وصورته في الخلاصة رجل راى جارية عند رجل فساومه بها ولم يشترها ثم راها بعد ذلك بمدة بنقيعها
فاشتراها منه متنقبة ولم يعلم اي التي هي راها فله الخيار لعدم الرضى م وان وجده متغيرا ش اي وان وجد ما راه قبل
الشرا متغيرا عما راه م فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير ش بان قال المشتري
قد تغير وقال البائع لم يتغير م فالقول للبائع لان التغير حادث ش لانه انما يكون بحدوث عيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض
والمشتري يدعيه والبائع ينكر ويتمسك بالاصل م وسبب اللزوم ش اي لزوم العقد وهو الرؤية السابقة او البيع
البات الخالي عن الشروط المفسدة او رؤية جز من المعقود عليه م ظاهر ش فالقول قول من يتمسك بالظاهر وذكر بعض
اصحاب الشافعي ان القول للمشتري م الا اذا بعدت المدة ش استثنا من قوله فالقول قول البائع م على ما قالوا اي
المشايخ الجيد كون القول قول المشتري م لان الظاهر شاهد للمشتري ش لان الشي قد يتغير بطول الزمان ومن
له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وفي المبسوط فان بعدت المدة بان راى جارية شابة ثم اشتراها
بعد عشر سنين زعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشتري وبه يفتي صدر الشهيد والامام ظهير الدين المرغيناني وبه
قال الشافعي م بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية ش متصل بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المبيع
فالقول قول المشتري م لانها ش اي لان الرؤية م امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له ش مع يمينه م قال ش
اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى عدل زطي ولم يره ش العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل في الناس
وفي المغرب جيل من الهند منسوب اليهم الثياب الزطية وقيل جيل من الناس يسود اهل العراق ومن اشترى عدل زطي ولم
يره الخ م وقبضه وهو مراد المصنف ايضا وقيده بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع او هبة
فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب ش ذكر الضمير او لا في قوله منه وانثه ثانيا بقوله لم يرد شيئا
بالاول لفظ العدل وبالثاني معناه م وكذلك خيار الشرط ش بان اشترى عدل زطي بخيار الشرط وقبضه وباع ثوبا منه او
وهبه لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة ش على البائع م قبل التمام ش وتفريق الصفقة قبل
التمام لا يجوز كما في ابتدا الصفقة م لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها ش اي تمام الصفقة لان تمامها بالرضى ولا رضى

مع وجودهما م بخلاف خيار العيب ش هذا جواب عن قوله لا يمنع خيار رؤية م لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض ش يريد
به لان قبل القبض لو وجد عيبا في ثوب منها يردها وانما بعد القبض فلا يرد الا المعيب خاصة م وان كانت ش واصل بما قبله
اي وان كانت الصفقة م لا تتم قبله ش اي قبل القبض في خيار العيب م وفيه ش اي وفي المقبوض م وضع المسئلة ش اي مسئلة
الرطل م ولو كان ش اي الثوب م المبيع ش اي المشتري م بسبب هو فسخ ش كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء
الرجوع في الهبة م فهو ش اي المشتري م على خيار الرؤية ش لارتفاع المانع من الاصل م كذا ذكره شمس الائمة السرخسي ش رحمه الله
م وعن ابي يوسف ش وهو رواية علي بن محمد عنه انه م اي ان خيار الرؤية م لا يعود بعد سقوطه ش لان الساقط لا يعود كخيار
الشرط وفي فتاوى قاضي خان وهو الصحيح م وعليه ش اي على ما روي م اعتمد القدوري رحمه الله فرع اشترى شيئا مغيبا في
الارض كالجزر والبصل والثوم واصول الزعفران وما اشبه ذلك يجوز وبه قال مالك واحمد والشافعي لا يجوز وله
الخيار اذا راى جميعه ورؤية بعضه لا تبطل الخيار بكل حال عند ابي حنيفة وقالا رؤية بعضها كرؤية كلها فافهم

باب خيار العيب

ش اي هذا باب في بيان احكام خيار العيب واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه
وقال الجوهري العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع اي صار ذا عيب وعبته انا يتعدى ولا يتعدى فهو
معيب ومعيوب ايضا على الاصل وتقول ما به معابة ومعاب اي عيب وفي المبسوط العيب ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة
م واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده ش لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة
اي سلامة المعقود عليه م فعند فواته ش اي فوات وصف السلامة م يتخير ش اي المشتري كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به ش
والضرر مدفوع شرعا م وليس له ش اي للمشتري م ان يمسكه ش اي المبيع الذي اطلع فيه على عيب م ويأخذ النقصان ش اي نقصان
العيب وبه قال الشافعي وقال احمد له اخذ الارش لانه ظهر على نقصان العيب اما الثمن او الارش وليس له ذلك لان الثابت
لان العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة ولبس السواد والسن
الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر والبخر
في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف فلا يصح ان يأخذ النقصان م لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ش لان الثمن انما
يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني كيلا يؤدي الى مزاحمة المبيع الاصل
فتعين الثالث وانما قال م بمجرد العقد ش احترازا عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما اذا ضرب الدابة فاعورت
او صارت معيبا او قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول وحكما بان يمتنع الرد
بحق البائع بالعيب او بحق الشرع كالجناية فان له قسطا من الثمن حينئذ وعن هذا قلنا ان من اشترى شاة او بقرة فحلبها
لبنها ثم علم بعيبها لا يردها بالعيب ولكن يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعي يردها بالعيب بجميع الثمن ولكن ذكر
في كتبهم ان الشافعي قال في القديم يثبت له الرد وقال في الجديد لا يثبت له الرد م ولانه ش دليل اخر على عدم جواز
امساكه واخذ النقصان اي ولان البائع م لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى ش في العقد م فيتضرر به ش اي بزوال
ملكه باقل من المسمى م ودفع الضرر ش جواب عما يقال ان المشتري ايضا يتضرر باخذ المبيع المعيب فاجاب بقوله
ودفع الضرر م عن المشتري ممكن بالرد ش اي برد المبيع م بدون تضرره ش اي تضرر البائع قيل البائع اذا باع معيبا
فاذا هو سليم البائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار
لهما او عدمه لهما اجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له
الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فثبت له الخيار
م والمراد به عيب كان عند البائع ش هذا كلام المصنف يوضح به قول القدوري واذا اطلع المشتري على عيب الخ
هذا من كلام القدوري فقال المصنف والمراد به ش اي بالعيب الذي ذكره القدوري عيب كان عند البائع م ولم يره
المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك ش اي رؤية العيب عند احدى الحالتين م رضى به ش اي بالعيب دلالة
والاصل في هذا الباب ما قاله البخاري ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى
محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال في الصحيح قال قتادة الغائلة
الزنا والسرقة والاباق والمشتري هو رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ترى وروى ابن شاهين في معجمه عن ابيه قال
حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد المجيد بن وهب ابو وهب قال قال لي العداء
بن خالد بن هوذة الا اقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد
رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم فالمشتري هو العداء كما ترى واثبت في الغايب
المعجم وفي المغرب الصحيح ان المشتري كان العداء والبائع هو رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال تاج الشريعة المشتري

رسول الله

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما ذكره في شرط الصك وشروط الطحاوي وتابعهما في ذلك الحاكم السمرقندي قلت
رواية ابن شاهين تدل على ان المشتري هو العداء وكذلك الترمذي لفظه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من
محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه الحديث ولذلك رواه النسائي وابن ماجه وكلهم اتفقوا على ان البائع
هو النبي صلى الله عليه وسلم والمشتري العداء ووقع عند البخاري بالعكس فقيل ان الذي وقع عنده مقلوب وقيل
هو صواب وهو من الرواية بالمعنى لان اشترى وباع بمعنى واحد ولزم من ذلك تقديم اسم رسول الله صلى الله عليه
وسلم على اسم العداء وشرحه ابن العربي على ما وقع في الترمذي فقال فيه البداية باسم المفضول في الشروط اذا كان هو
المشتري والعداء بفتح العين وتشديد الدال المهملتين ممدود وكان اسلم بعد الفتح وبعد حنين وبقي الى زمن
يزيد بن المهلب وكان يسكن البادية وقد استقصينا الكلام فيه في شرحنا للبخاري وقال الخطابي الداء ما يكون بالرقيق
من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام والبرص ونحوها من الافات والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يشتري من
لا عهد له ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في البيع من عيب وقال الزمخشري في الفائق الغائلة
الخصلة التي تغول المال اي تهلكه من اباق وغيره انتهى تفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة المرض في الجوف
والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف من الكبد والرئة وروي عن ابي يوسف قال
الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون كذا في المبسوط والخبثة
بكسر الخاء المعجمة وسكون الباء الموحدة وفتح الثاء المثلثة وقال ابن التين احد شراح البخاري ضبطناه في اكثر الكتب بضم الخاء
وكذلك سمعناه وضبط في بعضها بالكسر وقال الخطابي خبثة على وزن خيرة قيل اراد بها الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب وقيل
المراد الاخلاق الخبيثة كالاباق ثم وجه الاستدلال بهذا الحديث ان فيه تنصيصا على ان البيع يقتضي سلامة المبيع من العيب
قال ش اي القدوري اراد بهذا بيان معرفة العيوب لانه قال اولا اذا اطلع المشتري على عيب الى اخره يحتاج الى معرفة العيوب
فبين العيب بحد الكلي وهو قوله م وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب ش هذا ضابط كلي يعلم به العيوب الموجبة
للخيار على سبيل الاجمال م لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله ش وفي الذخيرة
في كل شيء يرجع الى اهل الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب وان لم يوجب نقصانا في العين ولا في منافعها م قال ش اي
القدوري م والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير ش انه كان يفعله طبعا لا عادة وذلك عيب فيه ما لم يبلغ
ش هذه الاشياء الثلاثة عيب في الصغير الذي لم يبلغ فان ابق الصغير الذي يعقل من مولاه ما دون السفر من المصر الى
القرية او بالعكس فهو عيب لانه يفوت المنافع على المولى واذا بال في الفراش وهو صبي يأكل وحده ويشرب وحده فذلك
عيب واذا سرق درهما من مولاه او من غيره فكذلك لاخلاله بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام
والاقل من سرقته من مولاه وغيره الا في المأكولات للاكل فان سرقها من مولاه فليس بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء
في الصغير عند البائع والمشتري في صغره فهو عيب يرده به فاذا بلغ ليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ش اي حتى
يعاوده عند البائع بعد البلوغ ثم عاوده عند المشتري حاصله اذا وجد من الصغير احد هذه الاشياء في صغره ثم بيع
فبلغ في يد المشتري ثم وجد احد هذه الاشياء في يده لا يعتبر ذلك عيبا لاختلاف الحالة الا اذا عاوده بعد البلوغ
في يد البائع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون ذلك عيبا لاتحاد الحالة وقد نص الكاتبي في المحيط وشراح الطحاوي
على اشتراط المعاودة عند البائع وفي الكفاية وشرح قاضي خان المعاودة في يد البائع ليست بشرط للرد فان هذه
الافعال من عادة الصبيان فاذا امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيبا ولا يرد به فان عاوده تبين انه عيب وقد اوضح
المصنف كلام القدوري المذكور بقوله م ومعناه ش اي ومعنى ما قاله القدوري م اذا ظهرت ش اي الاشياء المذكورة
م عند البائع في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه ش اي لان الذي حدث من هذه الاشياء م عين ذلك
ش اي عين ذلك الذي حدث عند البائع م وان حدث بعد بلوغه ش يعني عند المشتري م لم يرده لانه غيره ش اي غير
الذي عند البائع م وهذا ش اشارة الى ايضاح بيان الفرق بين الحالتين المذكورتين م لان سبب هذه الاشياء ش اي الاباق
والبول في الفراش والسرقة م يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغير لضعف المثانة وفي الكبير لداء في الباطن
والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغير لقلة المبالاة وهما ش اي الاباق والسرقة بعد الكبر م لخبث في الباطن
ش وفي المبسوط الاباق في الصغر سببه سوء الادب وحب اللعب وبعد البلوغ سببه التمرد وقلة المبالاة والبول والسرقة قبل
البلوغ لقلة التامل في عواقب الامور وبعد البلوغ سببها التمرد ولهذا يجب على البائع ما لا يجب على الصبي وفي الايضاح السرقة
والبول في الفراش قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا
الاباق وفي الذخيرة ان كانت السرقة اقل من عشرة دراهم عيب لان السارق لا يأمن السارق على مال نفسه وفي ذلك العشرة

وما دونها سوا وقيل ما دون الدرهم وهو فلس او فلسان ليس بعيب وما دون السفر عيب عند المشايخ كابا ثمه

لكن تكلموا هل يشترط الخروج من المدينة فقيل شرط حتى لو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى المصر وكذا من

العسكر والبول في الفراش انما يكون عيبا اذا كان صغيرا ابن خمس سنين وقال الشافعي الاظهر في البول اعتبار الاعتياد اذا كان

غير اوانه واما في الصغير فلا وقدره في المهذب بما دون سبع سنين كذا في شرح الوجيز وهو ظاهر قول مالك واحمد وعندنا

الكل عيب عند علمائنا الثلاثة في المعاودة سوا كان ذلك قبل البلوغ او بعده م والمراد من الصغير من يعقل ش اي المراد من

قوله الصغير في الصغير عيب الصغير الذي يعقل وقال في التحفة الصغير الذي لا يعقل وجوده ليس بعيب من الاشياء

المذكورة ونعلم من الذي يعقل هو الذي ياكل وحده م واما الذي لا واما الصغير لا يعقل فهو ضال لا ابق فلا تحقق

ش يعني لا يترتب عليه حكم الابق لانه ضال اي تايه م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م والجنون في الصغير عيب ابدا ش

قاله محمد وقال المصنف رحمه الله م معناه ش اي معنى ما قاله محمد م اذا جن في الصغير في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري

فيه ش اي في الصغير او في الكبير ش اي عاوده في الكبر م يرد لانه عين الاول ش الذي وجد عند البايع م اذ السبب في الحالين

ش اي في الحال الذي كان عند البايع والحال الذي كان عند المشتري وليس مراد محمد ان عين الجنون لا يزول بل اراد به

وهو الفساد المتمكن فيكون عيبا ابدا في اي وقت ظهر فهو من ذلك السبب فلم يكن عن عيب حادث وفي المحيط تكلموا في مقدار

الجنون قيل ساعة عيب وقيل اكثر من يوم وليلة وقيل المطبق دون غيره وقال الاسبيجابي ظاهر الجواب انه لا يشترط

في يد المشتري وقيل يشترط وهو الصحيح وقيل يشترط بلا اختلاف بين المشايخ في عامة الروايات م وهو فساد الباطل

في محل العقل قيل معدن العقل القلب وشعاعه الى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع من الدماغ والذي قاله

العقل جوهر مضي خلقه الله في الدماغ وجعل نوره في القلب يدرك به المغايبات بالوسايط والمحسوسات بالمشاهدة

وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله عز وجل قادر على ازالته ش ولم يكن من ضرورة وجوده يوما

بمعاودة الحال م وان كان يلزم ولو فلابد من المعاودة للرد ش اي لاجل الرد وقد ذكرنا انما قاله المشايخ من الاختلاف

وقيل المصنف الى قول من يشترط المعاودة كما صرح به فان قلت قال فخر الاسلام قول محمد في الاصل الجنون عيب ابدا

مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا يدل نصا على انه لم يشترط فيه المعاودة في يد المشتري فكيف يقول المصنف وليس معناه

قلت لا يلزم من عدم ذكره اشتراط المعاودة في هذا الموضع انه لا يشترطها اصلا فانه قال وان طعن المشتري باباق او جنون

يعلم القاضي ذلك وانه لا يستحلف البايع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن عنده وقد اشترط المعاودة في

كما مر في اشتراطه في الاباق م قال ش اي القدوري في مختصره م والبخر ش البخر رائحة منتنة من الفم وكل رائحة ساطعة

بخر ما خرج من بخار القدر او بخار الدخان وهذا البخر الذي يخرج من ذلك كذا في المغرب م والدفر ش بالدال المهملة والفاء

القاف نتن الابط وفي الجمهرة الدفر النتن رجل ادفر وامراة دفراء ويقال للمراة يا دفار وقد سميت

ودفره بسكون الفاء وفتحها واما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب او نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك اذفر

الحاكي السماع هنا بالدال غير المعجمة وفي شرح الوجيز المراد من البخر الذي هو عيب هو الناشي عن تغير المعدة دون ما يكون

في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيف م عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما ش اي البخر والدفر م

يخلان به ش اي بالاستفراش م وليس بعيب في الغلام ش اي وليس كل واحد من الدفر والبخر بعيب في الغلام م لان المقصود

هو الاستخدام ولا يخلان به ش اي لا يخل البخر والدفر بالاستخدام وفي الغاية وقيل اذا كان العبد امرد يكون البخر فيه عيبا

ان الامرد وغيره سوا كذا في خلاصة الفتاوي م الا ان يكون ش كل واحد من البخر والدفر م من دا ش والدا عيب ش في الغلام

الشافعي البخر والدفر عيبان في الغلام ايضا م قال ش اي القدوري م والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان

المقصود في الجارية هو الاستفراش وطلب الولد ش يعني كون الجارية ولدا للزنا يخل بمقصود المولى وهو الاستيلاد فانه

يعير امه اذا كانت ولد الزنا م ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له ش اي للغلام م على

ما قالوا ش اي المشايخ م لان اتباعهن ش من اضافة المصدر الى المفعول اي لان اتباع الغلام النسا م يخل بالخدمة ش اي بخدمة

مولاه وغيره اخبار مثل الذكر والعرينة وهي ذكر الزنا دليل على النساء لان الزنا لا يكون الا بهن فان قلت اذا اوجد

له الولد لعدم امانته على ما قاله نفي الزنا لم لا يكون عيبا لعدم امانته على الجواري والحرم قلت اذا كن مستورات يكفي

حفظ انفسهن فاذا اسطله المولى لا يحمل به بما لا يشرع لذلك الامر وقال الكرخي الزنا ليس بعيب في الغلام الا في معنى المال

كان عيبا في الدين وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير لو اشتراه عبدا فوجده زانيا لا يكون عيبا الا

قيد زيادة قوة لا يكون عيبا الا ترى انه لو اشترى عبدا فوجده خنثا فله ان يرده وذكر الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة رضي

عنه انه قال اذا اشترى عبدا على انه خصي فاذا هو فحل لزمه ذلك واما اذا اشتراه على انه فحل فاذا هو خصي لم يرده ولو

قال هـ

٣٤٦

قال هشام سمعت ابا يوسف يقول لو ان رجلا اشترى عبدا قد احتلم او جارية حاضت ولم يختن العبد ولم يخفض الجارية قال

اذا كان مولدا فهو عيب وان كان جليبا فليس بعيب م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م والكفر عيب فيهما ش اي في الغلام

والجارية م لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ش اي عن صحبة الكافر ولان المسلم قد لا يرغب في صحبة الكافر ويمتنع عنه فكان الكفر سببا

لنقصان الثمن لنفور الرغبة وسوا كان الكافر يهوديا او نصرانيا او مجوسيا م ولانه ش دليل اخر اي ولان الكافر م يمنع صرفه في

بعض الكفارات ش كفارة اليمين والظهار عند بعض الناس وفي كفارة القتل يمنع بالاجماع فاذا كان كذلك م فيختل

الرغبة ش وهو سبب لنقصان الثمن وقال الشافعي لو اطلق العقد فبان انه كافر لا خيار له لان ظاهر الحال لا يدل على الكفر في دار الاسلام

كالوطن العدل فبان الفسق وقال اصحابه وهذا اذا كان كفرا يقر عليه فان كانت الجارية مرتدة فله الخيار وفي شرح الوجيز

لو وجد الجارية كتابية او وجد العبد كافرا اي كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر بحيث لا تقل فيه الرغبات وان كان

في بلاد الاسلام حيث تقل الرغبات وتنقص قيمته فله الرد م ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه ش اي لان الاسلام

زوال العيب ش وفي نسخة شيخنا لانه زوال العيب فصار كما لو اشتراه معيبا فاذا هو سليم فلا يرده وبه قال المزني وقال الشافعي

يثبت له الخيار لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في القذرات من الامور ولان

اهل الملل ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعا

ملات م والجارية البالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب ش وتقييده بالبالغة لان عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب بالاجماع ولو

كانت كبيرة قد بلغت سن الاياس فهو ايضا ليس بعيب اجماع الفقها ايضا م لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الدا ش قال شيخ

الاسلام الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض في اوانه فالظاهر انه انما لا تحيض لدا فيها والدا عيب ولو ادعى المشتري الانقطاع

فانه لا يسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الدا او الحبل فان ادعى بسبب الحبل يريها النسا فان قلن هي حبلى

حلف البايع انه ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لا يمين على البايع وان ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الدا فانه

يريه الاثنين من الاطبا المسلمين فان ثبت العيب حلف البايع كما تقدم وان لم يثبت لا يحلف والمرجع في معرفة الحبل قول النسا

وفي معرفة الدا قول الاطبا وفي فتاوى الفضلي العيب الذي لا يثبت الا بقول الاطبا ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت

العيب في حق سماع الخصومة بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة في حق سماع الخصومة وقال الشيخ

العلامة النسفي في شرح الجامع الكبير وان كان العيب خفيا لا يطلع عليه الا الاطبا يثبت بقول عدل منهم لقوله تعالى

فاسالوا اهل الذكر ثم ذكر في هذا الباب ولهذا اذا كان لا يطلع عليه الا النسا يثبت بقول واحدة منهن موصوفة

بالعدالة والثنتان احوط وقال صاحب التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص من الناس كالاطبا والنخاسين فانه

يرد الى من له بصارة في ذلك الباب فان اجتمع على ذلك العيب رجلان مسلمان او قال ذلك رجل مسلم عدل فانه يقبل

في ثبوت العيب في حق اثبات الخصومة ثم بعد هذا يقول القاضي للبايع هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى

عليه بالرد وان لم يكن عليه بينة استحلف البايع فان حلف لم يرده عليه وان نكل يقضي عليه بالرد الا ان يدعي الرضى او الابرا

وان كان العيب مما لا يطلع عليه الرجال ويطلع عليه النسا فانه يرجع الى قول النسا فيريها امراة مسلمة عدلة او النسا

احوط فاذا شهدت على العيب ففي هذه المسالة عن ابي يوسف روايتان وكذا عن محمد روايتان في رواية يوقف ابو يوسف حيثما

اذا كان المبيع في يد البايع او في يد المشتري فقال ان كان في يد البايع رد المبيع بشهادتهما فيثبت العيب بقولهما والعيب

الموجود عند البايع يفسخ به البيع وان كان بعد القبض قبل قولهما في اثبات الخصومة ولا يقبل في حق الرد على البايع لان

المبيع دخل في ضمان المشتري فلا ينتقل الضمان الى البايع بقول النسا ولكن يثبت حق الخصومة ليثبت الاستحلاف وفي رواية

قال ان كان العيب مما لا يحدث مثله يفسخ بقولها لان العيب قد ثبت بشهادتهن وقد علمنا كون العيب عند البايع بيقين فيثبت

حق الفسخ وان كان عيب يحدث مثله لم يثبت حق الفسخ بقولهن واما عن محمد في رواية يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن لان قولهن

فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة م ويعتبر في الارتفاع ش اي ارتفاع الحيض م اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها

ش اي في الجارية م عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش وعندهما خمس عشرة سنة م ويعرف ذلك ش اي ارتفاع الحيض م بقول

الامة ثم قال الامام العتابي وانما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يوقف على ذلك غيرها وتحلف المولى مع ذلك

بالله لقد سلمها بحكم البيع وما بها هذا العيب وان نكل رد بنكوله هذا اذا كان بعد القبض وان كان قبل القبض تحلفه بالله

ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف في مسالة البكارة اذا اشترى جارية

على انها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البايع هي بكر في الحال فان القاضي يريها النسا فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البايع

لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهو ان الاصل هو البكارة وان قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لان شهادتهن ضعيفة

في نقض البيع حق قوي وبشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين على البايع فيحلف البايع بالله لقد سلمها بحكم البيع و

ثم ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض يحلف بالله انها بكر وروي عن محمد انه لا يرد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع
بل كان لك ذلك ردها من غير يمين البائع م ويرد ش اي الامة م اذا انضم اليه ش اي الى قولها نكول البائع ش اي امتناع البائع عن اليمين
مع قولها فانه لا تحيض اذ هي مستحاضة م قبل القبض وبعده هو الصحيح ش قيد بقوله الصحيح احترازا عن قول ابي يوسف
ورد بقول الامة قبل القبض وبشهادة القابلة وعما روي عن محمد انه قال ان كانت الخصومة قبل القبض تفسخ العقد بقول
النساء اعلم ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان
ادعاه في مدة مديدة تسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلاثة اشهر عند ابي يوسف وعند محمد باربعة اشهر وعند ابي حنيفة
بسنتين فاذا عرفت المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان القاضي مجتهدا يقضي بما ادى اليه اجتهاده وان لم يكن
ياخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان وفي الفوائد الظهيرية لو شهد للمشتري شهود لا تقبل لانهم شهدوا على الانقطاع
خلاف الاستحاضة حيث تقبل فيها لانها مما يمكن الاطلاع عليها وانقطاع الدم على وجه يعد عيبا لا يمكن الاطلاع عليه ولو
انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة لا وعندهما يستحلف م قال ش اي القدوري م واذا حدث
عيب عند المشتري ش سواء كان بآفة سماوية او غيرها م واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ش اي
العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به
م ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ش اي الرد م ولا بد من دفع الضرر
عنه ش اي عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان لان المشتري لم يرض بالمعقود عليه الا سليما فلو لم يكن له حق الرجوع لتضرر
فوجب حقه بايجاب نقصان العيب وبقولنا قال الشافعي واحمد في رواية وقال مالك واحمد في رواية وابن ابي ليلى يرد
ويرد معه نقصان العيب الحادث فان قيل ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة
حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وهنا كذلك م الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر ش والرضى اسقاط
لحقه بخلاف ما اذا كان المبيع عصيرا فتخمر في يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير وقد رضي البائع حيث لا يكون للبائع
ان ياخذ الخمر ويرد الثمن وان وجد منه الرضى بالاخذ لان الامتناع ثمة حق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها وذلك لا يجوز
للمتعاقدين فالوجه واحبا في الخمر ولكن ياخذ المشتري نقصان العصير بان يقوم يوم الشراء بلا عيب ويقوم مع العيب
وينظر الى التفاوت فان كان التفاوت مقدار عشر القيمة يرجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فبمقداره م قال ش
في الجامع الصغير م ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بنقصان العيب ش وبه قال الشافعي واحمد في رواية
خلافا لمالك واحمد في رواية وابن ابي ليلى فان عندهم يرد المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث م لانه ش اي لان الشان
م امتنع الرد بالقطع فانه ش اي فان القطع م عيب حادث ش اي لان البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رد
الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال
اذا اصبغ الثوب مكان في نزع الرجوع بالعيب مبطلا لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار بالبائع لا بفعل باشره
الرد وان كان اضرارا للمشتري لكن لعجزه لما باشر فاعتبر ما هو الا مبطلها م فان قال البائع انا اقبله كذلك
ذلك لان الامتناع ش اي امتناع الرد كان م لحقه ش اي لحق البائع م وقد رضي به ش اي بالثوب المعيب فكان اسقاطا
لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسألة وبينما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع
بنقصان العيب عند ابي حنيفة رضي الله اجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا
لا يقطع يد السارق بسرقته فيحتمل فيعتبر قيام المبيع م فان باعه المشتري ش يعني بعد القطع م لم يرجع بشيء ش علم به اولا وقال
الشافعي في الاصح م لان الرد غير ممتنع برضى البائع ش لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا
البائع م فيصير هو ش اي المشتري م بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان ش اذ دال لا مكان رد المبيع واخذ الثمن
المبيع م فان قطع الثوب ش الذي اشتراه م وخاطه او صبغه احمر قيد بالاحمر ليكون الزيادة في المبيع بالاتفاق لان السواد
نقصان عند ابي حنيفة وعندهما زيادة كالحمرة او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب
الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل ش اي الثوب او السويق م بدونها ش اي بدون الزيادة م لانها لا تنفك عنه
لان الزيادة لا تنفك عن الاصل م ولا وجه اليه ش اي الى الفسخ م معها ش اي مع الزيادة م لان الزيادة ليست بمبيعة فلا
اصلا ش اي فامتنع الرد اصلا وفي الفوائد الظهيرية والمبسوط الاصل في جنس هذه المسائل ان في كل موضع يكون المبيع
قائما على ملك المشتري بحاله ويمكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وفي كل موضع يكون المبيع قائما لا يمكن
الرد وان رضي به البائع فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالزيادة فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة
في المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية فلا يمكن فسخ العقد في الزيادة ممكن لان الزيادة تبع

عو

بعض باعتبار التولد والتفرع منه والانفصال به وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة منه
كالذكرناه وهي لا تمنع الرد وبه قال الشافعي ومالك واحمد ومنفصلة غير متولدة منه كالصبغ والخياطة واللت والغرس والبناء
وهي تمنع الرد بالاتفاق وعند الشافعي واحمد لا تمنع كالسمن والجمال والمنفصلة نوعان متولدة منه كالولد واللبن والثمر
والارش والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا وجه للفسخ عليها تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال
ويكون هو بالخيار ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضي بهما بجميع الثمن قبل القبض وبعده رد المبيع خاصة بحصته من الثمن بقسمة
الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع الرد بل يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا وبه قال الشافعي واحمد وكذا الا في المتولدة المنفصلة لا يمكن الفسخ على الاصل
بدونها والزيادة للمشتري وقال مالك ان كانت الزيادة ولدا رده مع الاصل وان كانت ثمرة امسكها ورد الاصل ولو هلكت
الزيادة بآفة سماوية ترتب لعاد الرد كما لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارش م وليس للبائع ان ياخذه ش اي المبيع مع الزيادة
م لان الامتناع لحق الشرع لشبهة الربوا م لا لحقه ش اي لا لحق البائع م فان باعه المشتري ش اي الثوب المصبوغ او المخيط بعدما
راي العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله ش اي قبل بيع المشتري للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري م فلا يكون ش هو
اي المشتري م بالبيع حابسا للمبيع ش فيرجع بالنقصان م وعن هذا قلنا ش اي عن الوجه الذي قلنا وفي بعض النسخ وعلى هذا قلنا
ان المشتري اذا كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب م ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع
على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع ش بالنقصان م لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة ش لانه بالقطع
للصغير صار واهبا للثوب له مسلما اليه وصار الاب قابضا عنه وحق الرد الذي هو الحق الاصلي صار باطلا بالقطع فبطل
البدل وهو الرجوع بالنقصان لانه صار حابسا للمبيع م وفي الثاني ش وهو صورة كون الولد كبيرا م بعده ش اي بعد الخياطة
م بالتسليم اليه ش اي الى الولد الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان لانه بمجرد القطع لا يكون مسلما اليه لان الاب لا يعتبر وايضا
عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة حقا للشرع لا بالهبة والتسليم فصار وجود الهبة
والتسليم وعدمها سواء فيرجع بالنقصان لانه لم يكن حابسا للمبيع وقال شيخي رحمه الله ذكر الخياطة وعدم ذكرها في هذا الموضع
سواء لان حق الرد امتنع بوجود القطع قبل الخياطة م ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ش هذه
مسألة القدوري والجامع الصغير ايضا م اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي ش اي امتناع الرد يثبت حكما للموت
لا بفعله ش اي لا بفعل المشتري كالبيع والقتل م واما الاعتاق فالقياس ان لا يرجع لان الامتناع بفعله ش اي امتناع الرد بفعل
المشتري م فصار كالقتل ش فان المشتري اذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع فيه على عيب فانه لا يرجع وبالقياس قال زفر
في الكافي وهو قول الشافعي ولكن ذكر في كتبهم انه يرجع وبه قال احمد كما قلنا في الاستحسان فان قيل يشكل على هذا اذا صبغه
احمر حيث يرجع بالنقصان ولا شك ان الصبغ بفعله اجيب بانه وان كان بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب
ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وقال الاكمل ورد بانه حينئذ يجب ان يقول الامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة
والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله م وفي الاستحسان يرجع لان العتق
انهاء الملك ش اي تمامه م لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق ش اي الى وقت الاعتاق
والموت الى وقت ينتهي بانتهائه م فكان ش اي الاعتاق م انهاء فصار ش اي انهاؤه م كالموت ش اي كالانتهاء بالموت م وهذا
ش اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء م لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر ش اي فصار حابسا
م والتدبير والاستيلاد بمنزلته ش اي بمنزلة الاعتاق م لانه ش اي لان التعذر م تعذر النقل ش اي الى ملك البائع م
مع بقاء المحل ش احتراز عن الموت والاعتاق م بالامر الحكمي ش يعني لا بفعل المشتري وقال الاكمل قوله بالامر الحكمي احتراز عن
القتل فان قيل كيف يكون التدبير والاستيلاد كالاعتاق وهو منه ودونهما اجيب بانهما يحتاج اليه لتعذر الملك بجعل ما الحر
ولكن لم يكن ... الملك متقرر فلا حاجة اليه م فان اعتقه على مال ش اي فان اعتق العبد الذي اشتراه على مال ثم وجد به عيبا
لم يرجع بشيء لانه ش المشتري حبس بدله ش اي بدل المبيع وازال ملكه عنه بعوض م وحبس البدل كحبس المبدل ش فصار
كالبيع وفي البيع لا يرجع فكذا هنا م وعن ابي حنيفة انه يرجع ش وهو قول ابي يوسف والشافعي واحمد وفي شرح الارشاد
ونقل الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير عن الامالي قال اذا اشترى عبدا فاعتقه على مال او كاتبه وقتله
ثم وجد به عيبا لا يرجع بشيء في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف يرجع بنقصان العيب وهذا موضع تامل م لانه ش اي لان
الاعتاق م انهاء للملك وان كان بعوض ش يعني منه للملك سواء كان بعوض او غير عوض ولهذا اثبت الولاء في الوجهين ولو ابق
ثم علم العيب لم يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة ما دام حيا وبه قال الشافعي وعن ابي يوسف وهو قال الشافعي في وجه لتحقق
العجز في الحال م قال ش اي القدوري م وان قتل المشتري العبد او كان ش اي الذي اشتراه كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء

عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ش اي في القدوري ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع ش ومحمد معه في رواية النوادر وبه
قال الشافعي واحمد م لان قتل المولى عبده لا يتعلق به ش اي لا يتعلق بقتل المولى حكم دنياوي ش من القصاص والدية م فصار كالموت حتف
انفه فيكون انتهاء ش يعني لان المقتول ميت باجله كذا في المبسوط . ووجه الظاهر ش اي وجه ظاهر الرواية م لا يوجد الا مضمونا
ش لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل وهو بالحاء المهملة وقال ابن الاثير وروي بالجيم وههنا لو كان في ملك
غيره كان مضمونا م وانما سقط الضمان هنا ش اي في قتل المولى عبده م باعتبار الملك ش اي باعتبار انه مالك له م فيصير ش اي
المولى م كالمستفيد به ش اي بملك العبد م عوضا ش وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد وسلامة الدية على اعتبار الخطا فصار كانه
عوضا بان اله ملكه بالقتل كما لو باع واخذ الثمن م بخلاف الاعتاق ش لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا فانه
لا ضمان عليه فعلم ان الاعتاق لا يقتضي الضمان م واما الاكل فعلى الخلاف عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م يرجع ش بنقصان
العيب م وعنده ش اي عند ابي حنيفة م لا يرجع استحسانا ش اي من حيث الاستحسان م وعلى هذا الخلاف ش المذكور اذا لبس الثوب
الذي اشتراه حتى تخرق ش وتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند ابي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لابي يوسف ومحمد
والشافعي واحمد وفي الخلاصة والفتوى على قولهما واجمعوا انه لو اتلف الطعام او الثوب بسبب اخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح
الطحاوي م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه ش اي المشتري صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ش وهو الاكل والشرب م ويعتاد
فعله فيه ش اي في المبيع م فلا يمنع الرجوع بنقصان العيب م فاشبه الاعتاق ش من حيث انه انهاء للملك بخلاف الاحراق والاستهلاك
م وله ش اي ولابي حنيفة م انه تعذر الرد بفعل مضمون منه ش اي من المشتري م في المبيع فاشبه البيع والقتل ش اي بيع المشتري الذي
اشتراه وقتل العبد الذي اشتراه م ولا معتبر بكونه مقصودا ش اي بكون الاكل او اللبس وهذا جواب عن قولهما انه صنع في المبيع
ما يقصد بشرائه تقريره انه لا يعتبر بكون الاكل واللبس مقصودا ش الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ش لانه نوع مشروع له
يقصد بالشراء م ثم هو يمنع الرجوع ش اي بالنقصان م وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة ش يعني لا
يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان م لان الطعام كشيء واحد ش ولهذا اذا رأى بعضه كرؤية كله م فصار كبيع البعض ش اي كبيع البعض م وعندهما
انه يرجع بنقصان العيب في الكل ش اي فيما اكل وفيما لم يأكل واكل الكل لا يمنع الرجوع بالعيب عندهما فاكل البعض اولى وعنهما
اي وعن ابي يوسف ومحمد م انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ش وهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب
فيما اكله وفي المجتبى اكل بعضه رجع بنقصان عيبه ورد ما بقي وبه يفتى ولو اطعم الصغير او الكبير او امرأته او مكاتبه او
لا يرجع بشيء ولو اطعم عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق اشترى دقيقا وخبز بعضه وظهر انه مر رد ما بقي ورجع
بنقصان ما خبز وهو المختار ولو كان سمنا ذائبا فاكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى
م ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به ش اي المبيع كالقرع اذا وجده مرا
او البيضة اذا وجدها مذرة م رجع بالثمن كله ش كذا في جامع قاضي خان ايضا وفي المبسوط وكذا الفاكهة اذا وجدها
فاسدة بعد الكسر فان كان لا يساوي شيئا يرجع بكل الثمن لانه تبين بطلان البيع م لانه تبين انه ليس بمال فكان البيع باطلا
ش لعدم المالية اذ المال ما ينتفع به في الحال او في ثاني الحال فاذا كان لا ينتفع به اصلا لا يكون محلا للبيع فيبطل البيع وبه
قال الشافعي في اختيار المزني وهو اذا كسره ولم يعلم العيب الا بكسره وهو عالم بالعيب صار راضيا فيبطل حقه من كل
م ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل ش اشارة به الى الجواب عما قال بعض المشايخ اذا كان لقشر الجوز قيمة بان كان في
موضع يعز الحطب فيه رجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد في القشر صادف محله وقال
يرده اولا بقوله ولا يعتبر الى اخره ثم علله بقوله م لان ماليته ش اي لان مالية الجوز قبل الكسر م باعتبار اللب ش دون
القشر فان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر
الامكان ش من الجانبين م وقال الشافعي يرده ش اي اذا كسر مقدارا لا بد منه للعلم بالعيب وفي كتبهم فيه قولان في قول
لا يرده وهو اختيار المزني وقول ابي حنيفة وفي قول له الرد وقال مالك واحمد ليس له الرد ولا الارش لانه ليس من البائع
تلبيس فانه لا يعلم باطنه قلنا ان المشتري بما دل الثمن في مقابلة السليم فلا يمكن ان يلزم جميع الثمن في مقابلة المعيب
اضرارا به ولو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه للشافعي طريقان اظهرهما انه لا يجوز له الرد قولا واحدا وهو قولنا لان
الكسر عيب والثاني انه على القولين وعلى قول له الرد هل يغرم ارش الكسر فيه قولان احدهما يغرم والثاني لا يغرم لانه
معذور واذا البائع سلطه عليه كذا في شرح الوجيز م لان الكسر بتسليطه ش اي بتسليط البائع فصار كانه فعله ورضي به
قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه ش اي في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك
المشتري وذلك هو العدم فلا يثبت عليه م فصار كما اذا كان ش المبيع م ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان الا ان
ان حصل التسليط منه لكونه لعدد اذ انا وجدنا الكل فاسدا م ولو وجد البعض فاسدا ش والبعض صحيحا م وهو قليل

اي الفاسد

اى الفاسد قليل جاز البيع استحسانا لانه ش اي لان الكثير من الجوز م لا يخلو عن قليل فاسد ش فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع
باعتباره مات بيعه عادة وفي القياس لا يجوز لانه كالحر والميتة يضم الى المال ثم بين القليل من الكثير بقوله م والقليل ما لا يخلو عنه
الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ش وجعل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في الجوز الخمسة او الستة او نحو ذلك في المائة
معفوا وفي الذخيرة اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحدا او اثنين او ثلاثة مذرة لا يرجع بشيء وجعل الثلاثة في المائة قليلا ولو اشترى
عشرة جوزة فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في
الكل بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت
في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على
القيمة م وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ش اي في الكل م ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره ش وذلك مفسد للعقد م
فصار كالجمع بين الحر والعبد ش حيث يفسد في الكل م قال ش اي القدوري م ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه ش اي على
المشتري م بعيب فان قبله ش اي فان قبل الرد م بقضاء القاضي باقرار منه بالعيب او ببينة ش قامت عليه عند القاضي من جهة
المشتري الثاني لما انكر المشتري الاول قبوله بالرد م او باباء يمين ش اي او بامتناع عن اليمين يعني لما عجز الخصم عن اقامة البينة
توجه على المشتري الثاني اليمين فابى عن اليمين وحكم القاضي عليه بالنكول ففي هذه الصور الثلاث م له ش اي للمشتري الاول
م ان يرده ش اي المبيع المعيب م على بائعه لانه ش اي لان البيع م فسخ من الاصل ش اي فسخ من كل وجه لانه تعذر باعتباره م فجعل
البيع كان لم يكن ش اي يجعل المبيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب م غاية الامر ش هذا جواب
عما يقال من جهة زفر انه لما انكر العيب لم يكن له حق الخصومة لانه متناقض في كلامه تقريره الجواب ان غاية امر المشتري انه انكر قيام
العيب ش اي انكر الاقرار بقيام العيب م لكنه صار مكذبا شرعا ش اي من حيث الشرع م بالقضاء ش اي بقضاء القاضي فلما صار
مكذبا بالقضاء ارتفع المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا
يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن م ومعنى القضاء بالاقرار ش هذا تاويل من المصنف لمعنى قول محمد في الجامع الصغير
فان قبله بقضاء القاضي باقرار وهذا في القدوري ايضا ولكن لفظه فان قبله بقضاء القاضي فقط وليس فيه باقرار وقال
المصنف معناه م انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة ش وانما احتاج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعيب الاقرار لا يحتاج الى
القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له ان يرده على بائعه لانه اقالة وفي الفوائد قال بعض مشايخنا الجواب في
فصل البينة والنكول محمول على ما اذا كان المشتري ساكتا فان البينة على الساكت مسموعة والساكت يستحلف ايضا لانه منكر
حكما اما اذا انكر المشتري الاول ان يكون هذا العيب عنده ثم كان بالبينة او بالنكول فعلى قول محمد ليس له ان يخاصم بائعه لمكان
التناقض وعلى قول ابي يوسف له ذلك لتكذيب القاضي اياه بالبينة وعامتهم قالوا ان سبق منه جحود نصا بان قال وما بهذا
هذا العيب وانما حدث عندك ثم اقر به بعد ذلك وابى النكول والقاضي اجبره على القبول لم يكن له ان يخاصم بائعه وفي
الفتاوى قالت زفر لا يعتبر فسخا في حق البائع الاول حتى لا يرد عليه لان القاضي مضطر الى القضاء وهذا الاضطرار جاء
باقراره او بنكوله فانتقل فعل القاضي اليه لان فعل المكره ينتقل الى المكره واذا انتقل صار كانه باشره بنفسه قلنا فعل المكره
انما ينتقل اذا اصلح آلة للمكره كما في القتل فانه يمكنه ان يأخذه ويضربه عليه والقاضي لا يصلح آلة له في حق القضاء بالفسخ لان
الفسخ يكون بالكلام والكلام لا ينتقل الى المكره لان المتكلم بلسان الغير لا يتصور م وهذا ش اشارة الى قوله له ان يرده من
المعنى يعني م والبيع الاول قائم فلم ينفسخ بفسخ البيع الثاني م بخلاف الوكيل بالبيع ش جواب عما يقال اذا رد المبيع
بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع تقريره ان هذا بخلاف الوكيل
بالبيع اذا وكل شخصا ليبيع عبده مثلا فانه م اذا رد عليه بعيب ش اي اذا رد على الوكيل بعيب م بالبينة ش او بالنكول م حيث
يكون ردا على الموكل لان البيع هناك ش اي في مسألة الوكيل م واحد ش اي بيع واحد فكان القضاء عليه بالرد ردا على الموكل م والموجود
هنا ش اي في مسألة بيع المشتري م بيعان فينفسخ الثاني ش اي فينفسخ البيع الثاني م لا ينفسخ الاول ش اي البيع الاول فلاجل هذا
الحكم لا يرد على المشتري الاول ردا على بائعه م وان قبل بغير قضاء القاضي ش اي عطف على قوله فان قبل بقضاء القاضي اي فان قبل
المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل قبل برضاه م ليس له ان يرده على بائعه لانه ش اي لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث
ش وان كان فسخا في حقهما والاول ش اي البائع الاول ثالثهما ش اي ثالث الاثنين وهما المشتري الاول الذي هو البائع
الثاني والمشتري الثاني ولهذا يتجدد للشفيع حق الشفعة لانه لما قضى كان المشتري الاول اشتراه ثانيا مما باع فلا يكون
له حق الخصومة لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان كذا في الكافي وقال الشافعي يرده كما في الرد بالقضاء فان قلت هذا يشكل بمسألة
ذكرها في المحيط وهو ان من اشترى دينارا بدراهم وقبض الدنانير وباعه من ثالث ووجد به عيبا فرده على المشتري الاول
بغير قضاء كان له ان يرده على بائعه قلت لا يشبه الصرف العروض لان الرد في العروض جعل بيعا جديدا في حق الثالث وهو البائع

الاول وههنا لا يمكن ان يجعل بيعا جديدا لان العقود لا تتغير في العقود فكان البايع الثاني لم يكن في حقه م وفي الجامع الصغير
وان رد عليه ش اي على المشتري الاول م بغير قضا ش اي بغير قضا القاضي بالرد م بعيب ش اي بسبب عيب م لا يحدث مثله ش اي
كالاصبع الزايد او الناقصة م لم يكن له ان يخاصم الذي باعه ش صورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى
من رجل عبدا ثم باعه من اخر فوجد به الاخر عيبا لا يحدث مثله فرده على بايعه وقبل منه بغير قاض قال ليس له ان يرده على البايع
الاول ابدا قال المصنف م وبهذا ش اي بوضع المسألة في الجامع الصغير في العيب الذي لا يحدث مثله م تبين ان الجواب فيما يحدث
مثله ش كالقروح والامراض م وفيما لا يحدث مثله ش كالاصبع الزايد كما ذكرنا م سواء ش في الخصومة مع البايع اذا قبله بغير
قضا وذلك لانه لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التيقن بوجوده عند البايع الاول كان اولى ان لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله
مع احتمال انه حدث عند المشتري فهذا هو فايدة وضع الجامع وهو الصحيح م وفي بعض روايات البيوع ش اي بيوع الاصل م انه
فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البايع الاول ش والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضا القاضي
معتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البايع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البايع الاول فيخاصم م
قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري بينة
ش صورة المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض
العبد ثم جاء البايع يخاصمه في الثمن فقال قد كنت دلست لي هذا العيب قال لا يجبر على دفع الثمن حتى يشهد الشهود او يستحلف
فان قال شهودي بالشام قال يقال له ادفع الثمن وان شيت استحلف لك فادفع الثمن الى هنا لفظ الجامع فاخذ المصنف
ونقله بالعبارة المذكورة ثم علل المسالة بقوله م لانه انكر ش اي لان المشتري انكر م وجوب دفع الثمن ش اي وجوب تسليم الثمن
على نفسه لما ادعى العيب م حيث انكر ش اي المشتري م تعين حقه بدعوى العيب ش م لا ن حقه في التسليم الى المعيب م ودفع الثمن
اولا ش يعني وجوب دفع الثمن اولا م انما هو لتعين حقه ش اي حق البايع م بازاء تعين المبيع ش فحينئذ انكر تعين حقه في المبيع لان
حقه في التسليم فقد انكر عليه وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة اما
بينة او يمين البايع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة فالجواب
ان الاعتبار للمعنى لا للصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا م ولانه ش
دليل اخر اي ولان القاضي م لو قضى بالدفع ش اي بدفع الثمن م فلعله يظهر العيب فينتقض القضا فلا يقضي به ش اي بالدفع
م صونا للقضا به ش اي حفظا للقضا به عن النقض وههنا سوال وهو ان الواجب الحبس موجود وهو البيع مع التيقن وما ادعاه
المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق والجواب عنه يفهم من تقرير الدليل الثاني على ما لا يخفى على العاقل
ولكن يوضحه زيادة للبيان وهو وان كان ما ادعاه المشتري موهوما لكن فيه صيانة القضا عن النقض لانه يمكن ان يقيم
المشتري البينة بعد الجبر على العيب فيلزم بطلان القضا او في عدم الجبر صون القضا عن النقض وسعي الانسان في نقض
ما تم من جهته مردود ولهذا لو عجل زكوة ماله قبل الحول الى الساعي لا يسترد لاحتمال انه يكون زكوة سقاه المال فان قال
الموجب للجبر لا نسلم انه متحقق اذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق وههنا قبض الحق غير متعين لانكاره م فان قال المشتري
شهودي بالشام استحلف البايع ش يعني اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب في الشام
استحلف البايع ولا ينتظر حضور الشهود لانه امر على خطر يكون او لا يكون فلا يوخر الواجب بل يحلف البايع فان حلف بالله لقد
سلمته اليه بحكم البيع وما به هذا العيب اجبر المشتري على دفع الثمن وهو معنى قوله م ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار
ضررا بالبايع ش لان التاخير الى غاية يجري مجرى الابطال م وليس في الدفع كثير ضرر ش جواب عما يقال ان في الزام
المشتري دفع الثمن ضررا له وتقرير الجواب ليس في دفع الثمن الى المشتري كثير ضرر به المشتري م لانه على حجته ش يعني
من اقامة البينة عند حضور شهوده وقال الاكمل رحمه الله وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقا المشتري على حجته ابطال
قضا القاضي والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقفا ن بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والاخر دون
والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني ان في دفع
غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مماطلة ولا يسمع قوله في حق غيره م اما اذا نكل ش اي البايع عن اليمين م الزم العيب
ش اي لان النكول م حجة فيه ش اي في ثبوت العيب قيل هذا احتراز عن النكول في الحدود والقصاص فانه ليس بحجة وكذا النكول
ليس بحجة في الاشياء الستة عند ابي حنيفة وقال الاترازي في قولهم في بيان هذه المسألة لان المشتري على حجته دليل ان اقامة
البينة بعد حلف المدعى عليه معتبرة وفي خلاصة الفتاوي لو اقام المدعي البينة بعدما حلف المدعى عليه تقبل وكذلك لو قال
المدعي للمدعى عليه احلف وانت بري وقال اذا حلفت فانت بري فحلف ثم اقام هو البينة تقبل اما اذا قال المدعي لا بينة
لي فحلف المدعى عليه ثم اتى هو بالبينة تقبل في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعن محمد انه لا تقبل م قال ش محمد في الجامع الصغير

م ومن اشترى عبدا وادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده ش صورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل باع رجلا عبدا فقال المشتري بعتني ابقا وكذبه البايع قال لا احلف البايع على الاباق حتى يقيم المشتري البينة
انه ابق عنده فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البايع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط انتهى ووضع المسألة في الاباق
والحكم في جميع العيوب التي لا يخاصم عند الخصومة لذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون الا ان المعاودة في
المشتري شرط في العيوب الثلثة والحالة واحدة وهل يشترط المعاودة في الجنون فيه كلام تقدم في اول الباب م
والمراد بالتحليف انه لم يابق عنده ش اي المراد من قول محمد لم يحلف البايع ولا يتوجه عليه الخصومة ما لم يثبت العيب عند
المشتري فلا بالحجة م لان القول وان كان قوله ولكن انكاره ش اي انكار البايع م بعد قيام العيب به ش اي بالمبيع م في يد
المشتري ش لان السلامة اصل والعيب عارض م ومعرفته ش اي معرفة قيام العيب م بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه
اليه وما ابق قط لذا قال في الكتاب ش اي في الجامع الصغير وقد مر ورقة قال المصنف م وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليه
من الوجه الذي يدعي ش اي ليس للمشتري حق الرد عليك ايها البايع بالسبب الذي يدعيه المشتري م او بالله ش اي او
حلفه بالله ما ابق عندك قط ش يعني او حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البايع بالله ما ابق عندي قط وانما قال عندك
لان القاضي خاطب البايع كذلك فاذا حلف اضاف الى نفسه م اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد
باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد والاول ذهول عنه ش اي التحليف بقوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بعد البيع
قبل التسليم فلاجل هذا لا يحلف بهذا الوجه لان العيب ربما لا يكون عند البيع فيتضرر المشتري لان البايع صادق
في حلفه فلا يحنث م والثاني ش اي التحليف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب م يوهم تعلقه ش اي تعلق العيب
م بالشرطين ش يعني البيع والتسليم م فيتاوله ش اي البايع م في اليمين ش ويقول لم يكن العيب عند قيامه اي عند قيام
العيب م وقت التسليم دون البيع ش يعني لم يكن البيع عند الحالين بل عند التسليم فحسب فاذا حلف على هذا الوجه يكون صادقا
لانه ادا انتفاء الجز حتى الكل فيتضرر المشتري وانما قال يوهم اشارة الى ان تاول البايع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه
يوهم لذلك م ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البايع ما يعلم انه ابق عنده ش اي عند المشتري م
يحلف على قولهما ش اي قول ابي يوسف ومحمد على العلم لانه تحليف على فعل الغير فيحلف البايع بالله ما يعلم ان هذا العبد ابق عند
هذا المشتري ولا ابق ولا سرق ولا بال على فراش كذا ذكر في الجامع الكبير قولهما ولم يذكر قول ابي حنيفة م واختلف المشايخ على
قول ابي حنيفة ش فقيل يحلف عنده ايضا وقيل لا يحلف وهو الاصح م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان الدعوى معتبرة حتى يترتب
عليها البينة فكذا يترتب التحليف ش اي صحة التحليف بعدت اقامة البينة ففي كل موضع يصح اقامة البينة يصح التحليف وههنا
يصح اقامة البينة من المشتري فكذلك يصح التحليف م وله ش اي ولابي حنيفة ش على ما قاله البعض ش اي بعض المشايخ م لان الحلف مترتب
على دعوى صحيحة ولا يصح ش اي الدعوى الصحيحة م الا من خصم ولا يصير ش اي المشتري م خصما فيه ش اي في ما ذكرنا م الا بعد قيام
العيب ش عنده نفسه وفي هذا اشارة الى انه لا يشترط لترتب البينة على الدعوى كونها صحيحة بل تقوم البينة فيما لا دعوى فيه
اصلا كالحدود وكذا يصح اقامة البينة على انه وكيل او وارث فلان بلا دعوى م واذا نكل ش اي البايع م عن اليمين عندهما يحلف
للرد ش وهذه اليمين تسمى يمين الرد فان حلف برى وان نكل يثبت العيب عند البايع فيرد عليه م على الوجه الذي قدمناه ش
حلف على البتات على ما قدمه من قوله بالله ما له حق الرد عليك من هذا الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط وفي بعض النسخ
حلفه بالله ما ابق الى اخره م قال العبد الضعيف ش هو المصنف رحمه الله م اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلفه ما ابق منذ بلغ
مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد الكبر ش وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة فلا يلزم
الرد لوجودها عند المشتري في الكبر اذا كان وجودها عند البايع في الصغر فاذا احلف البايع مطلقا يكون فيه ترك النظر
للبايع لانه يمتنع من اليمين مطلقا اذا وجدت هذه العيوب عنده في الصغر م ومن اشترى جارية وتقابضا معا وقال المشتري
بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض لانه اعرف بما قبضه م كما
في الغصب ش فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبتني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا
فالقول قول الغاصب لانه القابض م وكذا اذا اتفقا ش اي المتعاقدان م على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض ش بان كان
المبيع جاريتين فاختلفا فقال البايع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري م لما بيناه ش ان
في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى عبدين صفقة
واحدة وقبض احدهما ووجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما ش اي ان ياخذهما جميعا او يتركهما جميعا وليس له ان ياخذ السليم
خاصة م لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون ش اي قبض احدهما م تفريقا قبل التمام ش وهو لا يجوز م وقد ذكرناه ش يعني في باب

اب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله م وهذا ش اي التفريق في القبض لا يجوز م لان القبض له شبهة بالعقد ش من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والعوض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد م فالتفريق فيه ش اي في القبض م كالتفريق في العقد ش ولو قال بعتك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا م ولو وجد المقبوض عيبا ش اي ولو وجد المشتري المقبوض عيبا بان اذا اشترى عبدين فقبض احدهما ووجد منه عيبا م اختلفوا ش اي المشايخ م فيه ش اي في حكمه م والصحيح انه لا يرد المقبوض خاصة يعني ان شاء ردهما جميعا او اخذهما كما في الاول م ويروى عن ابي يوسف انه يرده ش اي المقبوض خاصة م لان الصفقة تتم فيه م والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع م وهو ش اي المبيع م اسم للكل ش اي للكل تناوله العقد م فصار ش اي تمام الصفقة م كحبس المبيع لا يتعلق زواله ش اي زوال حبس المبيع م باستيفاء الثمن لا يزول ش اي حق الحبس م دون قبض جميعه ش اي جميع الثمن وقوله لا يزول جواب لما م ولو قبضهما ش اي العبدين م سلاما ثم وجد باحدهما عيبا رده ش اي المقبوض خاصة م خلافا لزفر ش فان عنده ليس له الا ان يردهما وبه قال الشافعي كذا ذكره في الايضاح وكذا ذكر شمس الائمة البيهقي قول زفر وفي الكفاية وكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي قول زفر فقال على قول زفر يردهما ان شاء ولكن قال القدوري في كتاب التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة ثم وجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين وعلل لزفر بان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري فيحمل الاختلاف في قول زفر على اختلاف الرواية عنه م هو يقول ش اي زفر يقول م فيه تفريق الصفقة ولا يعرى ش اي تفريق الصفقة م عن ضرر لان العادة جرت ش بين التجار م بضم الردي الى الجيد ش لرواج الردي فاذا جاز رد احدهما دون الاخر يتضرر البائع ودفع ضرر م فاشبه ما قبل القبض ش بجامع دفع الضرر م وخيار الرؤية ش اي واشبه خيار الرؤية م والشرط ش اي وخيار الشرط م ولنا انه ش اي ان الرد م تفريق بعد التمام ش اي بعد تمام الصفقة م لان القبض تتم الصفقة في خيار العيب ش لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيرد المعيب خاصة وبه قال الشافعي في قول م وفي خيار الشرط والرؤية لا تتم به ش اي لا تتم الصفقة بالقبض فيهما م على ما مر ش اي في باب خيار الرؤية م ولهذا ش اي ولاجل التفريق بعد التمام م لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر ش اي بعد قبضهما وهذا كله اذا كان المشتري شيئين يمكن الانتفاع باحدهما دون الاخر كالعبدين والثوبين اما اذا كان المشترى شيئين لا يمكن الانتفاع باحدهما دون الاخر كخفين او مصراعي باب ونعلين فقبضهما ثم وجد باحدهما او بهما عيبا ردهما ان شاء او اخذهما وليس له ان يرد احدهما دون صاحبه كذا قال الكرخي في مختصره وفي الفتاوى الصغرى اذا لم يكن كذلك له ان يرده م ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض ش اي مراد محمد بعد القبض لان المسالة من مسايل الجامع الصغير وفي بعض النسخ والمراده بعد القبض بما قيد به لانه اذا كان قبل القبض لا تتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في انه لا يجوز تفريق الصفقة برد العيب خاصة واما اذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة مما عدا المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كانا في وعاء واحد على ما هو اختيار المشايخ وللشافعي قولان في الكل قبل القبض وبعده م لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد ش احترز به عما اذا كان من جنسين كالحنطة والشعير فان للمشتري ان يرد المعيب خاصة وللشافعي قولان فيه ايضا بناء على جواز تفريق وعدمه م كشيء واحد ش اي حكما وتقديرا لا حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فان الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها فكانت العاجلة للبيع باعتبار الاجتماع فصار الكل في حق البيع كشيء واحد والشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض م وهو الكر ش بضم الكاف وتشديد الراء وهو مكيال لاهل العراق معروف وجمعه اكرار وقال الازهري الكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف صاع م ونحوه ش اي ونحو الكر كالوسق والعرق والصبرة م وقيل هذا ش اي الذي ذكرنا من اخذ الكل او رد الكل اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر ش اذا كان قبضهما لان ذلك لا يوجب عيبا زائدا وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرحه للجامع الصغير معنى هذا ان العيب اذا كان مختلطا لا عيب فيه فليس له ان يرد المعيب لانه لو رده على البائع كان ذلك اضرارا به واما اذا كان العيب في جوالق والجيد في جوالق فله ان يرد المعيب خاصة لانه بمنزلة شيئين مختلفين ثم قال ابو الليث هذا التاويل يصح على قول محمد خاصة وعلى الرواية عن ابي يوسف وعلى قول ابي حنيفة لا يصح هذا التاويل لانه روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجرد انه لو اشترى اعدالا من تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد فليس له ان يرده دون البعض ونقل الناطفي في الاجناس عن المبيوع املاء رواية بشر بن الوليد لو اشترى ذنبين من السمن او سلتين من

زعفران او حليب من القطن او الشعير وقد قبض الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا والاخر سوا فاما ان يرده كله او يترك كله م ولو استحق بعضه ش اي بعض ما كال او يوزن بعد القبض م فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ش والشركة في المكيلات والموزونات لا يعد عيبا باعتبار ان التبعيض لا يضرهما بعد القبض لتمام الصفقة م والاستحقاق ش جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وتقرير الجواب انه لا يلزم ذلك لانه لو لزم ذلك للزم بطريق الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد وتمامه يستدعي تمام رضاه والاستحقاق لا يعدم ذلك ولهذا قلنا في العرف والسلم اذا اجاز المستحق بعدما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك م وهذا ش اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد م اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ش لان تمام الصفقة يحتاج الى رضى العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها م وان كان ثوبا ش اي وان كان المستحق ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه ش اي في الثوب م عيب ش عرفا م وقد كان ش اي التشقيص م وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق ش يعني ان عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا م بخلاف المكيل والموزون ش فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضره م ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضى لان ذلك دليل قصده الاستبقاء ش واما الاصل في هذه المسائل ان تصرف المشتري بعد ما يدل على الرضى بعد العلم بالعيب يمنع الرد والارش نحو العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام مرة ثانية لانه رضا وبه قال اصحاب مالك م بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك ش اي في خيار الشرط م للاختبار وانه ش اي وان الاختبار م يكون بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا ش للخيار لكون الركوب في شرط الخيار للامتحان فيكون مقصودا من الخيار م وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها ش اي او ركبها ليسقيها م او ليشتري لها علفا فليس برضا ش بالعيب م اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والركوب في السقي واشترا العلف محمول على ما اذا كان لا يجد منه بدا اما لصعوبتها ش اي لصعوبة الدابة او لعجزه ش اي او لعجز نفسه م او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد منه بدا لانعدام ما ذكرنا يكون رضى ش وفي الخلاصة الفتاوي فلو حمل علف دابة اخرى وركبها او لم يركبها فهو رضا وقال ابن رستم العدل بالكسر الحكم اذا عدل بمثله قاله اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به ش اي لم يعلم المشتري بكون العبد قد سرق لا وقت البيع ولا وقت القبض كذا ذكره التمرتاشي م فقطع عند المشتري ش اي قطعت يده عند المشتري لثبوت سرقته م له ش اي للمشتري م ان يرده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي جميع الثمن ش هكذا ذكر في عامة شروح الجامع الصغير وهكذا في بعض روايات المبسوط وفي جامع التمرتاشي وبعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن وقول من قال يرجع بكل الثمن يصرف الى خيار رد العبد المقطوع وقول من قال بالنصف ينصرف الى اختيار امساكه م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق ش يعني يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن م وعلى هذا الخلاف ش اي المذكور من ابي حنيفة وصاحبيه م اذا قتل ش اي العبد م بسبب وجد في يد البايع صورته اشترى عبدا مباح الدم لرده او رده او قطع طريق فقتل عند المشتري يرجع على البايع بكل الثمن عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي في قول وهو اختيار المزني وابي اسحق المروزي وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم فيرجع بفضل ما بينهما وبه قال الشافعي في قول وهو اختيار ابن شريح وابي هريرة من اصحابه وفي صحة بيع العبد الجاني له قولان احدهما انه يصح واختاره المزني والثاني انه لا يصح وما ذكرنا من القولين في الرجوع بكل الثمن والنقصان على قول صحة البيع كذا في كتبهم م فالحاصل ش في هذا الخلاف م انه ش اي ان مستحق القطع او مباح الدم م بمنزلة الاستحقاق عنده ش اي عند ابي حنيفة فاذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن فكذلك هنا م وبمنزلة العيب عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد فاذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب بان يقوم عبدا قد وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بان ذاك النقصان من الثمن م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه ش اي وان سبب القطع والقتل م لا ينافي المالية ش بدليل صحة البيع ونفاذ بيعه فيه بالعتق وغيره ولو كان يحل الدم اثر في العقد لاثر في المالية لما صح البيع كذا في الاسرار م فنفذ العقد فيه لكنه معيب ش فيرجع بنقصانه عند تعذر رده ش اما التعذر في صورة القتل فظاهر وكذا في صورة قطع اليد فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري والعيب الحادث عنده يمنع الرد ولكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان القطع وبه صرح في الفتاوى لان القطع وان كان مضافا الى السرقة لانه مستحق بها لم يكن فوات المالية في ضمنه مضافا اليها لان السرقة لا تفوت المالية والقطع يستحق من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال فلهذا اوجبا الرجوع بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع م

وصار ش هذا م كما اذا اشترى حاملا ش ولم يعلم بالحمل وقت الشرا والقبض م فماتت في يده ش اي في يد المشتري م بالولادة
فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل ش ولا يرجع بكل الثمن م وله ش اي ولابي حنيفة م ان سبب الوجوب في يد البايع
ش اي ان سبب وجوب القطع او القتل العمد وهو السرقة او القتل وجد م في يد البايع والوجوب ش اي سبب الوجوب
م يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق ش فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فينقض البيع
من الاصل لعدم مصادفة العقد محله م فصار ش هذا م كما اذا قتل المغصوب ش اي العبد المغصوب او قطع بعد الرد
الى مولاه بجناية ش اي بسبب جناية م وجدت في يد الغاصب ش صورته غصب رجل عبدا فقتل العبد عنده رجلا عمدا فرده الى
المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب. وما ذكر من المسئلة ممنوعة ش اي مسالة الحامل
وجه المنع انها على قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على البايع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة وقيل انها على الاختلاف
ايضا وان لم يذكر الاختلاف في كتاب البيوع وان سلمنا فنقول الموجود في يد البايع الاعلاق وانه يوجب انفصال الولد
لا يفضي الى الهلاك غالبا بل الغالب هو السلامة عند الولادة وهو معتبر الراي اذا اخذ بخلاف ما اذا غصب جارية حاملا
في يد الغاصب فردها فولدت في يد المالك وماتت يرجع على الغاصب بقيمة الجارية لان الرد لم يصح لان شرط صحة
الرد ان يردها كما اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب اما ههنا الحبل لا يمنع صحة التسليم الى
كذا في جامع العتابي والمبسوط وفايدة الخلاف فيما اذا اطلع على سبب القتل او القطع ولم يقتل ولم يقطع هل يجوز رده ام لا فعند
ابي حنيفة لا يجوز رده لانه بالاستحقاق يكون بمنزلة الاستحقاق وعندهما يجوز رده فكان الشافعي لانه بمنزلة العيب وكونه
مستحقا للقطع او القتل عيب سوا استوفي ام لا وفي شتى وفايدة الخلاف تظهر في امر الكفن والدين تكون طالبه [illegible]
على البايع وعلى طريقة ابن شريح على المشتري م ولو سرق ش اي العبد المبيع م في يد البايع ثم سرق في يد المشتري فقطع
بهما ش اي بالسرقتين م عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م يرجع ش اي المشتري م بالنقصان ش اي بنقصان الرد
الموجودة عند البايع م كما ذكرنا ش يعني عند قوله وان اشترى فقد سرق ولم يعلم به الى اخره م وعنده ش اي عند ابي حنيفة
لا يرده بدون رضا البايع للعيب الحادث ش وهو السرقة عند المشتري والقطع بها م او يرجع بربع الثمن ان
لم يقبله البايع م وان قبله فبثلاثة الارباع ش اي يرجع بثلاثة ارباع الثمن م لان اليد من الادمي نصفه وقد تلف
بالجنايتين وفيهما التلف كانت احدهما في يد البايع والاخرى في يد المشتري م ففي احديهما ش اي وفي احدى الجنايتين
م الرجوع ش اي رجوع المشتري على البايع بنصف الثمن م فيتنصف ش اي النصف فينقسم عليهما نصفين لكون القطع
مضافا الى السرقتين فليسقط نصف النصف عن البايع وهو الربع ويضاف الربع الثاني الى النصف فيصير ثلاثة
الارباع فيرجع بها على البايع فان قيل اذا احدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البايع قبل البيع
كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن لم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق
وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قلت انا نذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق مستويان قبل القبض وبعده لا
في المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الا فيما يجوز بمنزلة
الاستحقاق والعيب وما نزل منزلة الشي لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام م وان تداولته الايدي ش يعني
بعد وجود السرقة من العبد في يد البايع تداولته الايدي ش يعني اشترى من يد الى يد م ثم قطع في يد الاخير رجع
الباعة ش وهو جمع بايع كالحاكة جمع حايك م بعضهم على بعض ش بالثمن كما في الاستحقاق م عنده ش اي عند ابي حنيفة
وبه قال بعض اصحاب الشافعي م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه
بمنزلة العيب ش حيث لا يرجع فيه وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولا كذلك فان البيع يمنع
الرجوع بنقصان العيب م وقوله في الكتاب ش اي قول محمد في الجامع الصغير. ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما
لان العلم بالعيب رضي به ولا يفيد على قوله ش اي على قول ابي حنيفة م في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
ش وقيد بالصحيح احترازا عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى
لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم لانه
انما جعلنا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وفي شرح الطحاوي اذا كان
المشتري عالما وقت العقد او قبل القبض صار راضيا بالعيب فلا يرجع على بايعه بشي في قولهم جميعا وقال فخر الاسلام
والصحيح ان الجهل والعلم سوا لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وقال الاكمل قيل فيه نظر
قلت القايل بالنظر هو الاترازي حيث قال لانا نقول سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب
لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق عند ابي حنيفة فنزل منزلته لا

حتى لانه حقيقة الاستحقاق سوا كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض وبعده يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن
... ويرجح في شرح الطحاوي وهنا لا يبطل البيع ولهذا لو اعتق المشتري قبل القتل او القطع صح عند ابي
حنيفة انه لا يرجع عند ابي حنيفة بشي اذا قتل او قطع بعد الاعتاق بسبب كان عند البايع لان القتل او القطع
لم يثبت المالية لعدم المالية حينئذ وعندهما يرجع بالعيب اعني بنقصان عيب السرقة ونقصان كونه حلال الدم لان
الملك ينتهي وينقص بالاعتاق كالموت فلا يبطل الرجوع هذا اخر كلام الاترازي والاكمل لم يذكر كلام الاترازي بكماله
فاخذ بعضه ثم قال قيل فيه نظر ثم قال والجواب ان كونه اصح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وتحقيقه
بلا ورود السوال ويجوز ان يكون من حيث الدليل وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب او انه
عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلايل المتقدمة
وهذا اخر كلام الاكمل قلت جوابه لا يخلو عن خدشة على ما لا يخفى وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع غير مسلم
لان ما يدل على جوازه القول بانه عيب فليتامل م قال ش اي العبد وربي م ومن باع عبدا وشرط البراة من كل عيب
فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم جملة العيوب بعددها ش وفي بعض النسخ فليس له ان يرده وان لم يعدها اي
العيوب قال الكاكي وهو الصحيح قوله ليس له ان يرده بعيب لصحة الشرط والبيع وقال زفر البيع صحيح والشرط باطل
اذا كان مجهولا وفي المختلفات البيع باطل وعلى قوله فاسد اذا عد العيوب صحة البراة ايضا م وقال الشافعي لا تصح البراة
بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح ش للشافعي فيه طريقان اشهرهما وبه قال ابن شريح وابن الوكيل
والاصطخري ان فيه ثلاثة اقوال احدها انه يبرا وبه قال علماؤنا لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم ويروى
ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وثانيها انه لا يبرا عن عيب ما وبه قال احمد في رواية وعنه يبرا عما لا يعلمه
دون ما يعلمه وثالثها وهو الاصح ويروى عن مالك انه لا يبرا في غير الحيوان ويبرا في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه
لما روي ان ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت رضي الله عنه بشرط البراة فوجد زيد به عيبا فاراد رده
ثم ترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر احلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه ففرق
عثمان وزيد بين كون العلم معلوما وغير معلوم والطريق الثاني وبه قال ابن خيران وابو اسحق القطع بالقول الثالث
... كذا في شرح الوجيز وفي الحلية لو قلنا الشرط باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان اظهرهما انه يبطل م
... م يقول ان في الابرا معنى التمليك حتى يرتد بالرد ش حتى ان رب الدين لو ابرا المديون من دينه فرد
لم يصح الابرا وكذا لا يصح تعليق الابرا بالخطر بان قال ابراتك عن العيب او الدين ان فعلت كذا لما فيه
من معنى التمليك م وتمليك المجهول لا يصح ش كبيع شاة من قطيع غنم م ولنا ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ش والابراء
اسقاط لا تمليك حتى يتم بلا قبول لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء باسقطت عنك ديني
والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو
لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلة له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم م
وان كان في ضمنه التمليك ش هذا جواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره ان ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا
ولا يلزم في ضمنه فساد ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالته م لعدم الحاجة الى التسليم ش لان المسقط
يكون متلاشيا لا يكون معقودا ش كما اذا باع قفيزا من صبرة فان قلت في الجامع الصغير في كتاب الهبة اذا قال من له
على ... دراهم اذا جاء غد فانت منها بري فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول قلت انما لم يصح التعليق فيه
لا لانه لا يصح في الاسقاط المحض لان في الاسقاط فيه معنى التمليك فان قلت اذا قال ابراتك يصح واذا قال ابرات
احدكما لا يصح فظهر الفرق بين المعلوم والمجهول قلت ابرات احدكما يصح ايضا عند بعض اصحابنا ويجبر على
التعيين كذا في الاسرار ولئن سلمنا انه لا يصح فنقول انما لم يصح لان من له الحق مجهول لا لان الحق مجهول
الا ترى ان من قال لفلان علي درهم يصح ولو قال لفلان او فلان علي الف لا يصح ولا يلزم على هذا ما اذا قال لامرأتيه
احداكما طالق لان الطلاق بعد وقوعه يكون حقا لله تعالى وهو معلوم والدليل على ان الحق لله تعالى انهما لو
تراضيا على اسقاطه لا يصح م ويدخل في هذه البراة ش انما قال في هذه البراة احترازا عن البراة التي شرطها
البايع في قوله بعينه على اني بري من كل عيب به انه لا يبرا عن الحادث بالاجماع كذا في الايضاح وغيره م
العيب الموجود ش فيه وقت العقد م والحادث ش اي ويدخل العيب الحادث فيه. قبل القبض في قول ابي
يوسف ش اي في ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة ايضا م وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول
زفر والحسن والشافعي ومالك وابي يوسف في رواية م لان البراة تتناول الثابت ش فينصرف الى الموجود عند

عند العقد م ولابي يوسف ان الغرض الزام العقد ش اي ان المقصود من البراءة الزام العقد م باسقاط حقه ش اي حق
المشتري م عن صفة السلامة ش اي سلامة المبيع م وذلك ش اي الزام العقد يكون م بالبراءة عن الموجود والحادث
ش جميعا وذكر الكرخي في مختصره فان قال البايع اسعك على اني بري من كل عيب به لم يدخل في البراءة العيب الحادث
في جميع الروايات عن ابي يوسف ومحمد ووجهه انه لما قال به خص الموجود بالبراءة ولم يتجاوز عنه وروي عن
ابي يوسف انه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث قبل البيع وفي الخلاصة لو تبرا البايع من كل عيب لا
يدخل فيه العيوب والادواء فان تبرا من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكي ولا الاصبع الزايدة ولا الاثر وعن
ابي حنيفة الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال او كبد او نحو ذلك وفي الخلاصة ايضا رجل باع عبدا
او جارية وقال انا بري من كل داء ثم لم يقل من كل عيب فانه لا يبرا عن العيوب لان الداء يدخل في العيوب اما العيب لا يدخل
في الداء ولو قال المشتري للجارية برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هي عوراء لا يبرا وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب
بيدها وهي مقطوعة اليد لان البراءة عن عيب اليد والعين تكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمهما وفي شرح
الطحاوي ولو اختلفا في العيب في انه موجود وقت العقد ام لا فقال المشتري هو حادث فلم يدخل في البراءة وقال
البايع كان موجودا فدخل في البراءة فعلى قول ابي يوسف لا فايدة لهذا الاختلاف لانه يبرا عنهما جميعا عنده واما
على قول محمد فعلى قوله القول قول البايع مع يمينه انه حادث وعند زفر القول للمشتري ن ا

باب البيع الفاسد

ش اي هذا باب في بيان احكام الفاسد ولقب الباب بالفاسد وانما
كان مشتملا عليه وعلى الباطل للكثرة وقوعه وتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو
ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع
المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وحاصل الكلام الباطل ما لا يكون مشروعا باصله ووصفه
لا سقاط ركنه ومحله يقال بطل اللحم اذا دود وتسوس بحيث لا ينتفع به والفاسد ما يكون مشروعا باصله دون وصفه
ويثبت به الملك اذا اتصل به القبض يقال فسد اللحم اذا اصار ذا نتن بحيث يمكن الانتفاع به والمكروه ما كان مشروعا باصله
ووصفه ولكن جاوره شيء اخر منهي عنه وعلى هذا تفصيل المسايل المذكورة في الكتاب م واذا كان احد العوضين ش المبيع والثمن
م او كلاهما ش اي او كلا منهما م محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة ش والميتة في اللغة هو الذي مات حتف انفه وانما قيدنا
باللغة ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عند من ليس له دين سماوي بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم
جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا خلافا للميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها الميتة
عندهم فعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في ساعات المسلمين وغيرهم م والدم والخنزير والحر وكذا
اذا كان غير مملوك كالحر ش هذا كله لفظ القدوري في مختصره ولهذا م قال ش اي المصنف م هذه فصول جمعها ش اي القدوري
م وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر ش اي وكذا البيع بالحر م لانعدام ركن البيع وهو ش اي
ركن البيع م مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء اي الميتة والدم والخنزير والخمر الحرم لا تعد مالا عند احد ش ممن له دين
سماوي لان الذي ليس له دين سماوي كالملحد فلا يعتبر م والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
فانهما مال عند البعض ش وهما من اعز الاموال عند اهل الذمة وفي المبسوط البيع بالخمر عندنا يوجب الملك بالقبض لان
محل العقد المالية في البدلين وبخمر العصير لا تنعدم المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية بكون منتفعا به وقد اباح
الله تعالى ذلك في الخمر بقوله ومنافع للناس فيفيد ملك المبيع بها اذا اتصل القبض باذن البايع صريحا او دلالة بان يقبضه
المشتري عقيب البيع بحضرة البايع فالفرق بين الفصلين اعني كون البيع بالدم والميتة باطلا وبالخمر والخنزير فاسدا ان البايع
لا يفيد الملك وان اتصل به القبض والفاسد يفيد كما ذكرنا الان وفايدة هذا انه لو كان المشتري عبدا فاعتقه المشتري
بعد القبض لا ينفذ في الاول وفي الثاني يكون المشتري خصما حتى تسمع البينة عليه لانه ملكه ثم اذا لم يفد الملك في الوجه الاول
هل يصير المقبوض مضمونا عليه بالقبض ام لا اختلف المشايخ فيه اشار في بدايه المصنف بقوله م والباطل لا يفيد ملك
التصرف فلو هلك المبيع في يد المشتري فيه ش اي في البيع الباطل م يكون امانة عند بعض المشايخ ش اراد به الشيخ ابا نصر
احمد بن علي الطواويسي وهو استاذ شيخ الاسلام ابي بكر المعروف بخواهر زاده فانه قال هو امانة وليس بمضمون وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة واليه ذهب الشيخ ابو سهل الشرغي م لان العقد غير معتبر ش لكونه باطلا م فبقي القبض باذن المالك ش فيكون
امانة ولهذا البيع بالبول باطل وكذا بيع المحرم الصيد لان صيد البر حرام على المحرم كالميتة فيكون بيعه باطلا م وعند البعض
ش اراد به شمس الائمة السرخسي وروى ابن سماعة عن محمد انه يكون مضمونا كذا قال به البعض م يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى
حالا من المقبوض على سوم الشراء ش فان المقبوض على سوم الشراء مضمون فكذا هذا والمضمون بالقيمة او بالمثل وبه قال الشافعي ومالك واحمد

المقبوض

٢٥٥

المقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب
به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون م وقيل ش قايله محمد بن سلمة البلخي م الاول قول ابي حنيفة والثاني
قولهما ش اي قول ابي يوسف ومحمد م كما في بيع ام الولد والمدبر ش يعني اذا هلك عند المشتري فهو على هذا الخلاف م على ما نبينه
ان شاء الله تعالى ش يعني في بابه م والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ش اي بالبيع الفاسد يعني اذا كان القبض باذن
المالك باتفاق الروايات بملكه م ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه ش اي في البيع الفاسد والضمان بالقيمة او بالمثل
وقال مشايخ العراق ان المشتري شراء فاسدا يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البايع على ذلك لا باعتبار ملك العين
بدليل عدم جواز الوطي لجارية مشتراة شراء فاسدا وكذا لا شفعة في الدار المشتراة شراء فاسدا وكذا لا يحل اكل طعام ن
اشتراه شراء فاسدا وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين فاسدا لو ابا اذا اشترى دارا شراء فاسدا
وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لنفسه وكذا لو ورد المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا بحث على
البايع استبراوها ولو اعتق المشتري العبد المشتري شراء فاسدا من الاب او الوصي جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط
لما جاز لان عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين م وفيه ش اي وفي كون المبيع مضمونا
في يد المشتري في البيع الفاسد م خلافا للشافعي ش فعنده ليس بمضمون وبه قال مالك واحمد م وسنبينه ان شاء الله تعالى
بعد هذا ش اي في اول الفصل الذي يلي هذا الباب وفي بعض النسخ وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى م وكذا بيع الميتة والدم
والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين ش اي بما يجب في الذمة كالدراهم ن
والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين معين ش مثل ثوب مثلا م فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وهو الثوب ود ا
كان لا يملك عين الخمر والخنزير ش كله ان واصله بما قبله ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير مال
عند اهل الذمة م الا انه ش اي ان كل واحد منهما م غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد
مقصودا اعزاز له ش اي في جعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المامور به واوضح ذلك بقوله م وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم
فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة ش الى تحصيل الخمر او الخنزير م لما انها ش اي الدراهم م تجب في الذمة وانما المقصود
الخمر فسقط التقوم اصلا ش لئلا يفضي الى خلاف المامور به م بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد
تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية
ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة ش اي لكون البيع
مقايضة وهي بيع العرض بالعرض والعرض هو المتاع القيمي كاينا ما كان وفي المحل القبض لمثل ويجوز ان يقال على هذا
انما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لان العوض مثل العرض في القيمة ويقال هما قيضان اي متساويان فان قلت
في هذا تغيير للعقد لان العاقد قد جعل الخمر مبيعا بدلالة الباء في الثوب وفي هذا يصير ثمنا فيكون تغييرا قلت
التغيير اهون من البطلان فلو لم يجعل كذلك يبطل مع ان المقايضة تصلح ان يكون كل واحد ثمنا ومثمنا فلا يلزم
التغيير م قال ش اي القدوري م وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ش قال المصنف م ومعناه باطل لان استحقاق
العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م اعتقها ولدها ش هذا رواه ابن عباس
رضي الله عنهما قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني
وابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم من مارية القبطية وهذا حجة على بشر وداود في تجويزهما بيعها ولفظ الحديث يوجب
الاعتاق لكن حمل على حق العتق وفي شرح المجمع والمجاز يراد من هذا اللفظ بالاجماع م وسبب الحرية قد انعقد في
حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت ش اعتبر التدبير سببا في الحال على خلاف ساير التعليقات فان فيها الشرط
مانع لانعقاده سببا في الحال لان بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى
بقاء الاهلية والموت ينافي الاهلية فدعتنا الضرورة الى القول بانعقاده سببا في الحال فنتاخر الحكم الى ما بعد الموت فصار
طريقه طريق الوصية فان الوصية تنعقد سببا في الحال للخلافة بعد الموت اذا ثبت القول بانعقاده سببا في البيع
امتنع البيع كذا في الايضاح م والمكاتب يستحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ش يدل ليل المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون
رضا المكاتب اما قال لازمة في حق المولى لانه غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخ الكتابة م ولو ثبت الملك بالبيع ش
لو بيع المكاتب م لبطل ذلك كله ش اي لبطل استحقاق اليد اللازمة م فلا يجوز ش وقال الاترازي قوله لبطل ذلك كله
اي لو صح بيع هؤلاء لبطل ما قلنا من المعاني وهي استحقاق ام الولد العتق وانعقاد سبب الحرية للمدبر في الحال واستحقاق المكاتب
يدا على نفسه لازمة في حق المولى فلم يجز بيعهم لئلا يبطل هذه المعاني انتهى كلامه ولهذا الوجه لا يجيء فباع هو لا بحث ذكره
في جامع المحبوب م ولو رضي المكاتب بالبيع ش اي ببيع نفسه م ففيه ش اي في جوازه م روايتان والاظهر هو الجواز ش لان عدم

كان لحقه نقل استطاعته وصار الفسخ الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه لا يجوز وللشافعي في بيع المكاتب قولان اصحهما
انه لا يجوز وبه قال مالك واحمد وقال في القديم يجوز م والمراد من المدبر ش اي المدبر الذي لا يجوز بيعه هو م المدبر المطلق ش
وهو الذي علق عتقه بالموت من غير التعرض لصفة كقوله انت حر بعد موتي فان مت فانت حر م دون المقيد ش اي دون المدبر
المقيد مثل قوله اذا اقدمت من سفري هذا فانت حر وان مت من مرضي هذا فانت حر وساغ المدبر المقيد بالاجماع ذكره
الكرخي عن زيد بن ثابت وابن عمر وشريح وسعيد بن المسيب والشعبي وابراهيم وعطاء وابن سيرين انهم قالوا لا يباع الا
الا من نفسه وهو قول اصحابنا وسفيان الثوري ومالك م وفي المطلق ش اي وفي المدبر المطلق م خلاف الشافعي وقد
ذكرناه في العتاق ش وعند الشافعي واحمد واسحق يجوز بيع المدبر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر
وجوابه ما رواه محمد بن الحسن في الاصل عن ابي جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما باع خدمة المدبر ولم يبع
رقبته او نقول المراد منه المدبر المقيد م واذا ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري لا ضمان عليه عند ابي حنيفة ش
صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن باع ام ولد او مدبرة له فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه
م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م عليه ش اي على المشتري م قيمتهما وهو رواية عنه ش اي قولهما رواية عن ابي حنيفة وهذا هو المعلوم
من ظاهر كلام المصنف وقالوا لا كل هذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر وروى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر
بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا يتقوم لها
قلت هذا من كلام السغناقي نقله الاكمل وقال الاترازي وقال بعضهم في شرحه فالروايتان عن ابي حنيفة في حق المدبر
الى آخر ما ذكره الاكمل واراد الاترازي بقوله قال بعضهم السغناقي م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه ش اي ان كل واحد من
المدبر وام الولد م مقبوض بجهة البيع ش لانهما يدخلان تحت العقد وما هو كذلك فيكون مضمونا عليه بالقيمة كسائر الاموال
ش المقبوضة على سوم الشراء وهذا ش اشارة الى كونهما مقبوضين بجهة البيع م لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع ش واوضح
ذلك بقوله م حتى يملك ما يضم اليهما في البيع ش بان جمع بين قن وبين احدهما وسمى الثمن صح البيع في القن بحصته من الثمن م بخلاف
المكاتب ش جواب عما يقال لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك وتقرير الجواب
ان المكاتب لم يدخل م لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان م به ش اي بالقبض وتحقيقه ان المذكور هو القبض
لا الدخول في العقد وتملك المضموم م وله ش اي ولابي حنيفة م ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته ش اي بحقيقة البيع م في محل
يقبل الحقيقة ش اي حقيقة حكم البيع وهو الملك م وهما ش اي ام الولد والمدبر م لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب ش
في كونه غير قابل للحقيقة اي حقيقة البيع وهو الملك م وليس دخولهما ش هذا جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع وتقريره ان ليس
دخول ام الولد والمدبر في البيع م في حق انفسهما ش لذا نهما لا ينعقد حكم البيع في المضموم اليهما وهو معنى قوله م وانما دخولهما
ش اي دخولهما في البيع م ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ش يعني لو اشترى
مال نفسه لا يجوز م وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه ش اي فيما ضمه المشتري الى عقده بان باع عبده مع عبد البائع
فاشتراهما المشتري دخل في البيع لينعقد الحكم في مال البائع حتى انقسم الثمن عليهما فصح البيع في مال البائع بحصته من الثمن
م كذا هذا ش اي لان الحكم فيما نحن فيه يعني يثبت حكم الدخول في البيع في حق المضموم اليه وهو القن لا في حكم ام الولد والمدبر
ثم اعلم ان قيمة المدبر ماذا فيه اختلاف المشايخ قال في الفتاوي الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديد فانه
ذكر في الف مسألة يضمن ما نقصه التدبير وذكر الامام علي السغدي في نوادر قيمته ثلثا قيمة القن وفي جواهر زاده
قال بعضهم نصف قيمة القن وهكذا في فتاوي ابي الليث وبه يفتى وبعضهم قالوا قيمته قيمة الخدمة ينظر كم يستخدم هو
مدة عمره من حيث الحزر والظن فما قاله جواهر زاده هو الاصح وعليه الفتوى الى هنا كلام الفتاوى الصغرى م قال ش
اي القدوري م ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه بيع ما لا يملكه ش ولا خلاف فيه للائمة الاربعة م ولا في حظيرة
ش اي ولا يجوز بيعه ايضا في حظيرة ش كالحوض والبركة م اذا كان لا يوخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم وفي الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن باع سمكة في حظيرة ولا يستطيع ان يخرج منها عينا الا ان لا يوخذ بغير صيد
فالبيع فاسد وان كان يوخذ بغير صيد فالبيع جائز والمشتري بالخيار اذا رآه قال فخر الاسلام معنى المسألة اذا كان
البائع اخذها ثم القاها في حظيرة فاما اذا كانت ملكا له يعني معنى قول محمد يجوز بيع السمك اذا كانت يوخذ من غير صيد
صح البيع لانه باع ما يملكه والى اشار المصنف بقوله م ومعناه اذا اخذه ش اي السمك م ثم القاه فيها ش اي في الحظيرة
م ولو كان يوخذ من غير حيلة جاز ش وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر محمد بن الحسن في المسائل انه
لو ان رجلا اتخذ حظيرة في ارضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد ان ياخذ ولو اخذه
اخرى فمن اخذ السمك فهو له قال ولذلك لو ان الرجل حفر في ارضه حفرة فوقع فيها صيد فتكسر فانه لا يحل ذلك الوقع

للصيد

الصيد فهو له وقد ملكه ذلك للصيد فهو لمن اخذه م الا اذا اجتمعت ش استثناء من قوله جاز معنى لا يجوز بيع السمك الا اذا اجتمعت
م فيها ش اي في الحظيرة انفسها ش من غير احتيال لها فاما اذا اجتمعت فيها باحتيال يجوز بيعها اذا كانت توخذ بغير صيد م ولم يسد
عليها المداخل ش اي موضع دخول الماء وقيد به لانه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار اخذ
له بمنزلة ما لو وقع في شبكته فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لعدم الملك ش وصحة البيع بناء على صحة الملك
وقال الاكمل هذا الاستثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع فيه بنفسه ليس بداخل فيه وفيه
اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير في ارض انسان او توحش فانه
لا يملك لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحرزه او يهيئ له موضعا
لان العسل ادرك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها
فانها ليست على وجه القرار وفي الحلية وحكي عن عمر بن عبد العزيز وابن ابي ليلى جواز بيع السمكة في بركة عظيمة وان احتيج الى
مؤنة كثيرة وحكى ابو العباس هذا قولا للشافعي م قال ش اي القدوري م ولا بيع الطير في الهواء ش وفي بعض النسخ ولا يجوز بيع
الطير في الهواء م لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده ش اي ولو كان الطير لاحد فارسله من يده او انفلت منه
فلا يجوز ايضا وعلل هذه الصورة بقوله م فغير مقدور التسليم ش والحاصل ان بيع الطير على ثلاثة اوجه الاول بيعه في الهوا
قبل ان يصطاده والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام فالكل لا يجوز الا ما
ذكر في فتاوي قاضي خان وان باع طيرا له في الهوى ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه
والا فلا وقال الاترازي وكان صاحب الهداية اختار هذا حيث قال فرعان من ورقة والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها
جاز بيعها لانه مقدور التسليم م ولا بيع الحمل ش اي الجنين م ولا النتاج ش اي ولا بيع النتاج وهو حبل الحبلة م لنهي رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ش هذا اغرب بهذا اللفظ وفيه احاديث روى عبد الرزاق في مصنفه
اخبرنا معمر وابن عيينة عن ايوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المضا من
والملاقيح وحبل الحبلة قال والمضامين ما في اصلاب الابل والملاقيح ما في بطونها وحبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة
وروى الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة
ورواه البزار مرفوعا نحوه عن ابي هريرة واخرج الستة من حديث نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
حبل الحبلة والحبل بفتح الباء الموحدة مطلق ويراد به المصدر ويراد به الاسم كما يقال له الحمل ايضا واما دخول
التاء في الحبلة فقال ابو عبيد في غريب الحديث انما دخلت عليه للاشعار بالانوثة فيه وقيل ان الهاء فيه للمبالغة كما في
نحوه وقال شيخنا في شرح الترمذي ويحتمل ان يكون جمع حابل فقد حكى صاحب المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة وروي
بعض الفقهاء حبلة بكسر الباء ولم يثبت م ولان فيه غررا ش اي ولان في بيع الحمل والنتاج غررا اي خطرا الذي لا يدري ايكون ام
م ولا اللبن ش يجوز بالرفع والجر على حذف المضاف واعادته تقديره اي لا يجوز بيع اللبن في الضرع وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يجوز
اياما معدودة اذا عرف قدر حلابها ويكون التسليم بالتخلية كالثمار على رؤوس الشجر وقال الحسن البصري يجوز في الزمان المعين لامكان التسليم
وعلل المصنف عدم جوازه بوجوه ثلاثة الاول قوله م للغرر ش وقد نهى عن الغرر م فعساه انتفاخ ش اي لعل الضرع منتفخ
يظن لبنا وهو الغرر والثاني هو قوله م ولانه ش اي ولان المشتري م ينازع في كيفية الحلب ش لان المشتري
يستقصي في الحلب والبائع ينازعه ويطالبه بان يترك داعية اللبن والثالث هو قوله م وربما يزداد اللبن ش ساعة فساعة
م فيختلط المبيع بغيره ش على وجه يتعذر تمييزه ويبطل البيع م والصوف ش اي ولا يجوز بيع الصوف حال كونه على ظهر الغنم وبه
قال الشافعي واحمد وقال مالك والليث بن سعد يجوز بشرط الجز لامكان تسليمه لانه من اوصاف الحيوان فجعل الصوف وصفا
لا بيع للحيوان فلما كان تبعا لم يجز جعله مقصودا بايراد العقد عليه م ولانه ش اي ولان الصوف م ينبت من اسفل ش بالنمو على
م فيختلط المبيع بغيره ش لانه يزداد ساعة فساعة م بخلاف القوائم ش هذا جواب عما يقال القوائم
متصلة بالشجر وجاز بيعها فاجاب بقوله بخلاف القوائم اي قوائم الخلاف م لانها تزيد من اعلاها ش فلا يلزم الاختلاط حتى
لو ربطت خيطا في اعلاها وتركت اياما يبقى الخيط اسفل ما في راسها الآن والاعلى ملك المشتري وما يقع من الزيادة وقع
في ملكه وكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح عندي ان بيع الخلاف لا يجوز وان كان ينمو من اعلاه لان موضع القطع
مجهول م وبخلاف القصيل ش هذا ايضا جواب عما يقال القصيل كالصوف وجاز بيعه فاجاب بخلاف القصيل فان بيعه يجوز
م لانه يمكن قلعه ش يعني وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع وفي الفتاوي
الصغرى وبيع الكراث يجوز وان كان ينمو من اسفله للتعامل م والقطع في الصوف متعين ش وقيل يريد به بيان الفرق
بين بيع الصوف على ظهر الشاة وبين بيع القصيل يعني ان بيع القصيل يجوز لان القلع فيه معتاد كالقطع فلا يقع التنازع

في موضع القطع لا محالة والقطع في الصوف متعين معتاد بين الناس فان القلع فيه وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس م فتقع
المنازعة في موضع القطع ش فلا يجوز لجهالة موضع القطع م وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم
وعن لبن في ضرع وسمن في لبن ش روى الحديث موقوفا ومرفوعا مسندا ومرسلا فالمرفوع المسند رواه الطبراني في
معجمه حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن
عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع واخرجه
الدارقطني ثم البيهقي في سننيهما عن عمر بن فروخ به وقال الدارقطني وارسله وكيع عن عمر بن فروخ ثم اخرجه عن وكيع
عن عمر بن فروخ مرسلا لم يذكر ابن عباس وقال البيهقي تفرد به عمر بن فروخ وليس بالقوي قلت نقل الذهبي توثيق
عمر بن فروخ عن ابي داود وابن معين وابي حاتم واما المرسل فرواه ابو داود في مراسيله عن محمد بن العلاء عن ابن المبارك
عن عمر بن فروخ عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يذكر ابن عباس ولا حبيب بن الزبير ورواه ابن ابي شيبة
في مصنفه بسنده عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى ان يباع لبن في ضرع او سمن في لبن م وهو حجة ش اي
الحديث المذكور حجة م على ابي يوسف م في هذا الصوف ش اي في الصوف على ظهر الغنم وانما قيد بقوله في هذا
الصوف احترازا عن الصوف المجزوز فانه يجوز بيعه على جميع الروايات م حيث جوز بيعه فيما يروى عنه ش اي جوز
ابو يوسف بيع الصوف على ظهر الغنم فيما روي عنه من ذلك ووجهه انه باع مالا منتفعا به مقدور التسليم في
الحال وذكر محمد في الصلح لو صالح على صوف على ظهر الغنم جاز لانه متاح الاخذ منه قبل الذبح فجاز بيعه والصلح
عليه كالقصيل في الارض م قال ش اي القدوري م وجذع في سقف وذراع من ثوب ش يجوز الرفع والجر في اعراب الجذع
والذراع على ما تقدم اي لا يجوز بيع جذع حال كونه في سقف ولا بيع ذراع من ثوب والمراد به ثوب يضره القطع
كالعمامة والقميص والسراويل اما في الثوب الذي لا يضره القطع يجوز بيع ذراع منه كالكرباس ويجوز بيع قفيز
من صبرة كذا ذكره الامام المحبوبي وفي الايضاح وكذا لو باع حلية من سيف لانه لا يتخلص الا بضرر او نصف
زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا لو باع ما يصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وكذا
لو باع ذراعا من خشبة م ذكر القطع او لم يذكره ش يعني سواء ذكر موضع القطع من الثوب او لم يذكره م لانه
لا يمكن تسليمه الا بضرر ش لا يقال انه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون العقد غير معتبر
والعقد لم يوجب عليه بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ش قوله فضة صفة
اريد بها القطعة من الفضة الغير المسبوكة م ولو لم يكن ش اي الجذع او الذراع م معينا لا يجوز لما ذكرنا ش وهو انه
لا يمكن تسليمه الا بضرر م وللجهالة ايضا ش اي ولجهالة المبيع ايضا ولا خلاف لاحد ان جهالة المبيع تمنع الجواز
م ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري ش البيع م يعود ش البيع م صحيحا لزوال المفسد
ش المانع م بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البزر ش اي وبيع البزر م في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما ش اي
التمر والبطيخ م واخرج المبيع ش وهو النوى او البزر م لان في وجودهما احتمالا ش اي في وجود النوى في التمر والبزر
في البطيخ احتمالا يعني يجوز ان يكون ويجوز ان لا يكون في زمان البيع م اما الجذع عين موجود ش وهو محسوس ولا
فيه وفيه اشارة الى تمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجود والغرض
والبزر والنوى ليس كذلك لان البزر يكسر اللب وفيهما من النقل وغيره فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح
لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وله
بيع كرشها وكارعها اجيب ان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز
هناك معنى اصليا لانه اعتبر عدما حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما
ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض بفعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد ما غير مستحق بالعقد فاذا
ما التزم الضرر زال المانع فيجوز م قال ش اي القدوري م وضربة القانص ش اي لا يجوز بيع ما يخرج من ضربة القانص
اي الصائد بالشبكة ولا خلاف فيه لاحد وفسر المصنف ضربة القانص بقوله م وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
مرة لانه مجهول ولان فيه غررا ش لانه يحتمل ان يحصل شيء من الضربة ويحتمل ان لا يحصل والقانص اسم فاعل من قنص
يقنص قنصا اذا اصطاد من باب ضرب يضرب وروي في بعض كتب الازهري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربة الغائص
بالغين المعجمة والياء اخر الحروف وهو الغواص على اللآلي وكذا ذكره الزمخشري في الفائق وفسر بقوله هو ان يقول
للتاجر اغوص غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا وهذا هو الصحيح فالمعنى فيهما واحد وهو انه بيع المجهول ولانه معدوم
في الحال م قال ش اي القدوري م وبيع المزابنة ش وهو عطف على ما ذكر قبل هذا بقوله ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصاد

كذا قال

لما قاله الاتراري وفيه تعسف تقدير وه ولا يجوز بيع المزابنة عطفا على ما قبله ويجوز فيه الرفع والجر ايضا كما تقدم قال
الاتراري بيع الثمر بالثاء المثلثة وبتمر مجدود بالتاء المثناة من فوق لنا وقع سماعنا من اساتذنا وذلك لان ما يكون على
النخل يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا اخذ فقلنا بالمثلثة حتى يعمهما جميعا والثالث من حال المجدود ان يكون تمرا فقلنا بالمثناة
من فوق ولو روي بالمثلثة فيهما جميعا او بالمثناة فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزابنة لا يجوز كيف ما كان لشبهة الربوا
سواء كان الرطب بالرطب او التمر بالتمر او احدهما بالاخر وفسر المصنف المزابنة بقوله م وهو بيع التمر على النخل بتمر مجدود ش
اي مقطوع م مثل كيله خرصا ش اي من حيث الخرص وهو نصب على التمييز من مثل كيله يقال خرص النخل خرصا فهو من باب
نصر ينصر كذا في المغرب وفسر القدوري المزابنة بقوله وهو بيع التمر على النخل بخرصه تمرا والمزابنة المدافعة من الزبن
وهو الدفع وسمي هذا النوع من البيع بها لانها تؤدي الى النزاع والتدافع لانها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يكثر فيريد المغبون
دفعه والغابن امضاءه فيتدافعان م لانه عليه السلام ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م نهى عن المزابنة والمحاقلة ش روي هذا
عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وفي البخاري ومسلم من حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة
والمحاقلة زاد مسلم في لفظ وعن الثنيا الا ان يعلم واخرجا ايضا من حديث ابي سعيد الخدري قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر في رؤوس النخل والمحاقلة كراء الارض واخرج البخاري ايضا من حديث ابن عباس قال
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة واخرج ايضا من حديث انس رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة والمزابنة واخرج مسلم من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزا
بنة والمحاقلة واخرجه الترمذي ايضا عن ابي هريرة نحوه ثم قال وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وسعد وجابر ورافع
بن خديج وابي سعيد قلت حديث ابن عمر عند الشيخين والنسائي وحديث زيد عند الترمذي وحديث سعد بن ابي وقاص عند ابي
داود والنسائي وحديث رافع بن خديج عند الستة م فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا
ش وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك المحاقلة هي كراء الارض ببعض ما يخرج منها من الثلث والربع او غيرهما وفي الفائق الحقل
القراح من الارض وهي الطيبة التربة الخالصة من شائب السبخ الصالحة للزرع ومنه حقل يحقل اذا زرع والمحاقلة مفاعلة
من ذلك وهي المزارعة بالثلث والربع وغيرهما وقيل هي اكتراء الارض بالبر وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر وقيل بيع الزرع قبل
ادراكه الى هنا لفظ الفائق وجاء في امثالهم لا تنبت البقلة الا الحقلة م ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص
ش لاحتمال الربوا م كما لو كانا موضوعين على الارض ش وباع احدهما بالاخر خرصا م وكذا العنب بالزبيب ش اي وكذا لا يجوز بيع
العنب بالزبيب م على هذا ش اي على الحكم المذكور وهو ما اذا كانا موضوعين على الارض فبيع احدهما بالاخر خرصا لاحتمال الربوا
م وقال الشافعي يجوز ش اي بيع التمر بتمر مجدود على الارض خرصا م فيما دون خمسة اوسق ش ولا يجوز فيما زاد عليها ولا واحد وفيه
قال احمد وفي قدر خمسة اوسق له قولان في قول يجوز وهو منقول المزني عن الشافعي وفي قول لا يجوز وهو مختار المزني وعند
احمد والاول هو الاظهر عند صاحب الوجيز م لانه عليه السلام ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م نهى عن المزابنة ورخص
في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق ش حديث المزابنة قد تقدم وحديث العرايا اخرجه البخاري ومسلم عن
داود بن الحصين عن ابي سفيان عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة
اوسق او في خمسة اوسق شك داود فقال دون خمسة اوسق او في خمسة والعرايا جمع عرية وهي النخلة التي يعريها الرجل
محتاجا اي يجعل له ثمرها فرخص للمعري ان يبتاع ثمرها من المعرى بتمر لموضع حاجته بسبب عريته لانه اذا وهب ثمرها فكانه جردها
من الثمر وعراها منه ثم اشتق منه الاعراء كذا قاله في الفائق والكلام في العرايا كثير وقد وضع الطحاوي لها بابا فقال باب
العرايا وبسط الكلام فيها من سبع حالة فاول ما قلت العرية فعيلة بمعنى مفعولة من عراه يعروه اذا قصده ويحتمل ان
تكون فعيلة بمعنى فاعلة من عري يعرى اذا خلع ثوبه كانها عريت من جملة التحريم فعريت اي خرجت وذكرها الطحاوي بطرق
مختلفة كلها تدل على صحة العرايا حتى قال الطحاوي بطرق مختلفة كلها تدل على صحة العرايا صلى الله عليه وسلم ثم اتبع في الرخصة
في بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكن تنازعوا في تاويلها فقال قوم العرايا ان يكون للرجل النخلة
او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل اخر وقد كان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة
او النخلتين باهله فيضر ذلك لصاحب النخل الكثير فرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب النخل الكثير ان يعطي لصاحب النخلة
او النخلتين خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو واهله عنه ويخلص ثمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير فيكون هو واهله فيه وقد
روي هذا القول عن مالك بن انس وكذا روي ايضا عن الاوزاعي وسعيد بن جبير وقال قوم مثل هذا الا انهم خصوا بذلك المساكين
يجعل لهم ثمر النخل فيصعب عليهم القيام عليها فابيح لهم ان يبيعوه بما شاءوا من التمر وهو قول سفيان بن حسين ويحيى بن سعيد
واحمد بن حنبل وقال قوم العرية الرجل يعري النخلة او يستثني من ماله النخلة او النخلتين ياكلها فيبيعها بمثل خرصها وهو قول ابي عبيد

العرى سعيد الانصاري وقال قوم العرية ان يأتي اوان الرطب وهنالك قوم فقراء لا اموال لهم ويريدون ابتياع رطب يأكلونه مع الناس ولا
فضول تمر من اقواتهم فانه لهم ان يشتروا الرطب بخرصها من التمر فيما دون خمسة اوسق وهو قول الشافعي وابي ثور ولا رخصة عندهما
في غير النخل والعنب وقال الطحاوي وكان ابو حنيفة رضي الله عنه يقول فيما سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع ابن سماعة عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل تمر نخلة من نخله فلم يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك
ويعطيه مكانه بخرصه تمرا وكان هذا التأويل اشبه واولى مما قاله مالك والشافعي لان العرية انما هي العطية الا ترى الى الذي مدح الانصار
كيف مدحهم اذ يقول * ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح * اي انهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح فلو كانت
العرية كما ذهب اليه مالك اذا لما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون ولكن العرية بخلاف ذلك قلت هذا الشعر
لسويد بن الصامت من شعراء الانصار يقال نخلة سنهاء وهي التي تحمل سنة وتحول سنة فلا تحمل فذلك عيب في النخل والرجبية
بضم الراء وفتح الجيم وكسر الباء الموحدة وتشديد الياء آخر الحروف هي النخلة التي ترجب اي تبنى حولها جدار لتعتمد عليه والجوائح
جمع جائحة وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة او فتنة وجاح الله ماله واجاحه واجاحه بمعنى اي اهلكه الجائحة قوله ان
ان يبيع بخرصها تمرا تمرا منصوب على التمييز من بخرصها قوله ان يباع يشتغل الى ضمير يرجع الى التمر الذي على رؤوس النخل لان الكلام
كان ضميره البارز في بخرصها على ان يرجع الى الثمرة وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث فكان تقديره وهو ان بيع العرايا ان يباع التمر
الذي على رؤوس النخل بخرصها تمرا محدودا ومثله قوله اوسق جمع وسق بفتح الواو وهو ستون صاعا وهو ثلاثمائة وعشرون رطلا
عند اهل الحجاز واربعمائة وثمانون رطلا عند اهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع والمد. فكانت العرية العطية لغة
العرية التي هي الرخصة معناها في اللغة العطية دون البيع م وتأويله ش اي وتأويل قوله ورخص في العرايا م ان يهب الرجل له
اي يعوض م ما على النخل من الجري ش بكسر الراء تمر مجدود ش اي مقطوع وهو بيع مجازا ش نظرا الى الصورة حيث اعطى
شيئا بخرص عن الخلف فاتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي اختصار الرخصة على ذلك المقدار م لانه لم يملكه ش اي لان الموهوب له
لم يملك التمر الذي على رؤوس النخل لانه لم يقبضه فكيف يكون بيعا م فيكون برا مبتدأ ش اي يكون اعطاء التمر بكسر التاء التمر المجدود
برا ابتداء لا بيعا قال تاج الشريعة لانه اعطى تمره وقال كل من ثمارها فلما اعطى مثل ما كان على النخل لتسقط دخوله في البستان
وصار كما اذا اشترى الحل عنكبه فيكون برا ابتداء لا بيعا لانه اذا فان قلت صرح في حديث زيد بن ثابت الذي
اخرجه الترمذي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فقد يساق الحديث ان المراد هو
بيع تمر بتمر اجيب بان العطف في النظم لا يدل على العطف في الحكم وقد تعرف الشيء بالنفي وحكمهما مختلف فان قلت قال في حديث
جابر اخرجه الطحاوي عن المزني عن الشافعي عن سفيان بن جريج عن عطاء عن جابر عن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن المزابنة الا انه رخص في العرايا واخرجه مسلم تاما منه والاستثناء من البيع يدل على ان العرية هي البيع حملا للاستثناء على
الحقيقة لانه الاصل قيل اجيب بانه على ذلك العقد برضاهما قوله عليه السلام المشهور التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور يقاض عليه فان قلت
في حديث ابي هريرة رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة اوسق وهذا دليل على انه بيع لانه سمى حكم ما فوق الخمسة ولو لم يكن المراد البيع
لم يختلف حكم الرخصة فيما فوقها اجيب بانه لا نسلم انه ينفي ذلك لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وما ذكره
في الخمسة لما انهم كانوا يعرون في هذا القدر ولم يدل على نفي ما وراء ذلك وقد ذكرنا عن قريب ان الراوي ظن اختصار الرخصة على
ذلك فقال لما لا تراوي فان قلت ان كان الامر على ما ذهب اليه ابو حنيفة رضي الله عنه من تفسير العرايا بانما فائدة الرخصة لم يختص
بل ما يقع ما روينا من مختصر الطحاوي فهو حصول الطيب للمعري والمعرى وخروج المعري من حكم الخلاف في الوعد وخروج المعرى
من حكم من اخذ عوضا من شيء لم يملكه م قال ش اي القدوري م ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة ش وفي بعض النسخ ذكر قوله والمنابذة
بعد قوله والملامسة قلت هذا هو الاصح لانه قال بعد ذلك م وهذه بيوع ش اشار بها الى البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وكذا
في نسخة شيخنا العلاء رحمه الله م كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان ش وفي المغرب المراوضة المداراة والمخاتلة
الرائض مع الرقيض ومنها بيع المراوضة بيع المواضعة عن الازهري لانه لا يخلو عن مداراة ومخاتلة وفي الاجناس البائع والمشتري
اذا تراوضا السلعة اي تداراها وترك خوف الجوف فيه نظر م على سلعة ش يتعلق بقوله يتراوض وفسره بقوله يتراوض الرجلان يعني
م اي يتساومان ش من التساوم من السوم يقال سام البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وساومها المشتري بمعنى استامها ومنه
لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يشتري كذا في المغرب م فاذا لمسها ش اي السلعة م المشتري اونبذها ش اي القاها اليه
اي الى المشتري البائع او وضع المشتري عليها ش اي على السلعة م حصاة لزم البيع ش وفي شرح الوجيز في الملامسة
ثلاث صور احدها ان يأتي بثوب مطوي او في ظلمة فيلمسه المستام فيقول صاحبه بعتكه هذا بكذا بشرط ان يقوم المستام
مقام نظرك ولا خيار لك اذا رأيته وهو تأويل الشافعي في المختصر وهذا البيع باطل والثاني ان يجعلا نفس اللمس بيعا بان يقول
البائع للمشتري اذا لمست ثوبي فهو مبيع وهذا باطل لان فيه من التعليق والثالث ان يبيعه شيئا على انه متى يلمسه انقطع

البيع ويسقط خيار المجلس وهو فاسد ايضا وللمنابذة ثلاث صور ايضا احدها ان يجعلا نفس النبذ بيعا بان يقول انبذ ثوبي اليك
وينبذ ثوبك الي على ان كل واحد بالآخر وهذا تأويل الشافعي في المختصر يقول بعتك هذا الثوب اني اذا نبذته اليك فقد وجب
البيع والثالث ان المراد منه نبذ الحصاة وهو ان يقول بعتك ثوبا من هذه الاثواب وادمي بهذه الحصاة فعلى اي ثوب وقعت فهو
المبيع او يقول بعتك هذا بكذا على انك بالخيار الى ان ترمي بهذه الحصاة فالبيع باطل في الثلاث م اما الاول بيع الملامسة والثاني
المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة ش ولقد مر هذا عن قريب من حديث ابي
هريرة والمنابذة متناول الكل وقال الاكمل وعبارة الكتاب تشير الى ان النهي عن بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر
ملحق بهما لانه في معناهما قلت قد جاء في حديث اخرجه مسلم والاربعة عن ابي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع
الغرر وبيع الحصاة وما وقفا الاكمل على هذا الحديث فلذلك انحصر في الكلام الذي قاله م ولان فيه ش اي ولان في كل واحد
من هذه البيوع م تعليقا ش اي لان التمليكات لا تحتمل التعليق لافضائه الى معنى القمار م قال ش اي القدوري م ولا يجوز بيع ثوب
من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا ش والقياس ان لا يجوز وبه قال زفر والشافعي
وقال الكاكي وكذا عبد من عبدين ولا خلاف فيه لاحد حتى لو قبضهما وماتا يضمن نصف قيمة كل واحد منهما لان احدهما مضمون بالقيمة
لانه مقبوض بحكم البيع الفاسد فالآخر امانة وليس احدهما اولى من الآخر فشاعت الامانة والضمان م وقد ذكرناه من بعد ش
اي في باب خيار الشرط م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها ش وفسر المصنف قول محمد عند
قوله م والمراد به الكلأ ش اي المراد بالمراعي الكلأ اطلاق لاسم المحل في الحال والكلأ واحد الاكلاء وهو كل ما رعته الدواب
من الرطب واليابس كذا في المغرب وروي عن محمد ان الكلأ ما ليس له ساق من الحشيش وما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ
وانما فسر المصنف المراعي بالكلأ لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك
لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الارض واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ او لم يكن م اما البيع
اي اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز م فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث ش وهو ما رواه الطبراني في معجمه
باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار ورواه
ابن ماجه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار
وثمنه حرام وفي سنده عبد الله بن خراش وهو ضعيف ضعفه ابو زرعة وعن البخاري انه منكر الحديث ورواه ابو داود في سننه
عن رجل من الصحابة نحوه ورواه الطبراني. اما الاجارة م اي اما عدم جواز الاجارة م فلانها عقدت على استهلاك عين
مباح ش ولا يجوز م ولو عقدت ش اي الاجارة م على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى
يعني عدم جواز الاجارة على عين مباح بالطريق الاولى في عدم الجواز لان محل الاجارة المنافع لا الاعيان باتفاق الفقهاء
الا اذا كانت آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ واللبن في استئجار الصباغ والظئر لان اللبن آلة للحضانة والظئر
والصبغ آلة للصباغ فلم يذكر ان اجارة الكلأ وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر الاجرة
بالقبض ويعد عتقه فما معنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوء النار والاصطلاء بها ولذلك الانتفاع من الماء بالشرب
وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة في الاراضي المملوكة وكذلك الانتفاع بالاحتشاش من الاراضي
المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان لغيره ان يقول ان لي في ارضكم حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحتشه
فتدفعه الي او تدعني اخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا انبت ظاهرا واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي فهو اختلاف
المشايخ ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل انه صاحبه يملكه وليس لاحد ان يأخذ بغير اذنه ويجوز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز
بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا يجوز
بيعه وفي فتاوى الولوالجي رجل باع حشيشا في ارضه ان كان صاحب الحشيش هو الذي انبت بان سقاها الماء لاجل الحشيش فنبت
بكلفته جاز بيعه لانه ملكه وليس لاحد ان يأخذ بغير اذنه كما لو اخذ السمك والقاه في الماء فباع جاز وان كان الحشيش نبت
بنفسه فلا يجوز بيعه لانه ليس بمملوك له لانه مباح الا ترى ان لكل واحد من الناس ان يأخذه وذكر قاضي خان لو باع الكلأ
او الماء بعد الاحراز جاز لانه صار احق به من غيره وفي الايضاح لا يجوز بيع الكلأ في ارضه ولا الماء في نهره او بئره وبه
قال الشافعي ومالك واحمد وهكذا ذكر الطحاوي لانه على اصل الاباحة فما لم يحرزه لم يجز بيعه كبيع الصيد في ارضه ما لم يأخذه
وكذا لا يجوز بيع الكمأة في ارضه ما لم يقلعها وكذا بيع السمكة في نهره او اجمته م ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يجوز اذا كان محرزا ش اي مجموعا م وهو قول الشافعي ش وفي كتب الشافعية بيع النحل في الكوارة وجهان احدهما
لا يجوز وهو اختيار ابي حامد هذا اذا لم يشاهد ولو اجتمع في الكوارات وشاهد جاز بيعه ولذا لو شاهد خارج الكوارة
ففي جواز بيعه له وجهان ومحل الخلاف النحل العسل اما نحل غير العسل لا يجوز بالاجماع لانه من الهوام كالزنابير م لانه ش اي لان

على الطلاق والعتاق لانها اسقاط محض ما يتبرك التمليكات بالخطر فاين العقد الآخر

النحل م حيوان منتفع به حقيقة ش يا ستيفا ما يحدث منه م وشرعا ش لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك م فيجوز بيعه
وان كان لا يؤكل ش كلمة ان واصلة بما قبلها م كالبغل والحمار ش فان بيعهما يجوز بلا خلاف م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف
م انه ش اي ان النحل من الهوام ش جمع هامة وهي دود الارض م فلا يجوز بيعه كالزنابير ش والحيات والعقارب والوزغ
والانتفاع به ش جواب عن قول محمد حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به م والانتفاع ش انما يحصل م بما يخرج منه ش من
العسل م لا بعينه ش اي لا ينتفع بعين النحل قيل هذا احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع
بهما في المآل باعيانهما وقالا لا يؤكل ... لحمه وجهها بقوله بما يخرج منه قلت قال هذا القول هو الكاكي ... م فلا يكون
منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة ش بضم الكاف وتشديد الواو وهي معسل النحل اذا سويت من الطين وفي التهذيب
كوارة النحل عسله في شمعه وفي المغرب الكوارة والكوار بالكسر من غير تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين ...
م فيها ش اي في الكوارة م عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له ش كما في بيع الارض مع الشرب وبيع العدن المختلطة بالتراب
ذكره الكرخي ش في مختصره م ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر منه القز تبعا له
ش اي للقز لانه صار منتفعا به في المستقبل م وعند محمد يجوز كيف ما كان ش اي سواء كان معه القز اولا م لكونه منتفعا
به ش وبه قال الشافعي واحمد وهو اختيار الصدر الشهيد وعليه الفتوى للتعامل كذا في الذخيرة وجامع المحبوبي م ولا يجوز
بيع بيضه ش اي بيض دود القز وهو البزر الذي منه يكون الدود م عند ابي حنيفة ش لانه مما لا ينتفع به بعينه بل ...
منه وهو معدوم في الحال م وعندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م يجوز لمكان الضرورة ش وبه قال الشافعي في وجه ...
وعليه الفتوى م وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده ش في عدم الجواز وقال الكرخي اجاز محمد بيع النحل اذا كان مجموعا
وكذا ان دود القز يجوز بيعه والسلم فيه اذا كان في وقته وحل حله في وقته وكان محمد يفصل ... وقال الكرخي ايضا
واجمعوا ان بيع هوام الارض لا يجوز كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض
كلها وقالوا لا يجوز بيع شيء في البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وفي الاجناس قال محمد
رحمه الله اذا كان الدود من واحد والورق والتوت منه والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفان او اقل او اكثر ...
وكذلك لو كان العمل منهما لا يجوز انما يجوز اذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما نصفان واما اذا كان البيض
على الثلث والثلثين لا يجوز وقال ابو الليث في فتاواه امرأة اعطت بذر القز وهو بذر الفليق بالنصف الى امرأة
عليه حتى ادرك فالفليق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الاوراق واجرة مثلها وعلى هذا
اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة
واجرة المثل وكذلك اذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف م والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال
متقوم مقدور التسليم ش وفي فتاوى قاضي خان لو باع طيرا يطير في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من
غير تكلف جاز بيعه والا فلا وكذا بيع الحمام في البرج وبه قال الشافعي ولو باع الحمام الطائر فللشافعي فيه وجهان يعتمد
اصحابه الاصح الجواز لاعتياده العود وعند اكثرهم الاصح عدم الجواز وكان حق وضع هذه المسألة ذكرها عند قوله
الطير في الهواء فلانه اتبع في ذلك الصدر الشهيد فانه ذكر الحمام بعد ذكر النحل ودود القز في شرح الجامع الصغير
ولا يجوز بيع الآبق ش هذا باجماع الفقهاء الاربعة وعن ابن عمر يجوز بيعه وعن محمد بن سيرين يجوز بيعه لو عرف موضعه
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز بيعه قبل هذا اذا علم المشتري ولو اختلفا في العلم فالقول للبائع واما العبد المرسل في ...
فيجوز بيعه كذا في المحيط م لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه ش اي عن بيع الآبق وهو ما رواه ابن ماجه في سننه من حديث ابي سعيد
الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق
وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص وضعفوه ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده
عن ابي سعيد الخدري مرفوعا الا انه قال وعن بيع العبد وهو آبق عوض قوله وشراء م ولانه لا قدرة على تسليمه ش اي
تسليم الآبق م قال ش اي محمد م الا ان يبيعه ش اي الآبق م من رجل زعم انه عنده لان النهي عنه ش في الحديث م بيع آبق
مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ش لانه عنده في يده وبه قال الشافعي م
ش اي ولان الآبق م اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ش اي العجز عن التسليم هو المانع عن ...
م ثم لا يصير ش اي المشتري م قابضا لمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد ش اي اشهد عند الاخذ انه اخذه
للرد على المولى م لانه ش يصير م امانة عنده ش ولهذا لو هلك قبل الوصول الى يد المولى هلك امانة م وقبض الامانة لا
ينوب عن قبض الشراء ش لان الادنى لا ينوب عن الاعلى م ولو كان لم يشهد ش عند القبض م يجب ان يصير قابضا لانه قبض
ش وقبض الغصب م قبض ضمان فينوب عن قبض المبيع وهو قبض ضمان م ولو قال هو ش اي الآبق م عند فلان فبعنيه فباعه لا ...

يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على التسليم ش لانه آبق مطلق م ولو باع الآبق ش من رجل م ثم عاد من الاباق ش وسلمه
الى المشتري م لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء ش وهو ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ م وعن
ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ ش يعني اذا عاد العبد من الاباق فيتم العقد ولكن بشرط ان لا يفسخ القاضي العقد قبل عوده
وان فسخه قبل ذلك فلا بد حينئذ من البيع الجديد م لان العقد انعقد لقيام المالية ش لان الآبق مال مملوك م والمانع ش من الجواز
قد ارتفع وهو م اي المانع م العجز عن التسليم فصار كما اذا ابق بعد البيع ش وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ كذا ذكره
الاسبيجابي م وهكذا يروى عن محمد ش يعني مثل ما روي عن ابي حنيفة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ولا يباع لبن امرأة ش اي
لا يجوز بيع لبن امرأة وبه قال مالك واحمد في رواية وابو القاسم بن يسار من اصحاب الشافعي لانه نجس عنده م في قدح ش قال الكاكي
ذكر القدح اتفاقي فان حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح ولكنه اخرج الكلام مخرج العادة ثم قال والاصح انه ذكره قيدا
لانه لو لم يذكره لتوهم جواز بيعه في القدح وانما لا يجوز لكونه في الضرع كما هو الحكم في لبن سائر الحيوانات فانه لا يجوز في الضرع
ويجوز في القدح وفي غيره من الاواني والى هذا اشار الامام ابو جعفر في كشف الغوامض وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب
طاهر احترز بالطاهر عن الخمر فانها نجسة فلا يحل بيعها م ولنا انه جزء الآدمي وهو ش اي الآدمي م بجميع اجزائه مكرم مصون عن
الابتذال بالبيع ش اي محفوظ عن الاهانة بسبب البيع م ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز
بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها ش اعتبارا للجزء بالكل م قلنا الرق قد حل نفسها اما اللبن فلا رق فيه
لان اللبن صفة حكمي م لا يختص بمحل القوة التي هي ضده ش اي ضد الرق يعني العتق م وهو ش اي المحل م الحي ش ومعناه
انهما صفتان متعاقبتان على موضع واحد وهما ضدان م ولا حياة في اللبن ش فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب
عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فلانه اذا استغنى عنه حرم شربه
والثاني مسلم لانه عند الضرورة وليست بحال ... فلا يجوز بيعه م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ولا يجوز بيع شعر الخنزير
لانه نجس العين م فلا يجوز بيعه ش اي بيع شعره م اهانة له ش كالخمر لان النجاسة في الشعر لهوانه
م ويجوز الانتفاع به ش اي بشعر الخنزير م للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ش اي لان عمل
الخرز لا يأتي بدونه وللضرورة ... سقوط الحظر والانتفاع بلحمه جائز عند الضرورة بالنص فالانتفاع بشعره
اولى قيل عند الضرورة لان الشعر اخف منه بدليل ان شعر الميتة طاهر ولحمها لا م ويوجد مباح الاصل جواب عما يقال اذا
كان كذلك ينبغي ان يجوز بيعه وتقرير الجواب ان شعر الخنزير يوجد مباح الاصل م فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان
لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء
ينبغي ان يجوز لهم الشراء م ولو وقع اي شعر الخنزير م في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع
دليل طهارته ولو وقع الطاهر في الماء لا ينجسه ولابي يوسف ان الاطلاق ش اي اطلاق الجواز م للضرورة فلا يظهر ش اي
الضرورة م الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ش اي تغاير حالة الاستعمال ولا بأس بالاساكفة ان يصلوا مع شعر
الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم م ولا يجوز بيع شعر الانسان ولا الانتفاع به ش ولا خلاف فيه للفقهاء الا رواية عن محمد بجواز
الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو
كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به وجه الظاهر هو قوله م لان الآدمي مكرم غير مبتذل ش قال الكاكي بكسر الدال يعني بالمعجمة
ومعناه غير متهاون بنفسه م فلا يجوز ان يكون جزء من اجزائه مهانا مبتذلا ش بفتح الذال كيلا يلزم الاهانة م وقد قال عليه
السلام ش اي وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم م لعن الله الواصلة والمستوصلة ش هذا الحديث اخرجه الائمة الستة في كتبهم
كلهم من حديث عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الواصلة والمستوصلة
والواشمة والمستوشمة انتهى وقال ابو داود الواصلة التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها والواشمة التي
تجعل الخيلان في وجهها بكحل او مداد والمستوشمة المعمول بها والاستدلال بهذا الحديث على منع بيع شعر الانسان والانتفاع
به ... غير واضح كذا قيل قلت واضح لان المدعى عدم جواز البيع وعدم جواز الانتفاع به واستحقاق اللعن في الوصل
يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع يدل على عدم جواز البيع م وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون
النساء وذوائبهن ش وهو اتخاذ القرامل وهو رخصة وهي تتخذ من وبر الجمل يوضع في اصول شعورهن بالتكثير وفي الديوان
الطويل وقال الجوهري القرامل ما تشده المرأة في شعرها م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ولا يباع جلود الميتة قبل ان
تدبغ ش اي لا يجوز بيعها قبل الدباغة وقيد بقوله قبل ان تدبغ لان بعد الدبغ يجوز بلا خلاف بين الفقهاء فان قيل نجاستها لمجاورة
اتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم تزل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف
نجاسة الثوب فانها بالمجاورة فلا يتغير حكم اصل الثوب م لانه غير منتفع بها ش اي بجلود الميتة قبل الدباغة قال عليه السلام

ش اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م لا تنتفعوا من الميتة باهاب ش هذا الحديث رواه الاربعة من حديث عبد الله بن حكيم عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه كتب الى جهينة قبل موته بشهرين لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب وقد تقدم في كتاب الطهارة
في باب الماء الذي يجوز الوضوء به وبسطنا الكلام فيه هناك م وهو ش اي الاهاب اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة ش
وقد مر الا في كتاب الطهارة م ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وقرنها ووبرها والانتفاع بذلك كله ش وفي بعض النسخ
بذلك كله اشارة الى المذكورات قبله م لانها ش اي لان هذه الاشياء م طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة ش لان الموت لا يحل الا
في محل الحياة م وقد قررناه من قبل ش وقال الكاكي اي في كتاب الصلوة وليس كذلك بل في كتاب الطهارة بقوله وشعر الميتة وعظمها
طاهر وقد تكلمنا هناك بما فيه من الخلاف مبسوطا. والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد ش فلا يجوز بيعه مطلقا ولا يجوز الانتفاع
به لانه نوع من الخنزير م وعندهما ش اي عند ابي حنيفة وابي يوسف م بمنزلة السباع ش يعني ليس بنجس العين كالخنزير م حتى
يباع عظمه وينتفع به ش اي بالفيل في الركوب والحمل وغير ذلك ويجوز ان يرجع الضمير الى العظم لما ذكر البخاري من حديث
عن الزهري قال في عظام الموتى نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون ويدهنون فيها لا يرون بها بأسا وقال ابن
سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وقال الكرخي في مختصره واما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر الخلاف وكذلك ذكر
في البيوع في كتاب العيون ولكن ذكر في كتاب الطهارات من العيون عن محمد بن الحسن انه قال الفيل لا تعمل عليه الذكاة واذا دبغ
جلده لم يطهر وروى عن محمد في كتاب الحج عن ابي حنيفة قال لا بأس ببيع عظام الفيل وغيرها من الميتة وكذلك جلدها اذا دبغ
وروى عن ابي يوسف يجوز هذا وذكر في العيون ايضا رواية ابراهيم بن رستم عن محمد في امرأة صلت وفي عنقها قلادة فيها سن
كلب او اسد او ثعلب فصلاتها تامة لانه يقع عليها الذكاة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر
فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال ش لانه متعلق بالهواء والهواء ليس بمال
لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع ش والهواء ليس بمحل وانما يجوز قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق م بخلاف
الشرب ش هذا جواب عما يقال الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شرب ينبغي ان لا يجوز
فاجاب بقوله بخلاف الشرب م حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا ش اي ويجوز بيعه ايضا حال كونه
مفردا م في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه ش اي لان الشرب م حظ من الماء ش والماء عين فكان بيع الشرب بيع العين او بيع
شيء متعلق بالعين فان قيل مثل هذا ينبغي ان لا يجوز اذا كان الماء معدوما في الارض اجيب بانما جوز للضرورة او بعرضية
وجوده كما في السلم والاستصناع م ولهذا ش اي ولكون الشرب حظا من الماء م يضمن بالاتلاف ش بان سقى ارضه بشرب
غيره يضمن وهو رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل الجمع وفي
المسألة روايتان ونقل عن الامام جلال الدين ان المصنف رحمه الله قال والاتلاف قد يكون بان يستبد به لا من حرمه
بعد القضاء ولا وجه للقول بالضمان بالاتلاف سوى هذه الصورة لانه لو ضمن بعينها اما ان يضمن بالسقي او بمنع حق الشرب
ولا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا وجه الى الثاني لان منع حق الغير ليس بسبب للضمان بل السبب
منع ملك الغير ولم يوجد م وله ش اي للشرب م قسط من الثمن ش يعني اذا بيعت ارض معها شرب جاز وينقسم الثمن عليهما م على ما
في كتاب الشرب ش قال الاترازي اي من المبسوط قلت هذا على النسخ التي على ما ذكره وفي بعض النسخ على ما نذكره فعلى
ان صحت هذه النسخة يكون المراد من قوله في كتاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كتاب احياء الموات
م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل ش هذا لفظ محمد وقال المصنف
رحمه الله م والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول ش وهو بيع رقبة الطريق
والمسيل م فوجه الفرق بين المسألتين ش وهو بيع رقبة الطريق وبيع مسيل الماء م ان الطريق معلوم لان له ش اي للطريق م طولا
وعرضا معلوما ش فان عرضه مقدار باب الدار وطوله الى السكة النافذة غالبا فيجوز البيع اما المسيل ش اي مسيل الماء م
فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء ش اي قدر ما يشغل المسيل لانه يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو باع رقبة الارض
لمسيل الماء وبين موضعه وحده جاز م وان كان الثاني ش وهو حق المرور وحق مسيل الماء م ففي بيع حق المرور روايتان
ش احدهما رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته والاخرى رواية كتاب القسمة يجوز وبه اخذ عامة المشايخ م
ووجه الفرق على احداهما ش اي على احدى الروايتين م بينه ش اي بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه الرواية م وبين
حق المسيل ش حيث لم يجز بيعه اصلا م ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ش لانه معلوم القدر م اما المسيل
على السطح ش اي اما حق المسيل على السطح م فهو نظير حق التعلي ش وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات م وعلى الارض ش اي
وحق المسيل ان كان على الارض م مجهول لجهالة محله ش اي لجهالة قدر ما يشغله الماء م ووجه الفرق بين حق المرور ش حيث
جاز بيعه على هذه الرواية م وحق التعلي ش اي وبين حق التعلي حيث لم يجز اصلا م على احدى الروايتين ش متعلق بحق المرور لان

من التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات م ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء ش فاخذ حكم ما لا يبقى م فاشبه المنافع ش لانها لا تبقى
م اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان ش لان لها بقاء م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن باع جارية فاذا
هو غلام ش ذكر الضمير اعتبارا بتذكير الخبر وعكسه بان اشترى عبدا فاذا هو جارية م فلا بيع بينهما ش اي لا يجوز البيع وانما ذكر هذه
العبارة لانه لم يغير لفظ محمد في الجامع وعند زفر يجوز وصار كانه اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو لم يكن يصح البيع ويثبت
له الخيار وهو قياس مذهب الشافعي لفوات الوصف المرغوب فيه وعن ابي حنيفة انه اثبت الخيار في مثل هذا ثم اختلف المشايخ في
قول محمد فلا بيع بينهما انه باطل او فاسد فقال صاحب الايضاح باطل لتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل وقال
بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخي ونقل الاترازي هذا بعد ان قال قال العلامة في شرحه ثم قال هذا الاختلاف عجيب ونقل
عن الكرخي عجيب اما الاول فلان محمدا قال لا بيع بينهما فهو تنصيص على البطلان لان مثل هذا النفي يدل على الباطل لا الفاسد
واما الثاني فان الكرخي صرح في مختصره بان اختلاف الصفة اذا اوجب اختلافا فاحشا كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس
في اختلاف الجنس كما اذا باع فصا على انه ياقوت فكان زجاجا او باع هذا الثوب على انه خز فاذا هو مرعزى قال فالبيع باطل
هذا الذي قاله هو السغناقي وكذا نقله الكاكي في شرحه قلت قوله هو تنصيص على البطلان غير مسلم لان البيع الذي
وقع بعد كلمة النفي اعم من الباطل والفاسد ودعوى التعيين تحكم واما الكرخي فيحتمل ان يكون عنه فيه روايتان م بخلاف ما اذا باع
كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير ش اي المشتري م والفرق ش يعني بين المسألتين م يبتنى على الاصل الذي ذكرناه
في النكاح لمحمد ش وذلك هو الاصل المتفق عليه ولكن ذكر في كتاب النكاح في وجه قول محمد رحمه الله في مسألة التزوج
من الخل لان ذلك الاصل عند محمد ولهذا لم يقع الاختلاف بينهم في هذه المسألة وهو اي الاصل ان الاشارة مع التسمية
اذا اجتمعا م ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ش لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات
فاذا اما لهذا صار الذات معينا والتسمية اعلام الماهية وانه امر زائد على اصل الذات فكانت ابلغ في التعريف فلذلك
تعلق الحكم بالمسمى لا بالمشار اليه م ويبطل لانعدامه ش اي ويبطل العقد لانعدام المسمى م وفي متحدي الجنس يتعلق ش اي العقد م
بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير ش اي المشتري م لفوات الوصف ش المرغوب فيه م كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب
ش حيث ينعقد العقد ويتخير المشتري م وفي مسألتنا ش اراد بها المسألة المصدرة وهي قوله ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع
بينهما م الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض ش لان المطلوب من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام
داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد والغلام لا يصلح للاستفراش والاستيلاد فكان التفاوت بينهما
فاحشا م وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها ش اي في الاغراض م وهو المعتبر ش اي التفاوت هو المعتبر م في هذا ش اي في
كونهما جنسين متحدين او مختلفين م دون الاصل ش اي اصل المادة والماهية كالخل والدبس جنسان مع اتحاد اصلهما وهو العنب
م والوذاري ش بكسر الواو وفتحها وبالذال المعجمة وهو ثوب منسوب الى بخارى وهي قرية بسمرقند م والزندنيجي ش بفتح الزاي
وسكون النون وفتح الدال المهملة وكسر النون وبالياء آخر الحروف الساكنة وبالجيم ثوب منسوب الى زندنه على خلاف القياس
وهي من اشهر قصبات بخارى م على ما قالوا جنسان ش اي على ما قال المشايخ انهما م جنسان مع اتحاد اصلهما ش يعني مع ان اصلهما
متحد وقالت الحكماء الذكر والانثى من بني آدم جنس واحد لاتحادهما في الحقيقة والجنس مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة
واهل الحق جعلوهما جنسين لتفاوت المقاصد والحق معهم لان اختلاف الحقائق يعرف باختلاف الخواص لا باصل المادة لكونه
لو اعتبر اصل المادة ينبغي ان لا يكون الغنم والانسان جنسين لاتحاد مادتهما وهو النطفة م ومن اشترى جارية بالف درهم
حالة او نسيئة ثم باعها ش اي من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن لا يجوز البيع الثاني ش وبه قال مالك واحمد واعلم ان شراء ما باع باقل
مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا ش وقال الشافعي يجوز ش وبعد نقد الثمن يجوز عندنا ايضا وبالمثل والاكثر يجوز بالاجماع سواء
كان قبل نقد الثمن او بعده وكذا يجوز قبل نقد الثمن اذا اشترى بعرض قيمته اقل م لان الملك ش اي ملك المشتري م قد تم فيها
ش اي في الجارية م بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار ش اي حكم هذا م كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة ش
على الثمن الاول م او بالعرض ش يعني باعها منه بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض اقل من الالف يجوز بالاجماع وقيد بالعرض
لانه لو باعها منه بالدنانير وقيمة الدنانير اقل من الالف لا يجوز عندنا استحسانا ويجوز قياسا وهو قول زفر وقال الكاكي
وفي بعض الحواشي قال كثير من مشايخنا كالكرخي والزعفراني والصفار القول الشافعي في هذه المسألة هو القياس كما قاله زفر
ما وجدته في كتب جيدي ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت
واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله قد ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ش هذا اخرجه عبد الرزاق
في مصنفه اخبرنا معمر والثوري عن ابي اسحق عن امرأته انها دخلت على عائشة في نسوة فسألتها امرأة فقالت يا ام المؤمنين
كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتبت عليه ثمانمائة

قالت عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت اخبري زيد بن ارقم انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب فقالت المرأة
لعائشة رضي الله عنها ارأيت ان اخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف واخرجه
الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن يونس بن ابي اسحق الهمداني عن امه العالية قالت كنت قاعدة عند عائشة رضي الله عنها فاتتها
ام محبة فقالت اني بعت زيد بن ارقم جارية الى العطاء فذكر نحوه وقال الدارقطني ام محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما قلت
اما العالية امرأة معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال ام العالية بنت انفع بن شراحيل امرأة ابي اسحق
السبيعي سمعت من عائشة رضي الله عنها وام محبة بضم الميم وكسر الحاء كذا اضبطه الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف ورواه
ابو حنيفة في مسنده عن ابي اسحق السبيعي عن امرأة ابي السفر سألت عائشة فقالت ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة الى
مني بستمائة فقالت ابلغي عني زيد بن ارقم ان الله عز وجل قد ابطل جهاده ان لم يتب وجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة
هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب واجزية الجرائم لا تعلم بالرأي فكان مسموعا من رسول
الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان
في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه فان قلت يجوز ان يكون الحاق الوعيد لكون البيع
الى العطاء وهو مجهول قلت من مذهب عائشة جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي وابن ابي ليلى واحمد فلم يكن كذلك فان اجله
قلت لم كرهت العقد الاول مع ان الفساد من الثاني قلت لانها نظرت به الى الثاني كالسفر يكون محظورا اذا كان لقطع
الطريق وان كان السفر مباحا في نفسه فان قلت القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل
القبض قلت تلاوتها اية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قلت الوعيد لا يستلزم الفساد كما في التفريق بين الولد
عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد قلت الوعيد ليس للبيع بل للفعل المفرق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد
لاحقا م ولان الثمن لم يدخل في ضمانه ش اي في ضمان البائع قبل القبض م فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة ش اي بين الثمن
في البيع الاول وبين الثمن في البيع الثاني ثم اذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه م بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض ش
فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر
عند المجانسة ش لان الربح لا يظهر عند مخالفة الجنس وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز ان يشتري وكيل البائع ولا عبد البائع
المأذون له في التجارة في قولهم جميعا فان اشتراه والد البائع او ولده او ولد ولده او مكاتب او من لا تجوز شهادته للبائع ولا
شهادة البائع له لم يجز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك لا يجوز للمولى ان يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده
المأذون ولا مضاربه باقل من الثمن الذي باعوه فان وكل البائع من يشتريه باقل من الثمن الاول فاشتراه فالشراء جائز عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الآمر وقال محمد يلزم الآمر شراء فاسدا وقال في شرح الطحاوي اذا مات
المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث ولو مات البائع فاشترى وارثه من المشتري جاز
الشراء اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا يمنع بخلاف المشتري وعن ابي يوسف انه قال
لا يجوز شراء وارث البائع ايضا كوارث المشتري م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها ش اي
وجارية اخرى م من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة جاز البيع في التي لم يشترها ش اي في الجارية التي لم يشترها من البائع
م ويبطل ش اي البيع م في الاخرى ش اي في الجارية الاخرى وهذه المسألة من فروع المسألة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل
مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع وبين ذلك بقوله م لانه ش اي لان المشتري لما باع الجاريتين
بخمسمائة من البائع احديهما هي التي اشتراها من البائع في المرة الاولى بخمسمائة والاخرى هي التي لم يشترها منه م لابد ان يجعل بعض
الثمن ش في البيع الثاني م بمقابلة التي ش اي بمقابلة الجارية التي م لم يشترها منه ش فلا محالة ان يكون ثمن الجارية التي بيعت
اولا اقل مما بيعت م فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ش كما في المسألة المتقدمة م ولم يوجد هذا المعنى ش وهو
الشراء باقل مما باع م في صاحبتها ش وهي الجارية المبيعة التي ضمت الى الجارية المبيعة لانه ما اشتراها منه حتى باع باقل منه فيجوز العقد
المفسد م ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها ش اي لان الفساد ضعيف في الجارية المشتراه ولما ضعف الفساد لم يتعد الى الغير
الا ترى انه لو باع قنا ومدبرا حيث يصح في القن ولم يتعد فساد البيع كالمدبر الى القن لكون بيع المدبر مجتهدا فيه م لكونه ش اي لكون
فساد شراء ما باع باقل مما باع م مجتهدا فيه ش فان عند الشافعي يجوز بخلاف الجمع بين العبد والحر في عقد واحد حيث يشيع الفساد
في القن لان الفساد في الحر قوي مجمع عليه فان قلت يشكل بما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت وبين حصة كل واحد ودفع رأس
المال اليه فان السلم في الزيت يجوز وان كان الفساد في هذا العقد مجمعا فيه فان اسلام الحنطة في الشعير جائز عند
الشافعي قلت مبنى صحة السلم على المضايقة لتوقف الجواز على شرائط لم يتوقف عليها مطلق البيع فلا يلزم من تأثير الضعف
فيما نحوه فيما بني على التوسع م اولانه ش اي ولان الفساد في المشتراه م باعتبار شبهة الربوا ش فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية

نحو

التي ضمت الى المشتراه لكنا اعتبرنا شبهة الشبهة والمعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة وبيان ذلك ما ذكره الامام قاضي خان وهو ان في
المسألة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع لشبهة الربوا وذلك لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف
السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري والبيع الثاني يقع الامر عنه فيصير البائع بالعقد
الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة تلحق بالحقيقة في باب الربوا احتياطا ولانه ش اي ولان الفساد طارئ
م لا يتعدى الى الاخرى م لانه ش اي لان الفساد م يظهر بانقسام الثمن ش وحاصل الكلام ان ظهور الفساد في المشتراه م وحين احدهما
انقسام الثمن والاخرى المقاصة ش لانه يثبت بانقسام الثمن فيما قاله تاج الشريعة او لانه طارئ يعني ان فساد العقد في البعض انما
يؤثر في الباقي اذا كان المفسد مقارنا وههنا طارئ لانه ما شرط في العقدين ان يكون اداء ثمن ما باعه باقل من الثمن الاول بل جعل كل الثمن
بمقابلة الجاريتين ثم انقسم الثمن اذا وقعت المقاصة بين الثمن الثاني والاول وبقي الثمن الاول فضل فيتحقق الفساد والمقاصة
تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الاول بالعقد الثاني فيكون طارئا وانما قلنا بالمقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد
الثمن بخمسمائة فقاصصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع
العقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طروه م فلا يسري الى غيرها ش اي فلا يسري الفساد الى غير المشتراه كما اذا
اي عبدين وفي احدهما اجل الى الحصاد والدياس كمن جمع بين عبد ومدبر وباعهما فان البيع لا يفسد في القن ولا في الذي لا اجل فيه وقال
شمس الائمة في مبسوطه في هذه المسألة فان قيل ينبغي ان يجعل بمقابلة ما باع مثل الثمن الاول احتياطا لتصحيح العقد قلنا
هذا الوجه غير متعين فانه وان جعل بمقابلته اكثر من الثمن الاول يجوز العقد ايضا وعند المعارضة لا يترجح البعض على البعض
من غير دليل وفيه نوع تأمل فان قيل ينبغي ان يفسد العقد في الاخرى لان قبول العقد في ذلك شرط لقبول العقد في الاخرى
وهو شرط فاسد كما هو مذهب ابي حنيفة في نظائرها قلنا قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد الا ترى انه لو كان ثمنه مثل الثمن
الاول او خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العقد الذي
باعه ولا يتعدى الى العقد في العبد الثاني م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى سمنا على ان يزنه بظرفه فيطرح
عنه بكل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد م وان اشترى على ان يطرح عنه ش اي يطرح البائع عن المشتري م بوزن الظرف جاز ش اي
البيع م لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد ش فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى ان يكون وزنه اقل من
ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وايضا فيه نفع لاحد المتعاقدين من قبل ان وزن الظرف لو كان اقل من خمسين
رطلا بكيله فيخرج عن البيع بعض الزيت ولا يدرى ما مقداره وان كان وزن الظرف اكثر وجب ضم نفس الظرف الى الزيت
ولا يدرى كم يكون م والثاني ش اي الشرط الثاني وهو طرح وزن الظرف م يقتضيه ش اي العقد لان طرح الظرف بوزنه
شرط يوجبه العقد لان الظرف غير مبيع وطرح وزن الظرف واجب فيكون شرطا ملائما للعقد فلا يفسد العقد به كذا في
جامع البزدوي م ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال ش صورة
المسألة في الجامع محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له
السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا ووزنه عشرة ارطال وقال
البائع الزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال والسمن خمسة وتسعون رطلا قال هذا جائز م والقول قول المشتري ش اي مع
يمينه اذا لم يقم البائع البينة م لانه ش اي لان هذا الاختلاف م ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض
ضمينا كان كالغاصب م او امينا ش كالمودع م وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول
للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف
اجيب بان موجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما
يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما مدع عقدا اخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد
فلا يوجبه م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على
المسلم ش يعني يبطل ولا ينفذ على المسلم وبه قال الشافعي ومالك واحمد م وعلى هذا الخلاف الخنزير ش اي اذا وكل المسلم نصرانيا ببيع
خنزير او شرائه وعلى هذا ش اي الخلاف م توكيل المحرم ش غيره م ببيع صيده لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان الموكل لا يليه ش اي
لا يلي الذي امره للنصراني م فلا يوليه غيره ش لان المسلم لا يملك بنفسه فلا يملك غيره لان تمليك ما لا يملك لا يجوز كنكاح المجوسية
م ولان ما يثبت للوكيل ينتقل اليه ش اي الى الموكل م فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ش فما باشره بنفسه لا يجوز فكذا التوكيل به م ولابي
حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته ش اي لان النصراني اهل لمباشرة ذلك م وولايته ش اي وبولاية العاقد ذلك م وانتقال الملك
الى الآمر ش جواب عن قولهما ما يثبت الى الوكيل ينتقل الى الموكل بانه ان انتقال الملك الى الآمر ش وهو الموكل م حكمي ش يعني جبري
لا اختياري فلذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه م فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ش اي كما اذا ورث المسلم الخمر والخنزير اما ان

كان ابوا المسلم نصرانيا فاسلم وترك خمرا او خنزيرا فصار كمسلم له عبد نصراني ماذون او مكاتب اشترى خمرا صح وثبت الملك للموكل لان
قلت الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري فانى يتشابهان اجيب بان ثبوت الحكم اعنى الملك للموكل بعد تحقق العلة اعنى مباشرة
الوكيل جبري لانه لا يتمكن بعد ذلك من رده باختياره شاء او ابى في غير هذه الصورة بالاتفاق كما في الموت م ثم المسلم شرا الوكيل م ان كان
ش الموكل ش خمرا خللها ش الموكل م وان كان خنزيرا سيبه ش لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد الكراهية وقال الفقيه ابو
الليث فعلى قول ابي حنيفة لما جاز البيع ينبغي للمسلم ان يتصدق بالثمن واما قولهما ان الوكيل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بمسائل
منها ان رجلا لو وكل غيره ليشتري عبدا بعينه فوكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك يجوز ويثبت الملك للوكيل ولا يملك هو ان يشتريه بنفسه
ومنها ان القاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي آخر يصح والقاضي لا يملك التصرف بنفسه ومنها ان الذمي اذا اوصى الى
مسلم وقد ترك خمرا او خنزيرا فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه وفي الجامع المريض مرض الموت لو
باع ما يتغابن في مثله وعليه ديون مستغرقة لا يجوز ومن وصيته يجوز بعد موته وكذا لا يبيع الامام عروض الولد ووصيه يبيع
العروض التي هي من ميراثه والنائب على تزويج المجوسي مدفوع لان حقوق العقد في باب النكاح راجعة الى الموكل لا الى الوكيل
لانه سفير وفي باب الشرا والبيع على العكس م قال ش اي القدوري في مختصره م ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره
او يكاتبه او امة ش اي او باع امة م على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط
ش وفي بعض النسخ وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط وهذا رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ومطلق النهي يقتضي الفساد ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في شرط العتق فعنده
يجوز ذلك وهو رواية عن ابي حنيفة كذا في شرح الاقطع واختلف الفقهاء في البيع والشرط على ثلاثة اقوال فقال اصحابنا البيع
والشرط كلاهما باطلان وقال ابن ابي ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع والشرط كلاهما جائزان م ثم جملة المذهب فيه
ش اي الجملة الكلية والاصل الشامل لفروع اصحابنا م ان يقال كل شرط يقتضيه العقد ش اي يجب بالعقد من غير شرط كشرط
الملك للمشتري ش وشرط تسليم الثمن او المبيع او شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن م لا يفسد العقد ش لان كل هذه ثابت بمطلق
العقد م لثبوته بدون الشرط ش اي لثبوت مطلق العقد بدون هذا الشرط وذكره لا يفيد الا تاكيدا م وكل شرط لا يقتضيه
العقد وفيه ش اي والحال ان فيه م منفعة لاحد المتعاقدين ش ان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او ثوبا على ان يخيطه او باع
عبدا على ان يخدم البائع شهرا او دارا على ان يسكن فيه البائع شهرا مثلا ولو شرطا شرطا لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه
كالاجل والخيار رخصة وتيسيرا وانه لا يفسد العقد لانه لما ورد الشرع به دل على انه من باب المصلحة دون المفسدة والقياس
ان يفسد ولكن اخذنا بالاستحسان بحديث الوارد في باب الخيار ولو شرط شرطا لا يقتضيه العقد ولا ورد به الشرع لكنه يلائم
العقد ويوافقه نحو ان يشتري بشرط ان يعطي البائع كفيلا بالثمن او رهنا بالثمن ولم يعين الكفيل ولا اشار الى احد فالبيع فاسد
وكذلك اذا لم يسم الرهن ولا اشار اليه واذا عينهما بالاشارة او بالتسمية فالقياس ان لا يجوز البيع ايضا وبه اخذ زفر وفي الاستحسان
يجوز وهو الصحيح والشرط في صحة اشتراط الكفالة حضور الكفيل في المجلس وقبوله واذا كان غائبا لا يجوز واحضار الرهن في
المجلس ليس بشرط وما لم يسلم الرهن الى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن فان امتنع عن التسليم لا يجبر عليه وعند زفر يجبر لكن عندنا يقال
للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته او تدفع الثمن او نفسخ البيع فان لم يفعل المشتري شيئا من ذلك فللبائع ان يفسخ البيع لانه
فات غرضه ثم انه قال وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لانه اذا كان في الشرط ضرر لاحدهما بان باع ثوبا او حيوانا سوى الرقيق بشرط
ان لا يبيعه ولا يهبه ذكر في المزارعة الكبيرة انه لا يفسد بهذا الشرط وروي عن ابي يوسف انه يفسد والاول هو الصحيح م او
للمعقود عليه ش اي او في الشرط منفعة للمعقود عليه م وهو ش اي المعقود عليه م من اهل الاستحقاق ش اي من اهل ان يستحق حقا
على الغير وهو الادمي وقال بعض الشراح من اهل الاستحقاق اي من اهل الخصومة وليس هذا الا الادمي م يفسده ش جواب قوله
وكل شرط لا يقتضيه العقد اي يفسد العقد م كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه ش اي في هذا الشرط م زيادة
عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ش لان الربوا عبارة عن فضل خال عن العوض وهذا الشرط خال عن عوض لان العاقدين قابلا
العوض مع العوض والشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض فيه معنى المال ولهذا لا يجوز اخذ العوض عن الشرط
... في العقد فكان ربوا وبهذا يجاب عما يقال لا يطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والشروط منفعة فكيف تكون ربوا
م او لانه ش اي او لان هذا الشرط م يقع بسبب المنازعة ش لانه ذريعة الى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بهذا الشرط م فيعرى
العقد عن مقصوده ش اي مقصود العقد اي ... وهو التمليك والتملك ومثل المقصود من العقد قطع المنازعة وقال
الاترازي مقصود العقد هو الاسترباح م الا ان يكون متعارفا ش هذا الاستثناء من قوله يفسده اي الا ان يكون الشرط متعارفا
بين الناس كما لو اشترى نعلا او شراكين بشرط ان يحذوه البائع فلا يفسد به البيع م لان العرف قاض على القياس ش لان الثابت بالعرف
ثابت بدليل شرعي وهو قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولانه ثابت بالاجماع فيكون العرف قاضيا على القياس اما

القياس او بالاجماع ولان النزوع عن العادة الظاهرة حرج بين والحرج مدفوع الكل من المبسوط لا يقال فساد البيع بشرط ثابت
بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع
فكان موافقا لمعنى الحديث م ولو كان ش اي الشرط م لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده ش اي لا يفسد العقد لان
الشرط يلغو ويصح العقد م هو الظاهر من المذهب ش يعني عدم فساد العقد ولغو الشرط هو الظاهر من مذهبنا واحترز به عما روي
عن ابي يوسف حيث قال يبطل العقد ثم ذكر صورته بقوله م كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة
ش اي من الدابة لانه لا مطالب لهذا الشرط م ولا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة ش فكان الشرط لغوا م اذا ثبت هذا ش يعني
ما ذكره في اول المسئلة بقوله ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد
نقول هذه الشروط ش اي الاعتاق والتدبير والكتابة والاستيلاد م لا يقتضيها العقد لان قضيته ش اي قضية العقد م
الاطلاق في التصرف والتخيير ش اي الاطلاق في التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء م من غير تقييد بتصرف دون تصرف م لا
الالزام حتما ش اي دون الالزام على تصرف واحد على سبيل الحتم اي بالوجوب والشرط يقتضي الالزام حتما وبينهما تناف ظاهر
وهو معنى قوله م والشرط يقتضي ذلك ش اي الالزام م وفيه ش اي وفي هذا الشرط ايضا م منفعة للمعقود عليه ش وقد بيناها
فقاسه م والشافعي رضي الله عنه وان كان يخالفنا في العتق ش حيث يقول يجوز البيع بشرط العتق لكن هذا في قول منه ذكره في
شرح الوجيز في بيع الرقيق بشرط العتق قولان احدهما انه لا يصح وبه قال مالك واحمد وابو حنيفة في رواية الحسن عنه و
ثانيها الشرط باطل والبيع جائز م ويقيسه ش اي الشافعي يقيس هذا م على بيع العبد نسمة ش ومعناه يأتي الان لان المصنف ذكره
وقال الاترازي النصب نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وذلك ان النسمة لما كثر ذكرها في مثل قوله عليه السلام
فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو المعرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا قال
المطرزي والنسمة النفس مشتقة من نسيم الريح م والحجة عليه ش اي على الشافعي م ما ذكرنا ش وهو انه عليه السلام نهى عن بيع
وشرط وقد مضى م وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط ش اي العتق م فيه ش اي في العقد وقال السغناقي
وقوله ويقيسه على بيع العبد نسمة غير مستقيم على ما ذكره في المبسوط من تفسير الشافعي بيع العبد نسمة حيث قال من جانب
الشافعي لانا لشرط شرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها ثم قال وتفسيره
البيع بشرط العتق فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه وذلك باطل وقال الكاكي يمكن ان يجاب عنه بان يقال مراد المصنف
هذه الدلالة لانها عند الشافعي قياس جلي فان البيع بشرط العتق ثبت في حق بريرة فالحق غيرها به دلالة وقال الاترازي لكن
مع تفسير المصنف البيع نسمة صح قياس الشافعي البيع بشرط العتق عليه لان المقيس والمقيس عليه غيران اما على ما قال صاحب
المبسوط فلا وجه له لان المقيس هو المقيس عليه بعينه م فلو اعتقه المشتري ش اي فلو اعتق العبد المشتري الذي شرط عتقه البائع
في العقد م بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا ش كما كان م حتى يجب عليه القيمة
لان البيع وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه اخر ش بان مات او قتله او باعه وفي المبسوط قولهما قياس وهو رواية عن ابي حنيفة
وقال في التحفة لو اعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وان اعتقه بعد القبض عتق وانقلب العقد جائزا استحسانا في قول ابي حنيفة
وقالا لا ينقلب العقد جائزا اذا اعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد ووجوب الثمن دليل الجواز ووجوب القيمة دليل الفساد م
ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرنا ش اشارة الى قوله لان قضيته الاطلاق لا التصرف م ولكن
من حيث حكمه يلائمه لانه ش اي لان العتق منهي للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا ش اي يصلح لقوله والشيء بانتهائه يتقرر م لا يمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب ش يستدل به على ان العتق مقرر للملك ومتمم له اذ لو كان مزيلا لمنع الرجوع بالنقصان كالبيع
م فاذا تلف بوجه اخر لم يتحقق الملائمة ش لانه يقرر الفساد لصورة الشرط دون الحكم وهو معنى قوله م فيتقرر الفساد واذا
وجد العتق تحققت الملائمة ش باعتبار الملائمة بالعتق م فيترجح جانب الجواز على جانب الفساد م فكان الحال قبل ذلك موقوفا ش
اي كان حال العقد موقوفا قبل الاعتاق بين صيرورته فاسدا او انقلابه الى الجواز بالاعتاق فلما وجد الاعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب
جائزا م قال ش اي القدوري م وكذلك ش يفسد م لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على
ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام
ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م نهى عن بيع وسلف ش هذا رواه اصحاب السنن الاربعة الا ابن ماجه اخبرهم من حديث عبد الله
بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس
عندك وقال الترمذي حديث حسن صحيح ورواه محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الاثار وفسره فقال اما السلف والبيع
فالرجل يقول للرجل اسلفك عبدي هذا بكذا ولك على ان تقرضني كذا وكذا واما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بالف حالا
ومؤجلا بالفين واما ربح ما لم يضمن فالرجل يشتري الشيء فيبيعه قبل ان يقبضه ويربح م ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما

نحو ثمن المثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا مقابلهما ش يعني ثمن الثمن م يكون اعارة في بيع ش وكل ذلك فاسد م وقد نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن صفقتين في صفقة ش هذا الحديث رواه احمد في مسنده باسناده الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة قال اسود بن عامر احد رواة الحديث قال شريك هو الاخر من رواته قال سماك
هو الاخر من رواته هو ان يبيع الرجل بيعا فيقول هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا وروى العقيلي من طريق سماك مرفوعا الصفقة في
الصفقتين ربوا والصفقة في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع كذا ذكر في مجمل اللغة ويراد بها في العرف العقد لان احد العاقدين
يضع يده على يد الاخر اذا اراد العقد وروى الترمذي من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة
قال الترمذي فسره بعض اهل العلم ان يقول الرجل ابيعك هذا الثوب نقدا بعشرة ونسيئة بعشرين ولا يفارقه على احد
البيعين فاذا فارقه على احدهما فلا باس اذا كانت العقدة على واحد منهما وقال الشافعي ومن معنى نهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيعتين في بيعة ان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا فاذا وجب لي غلامك وجب لك داري وهذا يفارق
عن بيع بغير ثمن معلوم ولا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته انتهى ونقول بما قال الشافعي وعلى ذلك اذا اشترط من
منافع البيع يسيرا كسكنى الدار يوما صح وقال احمد ان شرط سكنى الدار يوما او يومين لم يفسده لعدم الافضاء الى المنازعة لما
وقال ابن ابي ليلى وابراهيم النخعي والحسن البصري البيع جائز والشرط فاسد وقال ابن شبرمة البيع صحيح والشرط صحيح واليه ذهب
الاوزاعي واحمد في بيع الدار بشرط سكناها وبيع دابة بشرط ظهرها م قال ش اي القدوري م ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى
راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ش وبه قال الشافعي وكذا في الثمن العين عنده لانا حله
لعدم الفائدة في المبيع العين اذا كان المبيع دينا كالمسلم فيه لان الاجل فيه صحيح م وهذا ش اي بطلان الاجل في المبيع العين لان
الاجل شرع ترفيها ش اي تيسيرا م فيليق بالديون دون الاعيان ش لان المديون عاجز حامل فكان الاجل فيه اتساع المدة التي يتمكن
المشتري من تحصيله فيها بالكسب اما العين فحاصل فلا حاجة فيها الى ذكر الاجل للترفيه م قال ش اي القدوري م ومن اشترى
جارية الا حملها فسد البيع ش وبه قال الشافعي في الاصح والاصل ش اي في هذا م ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه
من العقد م والحمل من هذا القبيل ش فان الجنين ما دام في بطن امه فهو في حكم جزء منها كاليد والرجل الا ترى انه يقطع عنها
بالمقراض واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصودا فلا يكون مقصودا بالاستثناء وهذا لان الجنين في البطن مجهول لا يدرى اذكر
ام انثى وحي واحد او اكثر م وهذا ش اي كون الجنين من هذا القبيل م لانه بمنزلة اطراف الحيوان ش كما ذكرنا م وذلك لاتصاله
خلقة ش اي لاتصال الجنين بالام من حيث الخلقة م وبيع الاصل يتناولها ش اي يتناول الاطراف وفي بعض النسخ يتناولهما ش
اي الام والحمل وفي بعض النسخ يتناوله اي يتناول الحمل فاذا كان كذلك م فالاستثناء يكون على خلاف الموجب ش اي موجب العقد
لان العرف يوجب ان يكون الحمل تابعا غير مقصود م فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به ش اي بالشرط الفاسد م
والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع ش ذكر هذه المسائل تفريعا لمسالة القدوري وذلك نحو ما كاتب عبده على جارية الا
حملها او اجر داره على جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع م لانها ش اي لان الكتابة
والاجارة والرهن تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ش استثناء من قوله تبطل بالشروط الفاسدة يعني
هذه الاشياء الثلاثة تبطل بالشروط الفاسدة الا ان المفسد اي الشرط المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها
اي من الشروط المفسدة كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلب العقد كما اذا شرط
على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يبقى الا
الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ اقالة وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود
فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لا يتمكن منه م والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ش لان الفساد باعتبار افضائه
الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات وصورة هذه الاشياء ان قال وهبت هذه الجارية
لك الا حملها او تصدقت بها عليك الا حملها او جعلها مهرا او بدل الخلع او بدل الصلح عن دم العمد الا حملها فان قلت الهبة
من قبيل التمليكات فينبغي ان تفسد بالاستثناء قلت سلمنا ذلك ولكن عرفنا بالنص ان الشرط المفسد لا يفسدها فانه
صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده بعد
العقد ويبطل الاستثناء م وكذا الوصية لا تبطل به ش اي باستثناء الحمل م بل يبطل الاستثناء ش بان قال اوصيت بهذه الجارية
لفلان الا حملها م حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية ش يعني يكون للموصى له م لان الوصية اخت الميراث ش من حيث ان الملك في
كل منهما يحصل بعد الموت م والميراث يجري فيما في البطن ش لانه عين م بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها
ش لانها ليست بعين وفي بعض النسخ لا يجري فيه ذكر ضمير الخدمة باعتبار المذكور م ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع او يخيطه

قميصا او قباء فالبيع فاسد ش وهو من مسائل القدوري لا خلاف فيه للاربعة م لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ش يعني للمشتري م ولانه ش اي ولان هذا العقد م يصير صفقة في صفقة ش يعني اجارة في بيع واعارة في بيع م على ما مر ش اشار به الى قوله
ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة م ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع ش النعل القدم لتسمية الشيء
باسم ما يؤول اليه قال الجوهري الصرم الجلد فارسي معرب ومعنى يحذوها يجعلها مساويا للاخر م او يشركه ش من الشرك وهو وضع
الشراك وفي الصحاح يقال شركت نعل جعلت له شراكا واشركته مثله والشراك هو احد سيور النعل التي تكون على وجهها م
فالبيع فاسد ش وهو القياس قبل ذلك قال المصنف بقوله م قال ش اي المصنف القدوري م ما ذكره ش اي ما ذكره القدوري من قوله
فالبيع فاسد جواب القياس ووجهه ش اي وجه القياس م ما بيناه ش اراد به قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد الى اخره وبالقياس
قال زفر والشافعي في الاصح م وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار ش اي فصار جواز شراء النعل بشرط حذو البائع او تشريكه
كصبغ الثوب ش يعني كجواز صبغ الثوب يعني لو استاجر صباغا ليصبغ ثوبه ففي القياس لا يجوز لانه عقد على استهلاك العين
وهو الصبغ والاجارة بيع المنافع لا بيع العين وفي صبغه يلزم بيع العين ولهذا لا يجوز استئجار البقرة لشرب اللبن وكذا لا يجوز
استئجار الحمام والظئر لان فيهما استهلاك الماء واللبن م وللتعامل جوزنا الاستصناع ش يعني ان القياس يأباه لانه بيع المعدوم ومن
انواع التعامل ما ذكره في شرح الطحاوي لو اشترى صرما اي جلدا على ان يحرز له البائع خفا او اشترى قلنسوة بشرط ان يبطن
له البائع من عنده جاز البيع لهذا الشرط للتعامل وفي المبسوط اشترى شاة بشرط انها حامل فالعقد فاسد وبه قال الشافعي
في قول وقال في الاصح يصح وهو رواية الحسن وقال بعض اصحابه القولان في غير الادمي اما في الجواري يصح قولا واحدا وذكر هنا
عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا ان يظهر ان المشتري يريد بها الظهور رجحانها فيفسد وعن الحنيف وابي ليلى لو شرط
الحمل من البائع لا يفسد لان البائع ذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة
م والبيع الى النيروز ش اصله النوروز ولكن لما لم يكن في اوزان العرب فوعول ابدلوا الواو ياء وهو يوم في طرف الربيع
م والمهرجان ش معرب مهركان وهو يوم في طرف الخريف وقال في زيج كوشيار النيروز اول يوم من فروردين ماه والمهرجان هو اليوم
السادس عشر من مهرماه وملك فروردين ماه اول اشهر الفرس ومهرماه هو الشهر السابع من السنة عندهم م وصوم النصارى
وفطر اليهود ش خصص الصوم بالنصارى والفطر باليهود ولاحتمال ان يكون سببا صوم اليهود معلوما دون صومهم الا يرى ان
التاجيل اذا كان الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم يصح لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما م اذا لم يعرف
المتبايعان ش اي المشتري والبائع م ذلك ش اي وقت هذه الاشياء م فاسد ش خبر المبتدأ اعني قوله والبيع الى النيروز وما
بعده عطف عليه والفساد لجهالة الاجل لان هذه الاجال ليست من اجال المسلمين فانهم لا يعرفون وقت ذلك عادة حتى لو
كانت معلومة عند المتبايعين جاز البيع بمنزلة الاهلة م وهي ش اي جهالة الاجل م مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائه ش
اي لابتناء البيع وفي بعض النسخ لابتنائها فلا يدرى ان الضمير الراجع الى البيع على تاويل المعاوضة او الصفقة وبما قيل
الضمير راجع الى المنازعة فليس بشيء م على المماكسة ش اي على المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الا في الهبة
لابتناء المبايعة على المماكسة م الا اذا كانا ش استثناء من قوله فاسد اي الا اذا كان المتبايعان م يعرفانه ش اي الاجل م لكونه معلوما
عندهما ش لارتفاع الجهالة ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي
قول ابن ابي ليلى جاز البيع الى هذه الاجال لان التفاوت قليل وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو كفل الى
هذه الاوقات لا يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومعنى التبرع على المساهلة ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بان قال ما ذاب لك على
فلان فهو علي لجهالة الاجل فيها اذا كانت يسيرة مستدركة لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة كالكفالة الى هبوب
الريح او الى ان يمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالا م او كان التاجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم
لان مدة صومهم معلومة بالايام ش وهي خمسون يوما كما ذكرنا واذا كانت معلومة م فلا جهالة ش فلا مانع من الجواز م ولا يجوز البيع
الى قدوم الحاج وكذلك الحصاد ش اي قطع الزرع ويجوز في الحاء الفتح والكسر م والدياس ش من الدوس واصله دواس
قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها والدوس شدة وطء الشيء بالقدم وفي الحبوب ان يوطأ بقوائم الدواب م والقطاف ش قطع
العنب من الكرم وقال الكاكي القطاف بالفتح والقطف بالكسر عنقود العنب م والجزاز ش الى ابتداء المحمتين من جز الصوف
وعموم اقطعه قال الكاكي والمراد هنا وقت جزاز النخل وبه صرح في المبسوط وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الجزاز
فيما يجز من الرطاب وكذا احد او النخل م لانها ش اي لان اوقات هذه الاشياء م تتقدم وتتأخر ش وليس لها وقت معلوم قطعا
وذلك باختلاف الحر والبرد م ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة
ش اي يمكن تداركها واذا له جهالتها م لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم ش اي في الاجال المذكورة يعني البيع الى هؤلاء فاسد عند عامة الصحابة
[illegible] اجازت البيع الى العطاء وروى البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي اخبرنا ابن عيينة عن عبد الكريم

للترمذي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تبيعوا الى العطاء ولا الى الاندر ولا الى الدياس فقال لا ارى اجارة عائشة
رضي الله عنها البيع الى العطاء تحمول عنه بانها انما اجازت لان العطاء كانوا يخلفون الميعاد ثم تخلف فاما حين ذلك فقد
تغير الامر فصار كمن باع ما سيعدم ويخاصم م ولانه معلوم الاصل ش اي ولان الدين في الكفالة معلوم واما المجهول وصفه وهو الاجل والوصف
تابع الاجل والجهالة في اصل الدين متحملة ففي وصفه بطريق الاولى وهو معنى قوله م الا ترى انه ش اي الكفالة تحتمل الجهالة في اصل
الدين بان يكفل بما ذاب ش اي بما وجب م على فلان فبالوصف بطريق الاولى ش لان الوصف ادنى من الاجل بل الجار في الاصل الذي
هو الثمن فكذا في وصفه ش وهو الاجل اذ الوصف لا يجاوز الاصل م بخلاف ما اذا باع مطلقا ش اي بدون ذكر الاجل ثم اجل الثمن الى هذه
الاوقات حيث جاز لانه تاجيل في الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه ش اي اشتراط التاجيل
في اصل العقد لانه ش اي لان العقد م يبطل بالشرط الفاسد م ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا ش اي المتعاقدان م باسقاط
الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ش قوله ولو باع الى قوله جاز البيع من كلام القدوري وقوله
ايضا من كلام المصنف لانه قال قبل هذا بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز م وقال زفر لا يجوز ش
اي لا ينقلب الى الجواز وبه قال الشافعي في الاصح م لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا ش باسقاط المفسد م فصار كاسقاط الاجل في
النكاح الى اجل ش يعني في النكاح والموقت بقول زفر هذا على اصلكم لا يصح النكاح اذا اسقط الوقت وكذا في المسالة المتنازع
فيها وعند زفر النكاح الى اجل جائز والشرط باطل وقال الاكمل وهذا استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي
ولنا ان الفساد ش في البيع المذكور م للمنازعة وقد ارتفعت قبل تقرره ش اي قبل تقرر الفساد م وهذه الجهالة في شرط زايد
ش وهو جهالة الاجل المفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم م لا في صلب العقد ش وهو احد البدلين م فيمكن اسقاطه قبل
التقرر ش وقوله وهذه الجهالة الى اخره جواب عما يقال الجهالة تمكنت في ابتداء العقد فلا يعتبر سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقط الدرهم الزايد وقد علم الجواب واما القياس على بيع الدرهم بالدرهمين فغير صحيح لان الفساد فيه في صلب العقد وهو
معنى قول المصنف م بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد لان الفساد في صلب العقد ش يعني في احد
العوضين م وبخلاف النكاح ش هذا ايضا جواب عن قوله كاسقاط الاجل بانه ان النكاح الى اجل ش يعني الى وقت م متعة
وهو عقد غير عقد النكاح ش لان عقد النكاح مؤبد وباب المتعة منقضية فلا يمكن العود الى النكاح عند اسقاط الاجل لعدم عقد
النكاح راسا م وقوله ش اي وقول القدوري م في الكتاب ش اي في مختصره المنسوب اليه م ثم تراضيا خرج وفاقا ش يعني على سبيل
الاتفاق م لان من له الاجل يستبد ش اي يستقل وينفرد م باسقاطه ش لانه خالص حقه فيتحقق به م قال ش اي القدوري م ومن جمع
بين حر وعبد ش اي في البيع م او شاة ش اي او جمع بين شاة ذكية وميتة م بطل البيع فيهما ش اي في الصورتين ولم يذكر القدوري
الخلاف وقال المصنف م وهذا ش اي البطلان م عند ابي حنيفة ش يعني باطل مطلقا سواء فصل الثمن او لا وبه قال مالك والشافعي
في قول واحمد في رواية م وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة ش وبه قال الشافعي في قول واحمد
في رواية م وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن
قول الثلاثة ش اي في قول ابي حنيفة وصاحبيه م وقال زفر فسد البيع فيهما ش اي في المدبر والعبد جميعا ومثل الجمع بين الذكية
والميتة الجمع بين الحر والعبد والجمع بين المدبر والعبد م ومتروك التسمية عامدا كالميتة ش هذا من كلام المصنف ذكره تفريعا على
كلام القدوري يعني اذا ضم الذكية مع متروك التسمية بطل البيع ونصب عامدا على الحال عن المقدر تقديره ومتروك
تارك التسمية حال كونه عامدا وقيد بالعمد لان الناسي لا يضر على ما عرف فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر
فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس مجتهد فيه لانه خطا بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا
تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ قضاؤه كان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع م والمكاتب وام الولد
كالمدبر ش يعني اذا ضم المكاتب او ام الولد مع العبد يصح البيع في العبد بحصته من الثمن م له ش اي لزفر رحمه الله م الاعتبار بالفصل الاول
ش يعني الاعتبار بالجمع بين الحر والعبد م اذ محلية البيع منتفية ش لان كون المحل لجواز البيع منتف م بالاضافة الى الكل ش يعني بين
اضافة انتفاء المحلية الى الجميع وقال تاج الشريعة اي كل واحد منهما ليس بمحل البيع م ولهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان الفساد بقدر
المفسد ش يعني يتقدر بقدره اذا سمى لكل واحد منهما ثمنا اذا الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص
به فلا يتعدى الى القن ش كما في المدبر اذا ضم مع العبد وكمن جمع اجنبية واخته في النكاح ش اي في عقد النكاح م بخلاف ما اذا
لم يفصل ثمن كل واحد ش بين الحر والعبد حيث يبطل البيع فيهما جميعا م لانه مجهول ش اي لجهالة الثمن م ولابي حنيفة رضي الله
عنه وهو الفرق بين الفصلين ش اي بين فصل الحر وفصل المدبر مع القن م ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع
صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الاخر م فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد الا انه
شرط فاسد ش والبيع يبطل بالشرط الفاسد م بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشرط الفاسد ش جواب عن قياسهما على النكاح م

بان

بان الفارق لان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع فانه يبطل وقال الاكمل رحمه الله وفيه بحث اما اولا فلانه اذا
بين كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط
الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد منفعة لاحد
ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب
فيهما لئلا يتضرر البايع بقبول العقد في احدهما دون الاخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر واجيب عن الاول
ان الصفقة متحدة في مسئلة اذا لم يكرر البيع او الشراء وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبايع فانه اذا باعهما بالف
والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعت هذا العبد بخمسماية على ان تسلم الي خمسماية اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض
في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون ما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق
بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما م واما البيع في هؤلاء موقوف ش متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد
واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ش لانها باعتبار الرق والتقوم وهما
موجودان ولكن حكم البيع لا يثبت فيهم لورود صيانة لحقهم وبهذا لا يخرجون من ان يكونوا محلا للبيع م ولهذا ش اي ولكون بيع
هؤلاء موقوفا م ينعقد ش البيع م في عبد الغير باجازته ش اي باجازة الغير وهو مولاه م وفي المكاتب ش اي ينعقد البيع في المكاتب م
برضاه في الاصح ش احترز به عما روي في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يصح م وفي المدبر ش اي ينعقد البيع في المدبر م ان
بقضاء القاضي ش فانه اذا قضى ببيع المدبر فانه يجوز م وكذا ش اي وكذا يجوز م في ام الولد ش اي في بيعها م عند ابي حنيفة وابي
يوسف ش خلافا لمحمد وكان فيه اختلاف بين الصحابة فعمر رضي الله عنه لم يجوزه وعلي رضي الله عنه جوزه ثم من بعدهم من السلف اجمعوا
على عدم جواز بيعها فالحاصل ان الاجماع المتاخر هل يرفع الاختلاف المتقدم فعندهما لا يرفع اذ ليس الاجماع اللاحق بعين من القوة
ما رفع خلاف الصحابة فكان قضاء في مجتهد فيه فينفذ وعند محمد يرفع فكان القضاء مخالفا للاجماع فلا ينفذ والمسالة اصولية
فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز
المالك ولم ينقض القاضي بجواز بيع ام الولد والمدبر يدل على ذلك تمام كلامه هناك م الا ان المالك ش استثناء من قوله دخلوا
تحت العقد يعني ان المالك م باستحقاقه المبيع وهؤلاء ش اي المدبر والمكاتب وام الولد م باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع وقال تاج الشريعة الا ان المالك الى اخره جواب عن قوله لما دخل هؤلاء تحت العقد لقيام المالية ينبغي ان
لا يكون بيع هؤلاء فاسدا فاجاب بقوله الا ان المالك الى اخره يعني ان البيع الموقوف اذا رد من له ذلك بطل وههنا كذلك
لان المالك وهؤلاء ردوه ولهم ذلك لاستحقاق المالك المبيع واستحقاق هؤلاء انفسهم م فكان هذا ش اي الرد بالاستحقاق
بعد الدخول م اشارة الى البقاء ش اي بقاء البيع لان الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء م فكان كما اذا اشترى عبدين
وهلك احدهما قبل القبض ش فان العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن بقاء لا ابتداء م وهذا ش اي الجمع بين القن واحد
المذكورين م لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا ش اي ولا يكون بيعا م بالحصة ابتداء ش بعدما ثبت دخولهم في البيع م
ولهذا لا يشترط ش حالة العقد م بيان ثمن كل واحد ش من العبد والمدبر م فيه ش اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر وعبد
غيره وفي الكافي ولو جمع بين وقف وملك واطلق صح في الملك في الاصح ولو باع كرما فيه مسجد قديم ان كان عامرا فالعقد
البيع والا فلا ولذا في المغرب

فصل

م في احكامه ش اي هذا فصل في بيان احكام البيع الفاسد م واذا
قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع ش اي باذنه ش انما عبر بالفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا م صريحا او دلالة
ان يقبضه في المجلس بحضرته فانه لم يقبضه بحضرة البايع لم يملكه بخلاف الصحيح فانه يقبضه مطلقا م وفي العقد عوضان ش
يعني بالان قيد به لفايدة وهي انه اذا كان احد العوضين او كلاهما غير مال فالبيع باطل كالبيع بالميتة والدم او بالحر وكالبيع
بالخمر والخنزير فاسد لما ذكره المصنف في اول باب البيع الفاسد وفي هذا الفصل شرع في بيان حكمها وهو القبض فقال
واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد الى اخره ثم ذكر خلاف الشافعي بما يدل على انه لا يفرق بين الفاسد والباطل على ما يقف
عليه الان ان شاء الله تعالى م ملك المبيع ولزمته قيمته ش اي قيمة المبيع وهو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم قالوا ان
المشتري في البيع الفاسد بالقبض يملك التصرف ولا يملك المبيع استدلالا بما قال في كتاب البيوع ان المشتري اذا اعتقه
كان عتقه وكان الولاء له لا للبايع لان البايع سلطه على ذلك وهذا لو كان المبيع جارية لا يجوز للمشتري وطيها ولو كان دارا
لا تجب الشفعة للشفيع وقال الفقيه ابو الليث وهذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا بدليل ان المبيع
لو كان دارا فقبضها فبيعت دار اخرى بجنبها فللمشتري ان ياخذ الشفعة بالدار ولو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة ولو كان
المبيع جارية فقبضها ثم ردها يجب على البايع الاستبراء وانما لم يجز للمشتري ان يطاها لانه وجب عليه ردها لئلا يكون مصرا على المعصية
فاشتغاله بالوطي اعراض عن الرد فلهذا المعنى لم يجز وطيها لا لعدم الملك وانما لم تجب الشفعة فيها لان حق البايع لم ينقطع عنها

وقال في شرح الطحاوي والاصل في البيع الفاسد ان كل ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض باذن البائع
وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد بيانه من اشترى من رجل عبدا بخمر او خنزير وتقابضا وهما مسلمان ملك المشتري العبد
اذا قبضه باذن البائع ولا يملك الاخر الخمر والخنزير وكذلك لو اشترى من رجل عبدا بمدبر او مكاتب او ام ولد وتقابضا
ملك المشتري العبد اذا قبضه باذن البائع وكذا لو اشترى من رجل عبدا بمال الغير بغير اذن صاحبه وتقابضا ملك المشتري العبد
ولا يملك الاخر ما قبض حتى يجيز مالكه البيع فيه م وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه ش وبه قال مالك واحمد م لانه محظور اي
حرام فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي ينسخ المشروعية للتضاد ش بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي
الحسن وبينهما منافاة . ولهذا ش اي ولاجل ذلك لا يفيده ش اي الملك . قبل القبض وصار كما اذا باع الميتة او باع الخمر بالدراهم
وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك . ولنا ان ركن البيع اي ركن البيع الفاسد وهو البيع بالخمر والخنزير وغيره مبادلة المال بالمال
بالتراضي . صدر من اهله ش وهو من كونه عاقلا بالغا حال كونه م مضافا الى محله عن الولاية لان المبيع فيه مال والثمن مال من وجه
لميلان طبع الناس الى الخمر والخنزير رغما انه ليس بمتقوم لاهانة الشرع فلما كان الثمن مالا من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد فاذا
كان كذلك م وجب القول بانعقاده ش لوجود شرائطه . ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام ش جواب
سؤال مقدر بان يقال سلمنا ان ركن البيع مبادلة المال بالمال ولكن لم قلت انه موجود فاجاب بقوله وفيه الكلام يعني كلامنا فيما اذا
وجد الركن لا الموكل الذي هو المبادلة موجود في جميع البيوع الفاسدة . والنهي يقرر المشروعية ش هذا جواب عما يقال لم لا يكون
النهي مانعا كما قال بقوله والنهي يقرر المشروعية ش عندنا لاقتضائه التصور ش ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين
ان يترك باختياره فيثاب وبين ان ياتي به فيعاقب عليه م فنفس البيع مشروع وبه ش اي وبالبيع انما ينال نعمة الملك ش لكن لابد فيه
من وجود مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاورا وهو معنى قوله م وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء يعني وقت الجمعة فجعل
في وصفه عملا بالوجهين فان قيل المحظور وقت النداء مجاور فاما في المتنازع فيه من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع
وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور
ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعم الخصم والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان في ذلك فيصح قياس احدهما على الاخر وبان غرضه ان
حكم المنهي عنه ليس البطلان كما زعم الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان م وانما لا يثبت الملك قبل القبض جواب عن
قول الشافعي ولهذا لا يفيده قبل القبض يعني ان البيع الفاسد لا يثبت الملك قبل قبض المبيع م كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اي
الشارع لان البيع الفاسد منهي عنه ولو ثبت الملك قبل القبض يكون التسليم والتسلم واجبا شرعا فيكون الشارع امرا وناهيا في
واحد وهذا لا يجوز فان قيل لو اثبتنا الملك بعد القبض يلزم تقرير الفساد ايضا قلنا لو ثبت قبل القبض يكون الفساد مضافا الى
نفس البيع والبيع مشروع الله تعالى فيكون الفساد مضافا الى الشارع ولا كذلك بعد القبض لان الملك مضاف الى القبض
والقبض يوجب الضمان كما في المقبوض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافا الى العبد كذا نقل عن القاضي الارسابندي وقيل
لو ان الفاسد اثبتنا الملك قبل القبض وبعده لكان مساويا للصحيح ولو لم نثبت الملك به لكان مساويا للباطل فاثبتنا الملك بعد
القبض عملا بالدليلين وفيه نوع تامل لان الفاسد والباطل مساويان عند الخصم . اذ هو ش تعليل لقوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد
المجاور اي لان البيع الفاسد م واجب الرفع والاسترداد ش اي يطلب رد المبيع من يد المشتري فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض
م فبالامتناع عن المطالبة اولى ش يعني ان البيع الفاسد اذا افاد الملك بالقبض يجب استرداد المبيع من يد المشتري دفعا للفساد
واحيانا عن المعصية فامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد اولى من دفع الفساد بالاسترداد لان الدفع
اسهل من الرفع . ولان السبب قد ضعف ش دليل ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض يعني ان السبب وهو البيع الفاسد قد ضعف
لمكان اقترانه بالقبح ش وهو النهي عنه فلاجل هذا لم يفد الملك م فيشترط اعتضاده ش اي تقويته م بالقبض في افادة الحكم بمنزلة
الهبة ش في احتياجها الى ما يعضد العقد من القبض . والميتة ليست بمال ش جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة
تقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه وهو معنى قوله م فانعدم الركن ش فلا ينعقد العقد
فاسدا م ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه ش هذا جواب لقوله او باع الخمر بالدراهم يعني ذكرنا تخريجه في اوائل باب البيع الفاسد والا
بما ذكره ثمه بقوله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد
حتى يملك ما يقابله الى اخره م وشيء اخر ش اي دليل اخر سوى ما ذكرنا هنا ان في الخمر الواجب هي القيمة ش لا عين الخمر لان المسلم ممنوع (وهو انه)
عن تسليم الخمر وتسلمها . وهي ش اي الخمر . تصلح ثمنا لا مثمنا ش اي مبيعا فلو قلنا بانعقاد البيع في هذه الصورة لجعلنا القيمة مثمنا
اذ كل عين في مقابلة الدراهم او الدنانير في البيع مثمن لتعينها للثمنية خلقة وشرعا وما عهد في صورة من صور البياعات ان تكون
القيمة مثمنا لانه يؤدي الى تغيير المشروع م ثم شرط ش اي القدوري م ان يكون القبض باذن البائع ش حيث قال واذا قبض
المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع . وهو الظاهر ش اي ظاهر الرواية الا انه يكتفي ش اي بالاذن م دلالة ش اي من حيث

م فاذا قبضه ش اي المشتري م في مجلس العقد استحسانا ش اي يصح من حيث الاستحسان م هو الصحيح ش اي الاستحسان واحترز به عما
ذكر صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالم يقبض واشار الى وجه الصحيح بقوله
م لان البيع تسليط منه ش اي من البائع م على القبض فاذا قبضه بحضرته ش اي بحضرة البائع م قبل الافتراق ولم ينهه ش اي البائع لم ينه المشتري
م عن القبض م كان ش اي القبض م بحكم التسليط السابق ش فيكتفى به م وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا ش يعني يكتفى
بسكوت الواهب وعدم نهيه الموهوب له في القبض م استحسانا ش اي من حيث الاستحسان م وشرط ش اي القدوري م ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال م فيخرج عليه ش اي على قول القدوري م البيع بالميتة
والدم والحر والريح ش بان قال بعت هذا الشيء بالريح الشمالي التي تاتي من هذا الجانب وذلك المكان ملك المشتري وفي الذخيرة
صورة البيع بالريح بان يكون لانسان ظرف منفوخ فاشترى بذلك الريح التي في ذلك الظرف وجعلها في ظرف اخر له م والبيع مع نفي الثمن
ش اي في رواية لانه اذا انتفى فقد انتفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفي رواية ينعقد بيعا لان نفيه لا يصح اذ البيع مشتمل على العوضين ومالم
يشتمل على العوضين فهي هبة وصدقة واذا لم يصح صار كانه سكت عن ذكر الثمن فلو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسدا
ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضي المعاوضة فاذا سكت كان عوضه قيمته فكان بالقيمة فيفسد البيع م وقوله ش اي قول
القدوري م لزمته قيمته في ذوات القيم ش كالحيوانات والعدديات المتفاوتة م فاما في ذوات الامثال ش كالمكيلات والموزونات
والعدديات غير المتفاوتة م يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض ش واحترز به عن البيع الصحيح وقال الاسبيجابي فالمرجع في قيمته
او المثل الى قول المشتري لانه هو الذي يلزمه الضمان فالقول قوله والبينة للبائع كذا في شرح مختصر الكرخي فشابه الغصب ش والحكم
في الغصب كذلك م وهذا ش اي وجوب المثل في ذوات الامثال م لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى ش وهو القيمة لا
الا صار اليها عند العجز عن المثل صورة ومعنى وانما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد م قال ش اي القدوري م ولكل
واحد من المتعاقدين فسخه ش اي حق فسخ البيع الفاسد م دفعا للفساد وقال الاترازي رفعا للفساد بالراء لا بالدال لكن الدال السماع
وذلك ان دفع الشيء انما يكون بعد وقوع ذلك الشيء ودفعه يكون قبل وقوعه والفساد هنا واقع فكان المسموع هو الصحيح فلك ان تسميه
سمي ايضا بالراء ولكن قوله ودفعه يكون قبل وقوعه فيه تامل لان الدفع بحسب اللغة لا يختص بالقبل والبعد ش كيلا يقع تصرفه على المشتري
مكروها او حراما فقال في الايضاح ويكره للمشتري ان يتصرف فيه بتمليك او انتفاع لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان اعدام الفساد واجب
والتصرف فيه تقرير للفساد م وهذا ش اي كون حق الفسخ لكل منهما م قبل القبض ظاهر لانه ش اي لان البيع الفاسد لم يفد حكمه وهو
الملك فيكون الفسخ امتناعا منه ش اي من الحكم م وكذا بعد القبض ش لكل واحد منهما فسخه م اذا كان الفساد في صلب العقد ش اي في
البدل او المبدل كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر م لقوته ش اي لقوة الفساد ففي الصورتين يملك فسخه بحضرة صاحبه عنده بلا
الزام موجب الفسخ ولا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف بغير حضرته ايضا م وان كان الفساد بشرط زائد ش بان باعه على ان يقرضه او يهبه
او باعه الى اجل مجهول م فلمن له ذلك الشرط ش وللمنفعة الصحيحة فلمن له الشرط ذلك ش اي الفسخ ومن له الشرط اي منفعة الشرط
من البائع في صورة الاقراض والمشتري في صورة الاجل م دون من عليه لقوة العقد ش دليل قوله دون من عليه يعني ان فسخ من عليه لا يجوز
لان العقد قوي لان الشرط دخل في امر زائد لا في صلب العقد م الا انه ش استثناء من قوله لقوة العقد يعني ان العقد لما كان قويا
كان القياس ان لا يفسخ من له الشرط ايضا الا انه م لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط ش فله ان يفسخه وقال الكاكي الا انه الى اخره
جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد يعني لما كان العقد قويا ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ م قال ش اي القدوري م فان باعه المشتري
ش اي المشتري الذي اشترى بالشراء الفاسد م نفذ بيعه لانه ملكه ش بالقبض م فملك التصرف فيه ش سواء كان بيعا او هبة او اعتاقا
حرام لا يحل له الاكل ان كان ماكولا وان كانت جارية لا يحل وطؤها كذا في شرح الطحاوي وقال شمس الائمة الحلواني يكره له الوطء ولا
يحرم كذا في الفتاوى الصغرى وفي شرح الطحاوي واذا باعه المشتري ليس للبائع ابطاله وعلى المشتري القيمة او المثل ان كان
مثليا ويطيب ذلك الملك للثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يحل له ولا يطيب لانه ملكه بعقد فاسد ولو كان
المبيع جارية فاستولدها المشتري صارت ام ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب البيوع وفي رواية كتاب الشرب عليه
العقر ولو رهن المشتري المبيع صح الرهن وليس للبائع ابطاله وان فكه المشتري قبل ان يقضى عليه بالقيمة فانه يرد على البائع وان فكه
بعدما قضي عليه بالقيمة فلا سبيل له على المبيع وان اجر صحت الاجارة غير ان للبائع ان يبطلها ويسترد المبيع م وسقط حق الاسترداد
لتعلق حق العبد بالثاني ش اي لتعلق حق المشتري الثاني بالعقد الثاني م ونقض الاول ش اي البيع الاول م لحق الشرع ش من حيث انه
فيه وحق الشرع اذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد وهو معنى قوله م وحق العبد مقدم لحاجته ش لان الله تعالى اغنى والعبد
محتاج بخلاف حق من الغاصب لانه تعلق به حق المغصوب منه والاسماء حق العبد فيرجح حق المغصوب منه لانه اسبق كذا في المبسوط
م ولان الاول ش هذا دليل ثان في سقوط حق الاسترداد للبائع بعد بيع المشتري من غيره يعني ان البيع الاول م مشروع باصله
ش لانه فاسد في اصل البيع م دون وصفه ش لدخول الفساد فيه م والثاني ش اي البيع الثاني م مشروع باصله ووصفه ش لا

لا فساد فيهما جميعا م فلا يعارضه بمجرد الوصف ش اي فلا يعارض المشروع باصله ووصفه المشروع مع بمجرد الوصف حاصله
ان الفاسد لا يعارض الصحيح م ولانه ش هذا دليل ثالث على سقوط حق الاسترداد بعد بيع المشتري اي ولان البيع الثاني
حصل بتسليط من جهة البائع ش حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل فان قيل هذا
المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشتري ايضا وقع هذا الكل واحد من المتعاقدين فسخه اعداما للفساد فما نقض العلم
اذن قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال م بخلاف تصرف المشتري ش هذا جواب
عما يقال لو كان لتعلق حق الغير بالمشتري بانفاعين نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع
والهبة والبنا وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتقرير الجواب ما قاله من قوله بخلاف تصرف المشتري م في الدار
المشفوعة لان كل واحد منهما ش اي من حق الشفيع وحق المشتري حق العبد فيستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من
الشفيع ش اي لم يوجد التسليط من الشفيع لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد
من الشفيع شي من ذلك فكان له حق الاسترداد م قال ش اي محمد في الجامع الصغير ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ش باذن
البائع م واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز ش اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وانما ذكر مسالة البيع هنا وان كان ذكره قبل
هذا لانه ذكره ان بغير لفظ محمد رحمه الله م وعليه القيمة لما ذكرنا فيما تقدم انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته واصل المسالة ان البيع الفاسد
يفيد الملك عند اتصال القبض به بالاذن عند اصحابنا خلافا للشافعي وقد مر بيان ذلك فيما مضى م والاعتاق قد هلك ش اي لم
من ماله بالعتق فلزمه القيمة والبيع والهبة قد انقطع والاسترداد على ما مر ش اشارة به الى قوله لتعلق العبد الثاني وهو المشتري
الثاني والكتابة والرهن لانهما لازمان ش فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى م الا انه يعود حق
الحق المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ش وهو تعلق حق العبد قبل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة في
جميع الصور اذا انفسخ التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضا بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد
لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضا بالقيمة
فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضي على الغاصب بقيمة المغصوب الابق ثم عاد م وهذا ش اي انقطاع
الاسترداد بالتصرفات المذكورة م بخلاف الاجارة ش فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد
عذر من اقوى الاعذار وفي الذخيرة والمبسوط لا يبطل حق الاسترداد بالاجارة والنكاح لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار
وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب من اقوى الاعذار فيفسخ به الا ترى ان المشتري لو اجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له فسخ
الاجارة للرد بالعيب فهذا اولى ولم يذكر محمد رحمه الله فسخ الاجارة وذكر في الزيادات ان القاضي يفسخها م لانها ش اي ولان الاجارة م
تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ش يعني ان الاجارة عقد على المنافع وهي تحدث شيئا فشيئا الا ان العين اقيمت مقام المنفعة
لضرورة فلا يكون فيه دفع العقد الثابت م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع
حتى يرد الثمن ش الذي اخذه قال الاتراري قوله حتى يرد الثمن اي القيمة الذي اخذه كذا فسر المشتري ذكرها بعض الشارحين وفيه
نظر لان القيمة انما تجب في البيع الفاسد اذا هلك المبيع وهنا المبيع قائم وانما اثبت محمد اسم الثمن وان كان البيع فاسدا
لصورة تسمية الثمن حيث قوبل بالمبيع قلت اراد بعض الشارحين السغناقي رحمه الله فانه قال هكذا اورده الامام المحبوبي وقال الامام التمرتاشي
هذا الحكم ليس بمخصوص بالبيع الفاسد بل هذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد
الجائز اذا تفاسخا لان هذه عقد ومعاوضة فوجب التسوية بين البدلين م لان المبيع مقابل به ش اي بالثمن الذي اعطاه المشتري
م فيصير محبوسا به ش اي بالثمن م كالرهن ش بالدين يحبسه بقيمته كما في الغصب م وان مات البائع فالمشتري احق به ش اي بالمبيع حتى يستوفي
الثمن لانه يقدم عليه ش اي على البائع في حياته فكذا يقدم على ورثته وغرمائه بعد وفاته م كالراهن ش فانه اذا مات
وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين م ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها
لانها تتعين ش بالتعيين م في البيع الفاسد وهو الصحيح ش احترز به عن رواية ابي حفص فانه قال لا يتعين كما في البيع الجائز وقال
علاء الدين الامام في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين حتى في العقود الفاسدة واليه ذهب فخر الاسلام والصدر الشهيد لان
البيع الفاسد في حكم الغصب والاسترداد فكما تتعين الدراهم والدنانير في العقود الفاسدة تتعين في الوديعة والغصب والهبة
والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والتسليم وقال الامام البرغري في جامعه انما تتعين الدراهم والدنانير في البيع
الفاسد اذا كان البيع الفاسد فسخ بها وان لم يكن صريحا لا يتعين الا ترى ان البيع الفاسد بمنزلة الغصب وكان الثمن في يد
البائع بمنزلة المغصوب والدراهم المغصوبة تتعين حتى يجب رد عينها ان كان قائما وبه صرح الامام قاضي خان م لانه
ش اي لان الثمن م بمنزلة الغصب ش لا يضمن بالقبض كالغصب م وان كانت مستهلكة اخذ مثلها كما بينا ش اشارة به
الى قوله لانه بمنزلة الغصب م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند

ابي حنيفة ش لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل باع رجلا دارا بيعا فاسدا فقبضها المشتري فبنى فيها
قال ليس للبائع ان ياخذها ولكنه ياخذ قيمتها ثم شك يعقوب في هذه المسالة بعد ذلك وقال يعقوب ومحمد ينقض البناء وترد
الدار على صاحبها الى هنا لفظ محمد رحمه الله م رواه يعقوب عنه ش اي روى ابو يوسف عن ابي حنيفة فانه ذكر في جامع البرددي
انه شك ش اي ابو يوسف م بعد ذلك ش اي بعد الرواية عن ابي حنيفة شك في حفظها عنه وهو معنى قوله م في الرواية عن
ابي حنيفة لا في مذهب ابي حنيفة فانه ذكر في جامع البرددي قال ابو يوسف لمحمد ما رويت لك عن ابي حنيفة انما رويت
لك ان ينقض البناء وقال محمد بل رويت انه ياخذ قيمتها وقد اشار الى ذلك في بعض النسخ فقال محمد ثم شك يعقوب في هذه
المسالة ولم يرد به انه شك في قول ابي حنيفة بل شك في سماعه عنه وفي الايضاح قال المعلى رجع ابو يوسف الى قول محمد حين
ذكر له الاول مع محمد اشار اليه المصنف بقوله م وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء ويرد الدار ش اي على صاحبها كما هو مذكور
في الجامع الصغير م والغرس على هذا الاختلاف ش يعني ينقطع به حق الفسخ عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد نص محمد على الاختلاف
في كتاب الشفعة فانه قال اذا اشترى المشتري دارا فاسدا فبنى فيها او غرس لا يثبت حق الشفعة للشفيع عندهما وعند ابي حنيفة يثبت
م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه ش اي في حق الشفيع م الى القضا ويبطل ش اي
حق الشفيع م بالتاخير ش اي تاخير الطلب م بخلاف حق البائع ش فانه لا يحتاج الى ذلك م ثم اضعف الحقين ش وهو حق الشفيع وحق
البائع م لا يبطل بالبنا فاقواهما ش اي اقوى الحقين الذي هو حق البائع م اولى ش ان لا يبطل م وله ش اي ولابي حنيفة م ان البنا
والغرس مما يقصد به الدوام ش احترز عن الاجارة م وقد حصل ش اي كل واحد من البنا والغرس م بتسليط من جهة البائع
فينقطع حق الاسترداد ش لانه لا يجوز للانسان ان يسعى في نقض ما تم من جهته م كالبيع ش اي فصار كما اذا باع المشتري او
وهبه من غيره م بخلاف الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا ش اي ولاجل عدم التسليط من الشفيع م لا يبطل ش اي
حق الشفيع م بهبة المشتري وبيعه ش يعني لو وهبها لانسان او باعها من اخر م فكذا بنائه ش اي فكذا لا يبطل بنائه واذا
ثبت فما كان للشفيع ان ياخذه بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبنا كان بيعا جديدا بمنزلة البيع الصحيح
فينقض الشفيع بنا المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البنا لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق
البائع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد قال الاكمل واذا تؤمل فيما ذكر فليس بوارد اذ البائع مسلط دون الشفيع
والملزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة م وشك يعقوب ش هو ابو يوسف
في حفظه الرواية عن ابي حنيفة ش لما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد كرر المصنف قوله شك يعقوب قال الاكمل وفي كلامه
نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع
الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد رحمهم الله وقال تاج الشريعة وشك يعقوب في حفظ الرواية
فالمشايخ كانوا ابو يوسف ان قول ابي حنيفة هل يخالف قولهما ام لا ومع الشك لا يتحقق الاختلاف والاصح على الخلاف
وشك ابي يوسف في الرواية انه سمع منه ام لا م وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة ش فانه قال اذا اشترى المشتري
دارا فاسدا فبنى فيها او غرس لا يثبت حق الشفعة للشفيع عندهما وعند ابي حنيفة يثبت م فان حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البائع بالبنا وثبوته على الاختلاف م فعند ابي حنيفة يثبت حق الشفعة فكان انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتا و
لا يثبت لانه لم ينقطع حق البائع في الاسترداد وقال بعض الشارحين قوله وثبوته بالرفع عطفا على قوله مبني
وهو ضعيف قلت اراد بعض الشارحين السغناقي وتبعه على ذلك الكاكي ايضا ولكن الاتراري ما بين وجه الضعف صريحا
والذي يظهر لي ان ثبوته مرفوع بالابتدا وخبره هو قوله على الاختلاف لان محل الكلام هنا وتحقيق معناه ان حق الشفعة
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبنا والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع
ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة
في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد فافهم فانه موضع
دقيق يحتاج الى فكر عميق م ومن اشترى جارية بيعا فاسدا فقبضها وباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن
ش البائع هو بائع الجارية م والفرق ش اي بين الصورتين وهما طيب الربح لبائع الجارية في الثمن وعدم طيبه للمشتري الجارية
م ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها ش اي بعين الجارية ومعنى تعين الجارية انه اذا باع جارية معينة ليس له ان يعطي جارية
اخرى مكانها ولما تعلق العقد بها وحصل الربح من عين الجارية كان الربح حاصلا من بدل المملوك ملكا فاسدا فيمكن الخبث في الربح
فيتصدق به م ويمكن الخبث في الربح ش والخبث عدم الطيب م والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود ش اي في عقود
المبايعات احترز به عن الوديعة والشركة والغصب ونحوها وعند زفر والشافعي يتعينان حتى لو اشترى بدراهم معينة فله
ان يعطي البائع غيرها فللبائع ان يابى ذلك ولو هلكت الدراهم او استحقت يبطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل

م ثم تعلق العقد الثاني بعينها ش اي بعين الدراهم التي باع المشتري الجارية بها م فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق ش لان الربح حصل بالعقد لا بالدراهم م وهذا ش اي هذا الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الاول ويطيب في الثاني م في الخبث الذي سببه فساد الملك * والخبث على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك كما يجي الان وذلك لان المال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كلا منهما . اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين ش اراد بهما ما يتعين من المال وما لا يتعين م لتعلق العقد ش اي بما لا يتعين م فيما يتعين حقيقة ش اي من حيث الخبث م وفيما لا يتعين شبهة ش اي من حيث الشبهة اي شبهة الخبث وبينه بقوله م من حيث انه يتعلق به ش اي بما لا يتعين م سلامة البيع ش ان نقد الدراهم المغصوبة . او نقد الثمن * عطف على قوله سلامة المبيع يعني ان الخبث لعدم الملك انما يثبت مما يتعين بطريق الشبهة لانه يتعلق به سلامة المبيع كما قلنا وتقدير الثمن حتى لو اشترى بالدراهم المغصوبة ونقد من غيرها م وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة ش يعني ان الخبث لفساد الملك ينقلب حقيقته شبهة اي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة في الخبث لعدم الملك كان فيما يتعين يكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لان الخبث لفساد الملك ادنى من الخبث لعدم الملك ش والشبهة باعتبار الملك فيما يتعين م تنزل الى شبهة الشبهة فيما لا يتعين م والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ش اي عن الشبهة لان شبهة الشبهة اذا اعتبرت انسد باب العقود اذ لا تخلو عن شبهة الشبهة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وكذا اذا ادعى ش رجل م على اخر مالا ش بان ادعى عليه الف درهم مثلا م فقضاه اياه ش اي قضى المال م ثم تصادقا انه لم يكن عليه شي ش والحال م وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية ش بدعوى المدعي م ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا والمستحق هو الدين والبدل هو الدراهم * فلا يعمل * اي الخبث . فيما لا يتعين لان الخبث لفساد الملك لا اثر له فيما يتعين لانه شبهة الشبهة وهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به

فصل فيما يكره

ش اي هذا فصل في بيان المكروهات في باب البيوع والمكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحقه به واخره عنه وقد علم في الاصول ان النهي اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا م ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش ش بفتحتين ويروى بالسكون وقيل بالتحريك اسم وبالسكون مصدر وهي مكروه باجماع الائمة الاربعة قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش لفظ الحديث وفسره المصنف بقوله م وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشرا ليرغب م غيره ش فيوقعه فيه ثم ذكر الحديث بقوله م وقال عليه السلام ش اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م لا تناجشوا ش هذا الحديث رواه البخاري باسناده الى سعيد بن المسيب عن ابي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا الحديث وروى البخاري ايضا حدثنا عبد الله بن مسلمة قال حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش م قال ش اي القدوري م وعن السوم على سوم غيره ش وقال المصنف م قال عليه السلام ش اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه * هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان وان يبيع حاضر لباد الحديث وفي اخره ولا يسام الرجل على سوم اخيه ورواه محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبته الحديث وفي شرح الطحاوي صورته ان يتراضيا الرجلان في السلعة وتساوما ثم جاء اخر ورضي البايع والمشتري بذلك ولم يعقد عقد البيع حتى ساومه اخر على سومه واشتراه منه فانه يجوز في الحكم ولكنه يكره هذا اذا جنح قلب البايع الى البيع من الاول بما طلب منه الثمن واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض بذلك فلا باس للثاني ان يشتريه لان هذا بيع من يزيد وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد وفي الكافي السوم ان يزيد في الثمن بعد تقرره لارادة الشراء م ولان في ذلك ش اي في السوم على سوم اخيه م ايحاشا ش اي القاء الوحشة في قلبه م واضرارا ش في زيادة الثمن م وهذا ش اي كون السوم مكروها م اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ في المساومة فاذا لم يركن ش اي البايع لم يرض ولم يجنح احدهما الى الاخر فهو ش اي السوم . بيع من يزيد فلا باس حينئذ م على ما نذكر * اشار الى قوله وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد وسيجي عن قريب وقد ذكرناه ايضا م وما ذكرناه اراد به قوله وهذا اذا تراضى المتعاقدان م محمل النهي في النكاح ايضا ش يعني اذا ركن قلب المراة الى الخاطب يكره خطبة غيره فاذا لم يركن لا يكره م قال ش اي القدوري م وعن تلقي الجلب ش اي ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب اي المجلوب صورته ان واحدا من اهل المصر اخبر بمجي قافلة بميرة عظيمة فيخرج ويتلقاهم ويشتري منهم ما يمتارون ويدخل المصر ويبيعه بما يريد من الثمن م وهذا ش اي تلقي الجلب على ما وصفناه انما يكره م اذا كان يضر باهل البلد ش بان يكونوا في ضيق من جدب وقحط م وان كان لا يضر ش اهل البلد م فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين ش بان اشترى منهم بارخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بالسعر م فحينئذ يكره لما فيه من الغرر ش في حقهم م والضرر ش لاهل المصر فكلاهما قبيح م

ش اي القدوري في مختصره م وعن بيع الحاضر للبادي ش وفسره ابن عباس بقوله لا يكون له سمسارا وبينه الحلواني حيث قال صورته ان يجي القروي بالطعام الى المصر فلا يبيعه السمسار والحاضر ان يبيع القروي بنفسه بل يقول له لا تفعل شيئا فانا اعلم فيتوكل هذا السمسار الحاضر من البادي ويبيعه ويغلي على الناس السعر فلو تركه يبيعه بنفسه ربما يرخص وبهذا انتهى لقوله عليه السلام لا يبيع حاضر لباد ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه وعن انس ابن مالك كان يقال لا يبيع حاضر لباد وهي كلمة جامعة لا يبيع له شيئا ولا يبتاع له شيئا وقال ابن سيرين هي كلمة جامعة للبيع والشرا وفيه الان تفسير المصنف لقوله لا يبيع حاضر لباد م فقد قال عليه السلام ش اي فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم م لا يبيع الحاضر للباد وقد ذكرنا عن قريب ان هذا الحديث اخرجه البخاري ومسلم من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ولفظ الحديث في كتب الحديث بلفظ النهي في الحاضر والبادي م وهذا ش اي كراهة بيع الحاضر للباد م اذا كان اهل البلد في عوز ش اي ضيق م وهو ش اي الحاضر م لا يبيع من اهل البلد طمعا في الثمن الغالي * ويبيعه من اهل البادية بثمن غال واهل المصر يتضررون بذلك فلا يجوز لما فيه من الاضرار بهم ش اي باهل البلد م اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر ش وهكذا قال في شرح الطحاوي م قال ش اي القدوري م والبيع عند اذان الجمعة ش اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة هكذا فسره الاكمل وقال الاترازي وقوله م معطوف على قوله عن النجش وهو ايضا يؤدي بمعنى ما قاله الاكمل ولكن المصنف لم يذكر فيه النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك صريحا وانما قال م قال الله تعالى وذروا البيع ش ولكن ما نهى الله عز وجل عن شي فهو ايضا نهي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومعنى ذروا اتركوا امر للجماعة من يذر وداماتوا ماضيه واصل ذروا اوذروا حذفت الواو تبعا لفعله واستغني عن الهمزة لحذفت فصار ذروا وادنى احوال النهي الكراهة ولان السعي الى الجمعة واجب بالنص في الاشتغال بالبيع والشرا في اليوم ونحو ذلك ترك السعي الواجب وقد مر الكلام فيه مستقصى في باب الجمعة م ثم فيه ش اي في الاشتغال بالبيع م اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه ش بان يقعدا او يقفا ولم يسعيا واما اذا كانا ماشيان ويتبايعان فلا باس به ذكره ابو اليسر في اصوله م وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة ش اراد به ما ذكره في باب الجمعة بقوله والاصح ان المعتبر هو الاول اي الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به م قال ش اي القدوري م وكل ذلك يكره ش اي كل ما ذكرنا في اول الفصل انما يكره وهو النجش والسوم على سوم غيره وتلقي الجلب وبيع الحاضر للباد والبيع عند اذان الجمعة م لما ذكرنا ش اي لما ذكرنا من الدلايل في كل واحد منها مفردا م ولا يفسد به البيع ش اي بالنهي المذكور حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وبه قال الشافعي ولكن يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان اذا لبس السعر عليهم وقال مالك بيع الناجش باطل وبه قال احمد في رواية ضعيفة وفي صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد م لان الفساد في معنى خارج زايد ش اي مجاور لا في صلب العقد ش اي لا متصل به م ولا في شرايط الصحة ش من الحرية والعقل والبلوغ قال الكاكي واراد بقوله خارج مجاور المطلق الخارج بدليل قوله زايد لا في صلب العقد ولا في شرايط الصحة ولا يشكل البيوع الفاسدة بالشرط فان الفاسد خارج لكن ليس بمجاور ولهذا قال في الكافي بقوله لمعنى خارج مشكل الا ان يؤول الخارج بالمجاور م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره م ما ذكرنا ش اشار به الى قوله فاذا لم يركن احدهما الى الاخر فهو بيع من يزيد . وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد * هذا الحديث اخرجه الاربعة فاخرجه ابو داود في الزكوة وابن ماجة في التجارة عن عيسى بن يونس عن الاخضر بن عجلان عن ابي بكر عبد الله الحنفي عن انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يساله فقال له اما في بيتك شي قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا اخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلاثا فقال رجل انا اخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالاخر قدوما فاتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا ارينك خمسة عشر يوما ففعل فجاء الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجي المسالة نكتة في وجهك يوم القيامة ان المسالة لا تصلح الا لثلاثة لذي فقر مدقع او لذي غرم مفظع او لذي دم موجع واخرجه الترمذي مختصرا ان النبي صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد وكذلك اخرجه النسائي مختصرا فان قلت كيف يقول المصنف وقد صح وضعفه العقيلي في كتابه والاخضر بن عجلان ذكره الازدي في الضعفاء وابو بكر الحنفي قال ابن القطان فيه مجهول لا اعرف احدا نقل عنه الا ابنه قلت هذا الحديث لما رواه الترمذي حسنه وعند البعض الحسن من الصحيح والاخضر بن عجلان وثقه البخاري وابو بكر الحنفي روى عنه جماعة وحسن الترمذي حديثه ولو لم يكن عنده لما حسن حديثه فان قلت لما باع النبي صلى الله عليه وسلم الحلس والقدح بغير اذن صاحبهما قلت قيل يجوز للحاكم ان يبيع على المعسر فان قلت لما يفعل انه كان معسرا قلت قيل كانت نفقة اهله واجبة عليه فهي كالدين قلت لا يحتاج الى الحاكم

المكلفات والنبي صلى الله عليه وسلم كان يجوز له التصرف في اموال امته بما شاء فتصرف على وجه المصلحة فان قلت قال الترمذي والعمل
على هذا الحديث عند اهل العلم لم يروا باسا ببيع من يريد في الغنائم والمواريث قلت قال ابن العربي في الباب واحد والمعنى مشترك
لا تختص به غنيمة ولا ميراث قوله مدقع من الدقعاء وهو التراب ومعنى فقر مدقع اي شديد يفضي بصاحبه الى التراب وقيل
هو سوء احتمال الفقر قوله او لذي غرم مفظع اي لذي حاجة لازمة من غرامة مثقلة وقال ابن الاثير المفظع الشديد الشنيع
وقد افظع يفظع فهو مفظع وفظع الامر فهو فظيع قوله لذي دم موجع هو ان يتحمل دية فيسعى فيها حتى يؤديها الى اولياء المقتول
فان لم يؤدها قتل المتحمل عنه فيوجعه قتله م ولانه ش اي ولان بيع من يزيد بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه ش اي الحاجة داعية
الى ذلك وتوارثها الناس في الاسواق م نوع منه ش اي من البيع المكروه وانما فصل هذا لما ان الكراهة في الذي ذكر بعد لمعنى
راجع الى المعقود عليه وفي الكراهة فيما ذكر قبل لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه او لان الذي يذكر بعد مسائل مختلفة يجمعها معنى واحد
وهو التفريق بخلاف الاول لان فيها مسائل شتى ولها اصول مختلفة وقال الاترازي وكان المصنف فصل هذا عما تقدم لان هذا النوع
له باب على حدة في الاصل والزيادات ولهذا ذكر الكرخي في مختصره في باب على حدة قلت على ما ذكر كان ينبغي ان يذكر له بابا على حدة
ومن ملك مملوكين ش انما قال ملك ولم يقل اشترى ليتناول وجوه سبب الملك من قبول الهبة والوصية والارث والشرا
صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الاخر وقيد بالصغيرين لانه لا يكره في الكبيرين م لم يفرق بينهما ش ومراده بالتفريق ان يكون ذلك
ملك واحد لانه اذا كان احدهما في ملك رجل واحد والاخر في ملك الاخر لم يكره التفريق الا ترى الى ما قال في المسائل ولو كان احدهما له
لعبد الاخر لولده الصغير او مكاتبه او مضاربه جاز التفريق وقال في شرح الطحاوي اذا كان له ولدان صغيران فدخل احدهما في
احدهما والاخر فلا ابن يبيع احدهما وان كان يملك بيعهما جميعا وقال فيه ايضا وكما يكره التفريق في البيع فكذلك يكره في القسمة
في الميراث والغنائم م وكذلك ش اي لم يفرق م اذا كان احدهما ش اي احد المملوكين كبيرا والاخر صغيرا م والاصل فيه ش اي في هذا
النوع م قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ش
هذا الحديث رواه الترمذي عن حيي بن عبد الله عن ابي عبد الرحمن الحبلي عن ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة وقال حديث حسن غريب وقال الاترازي قال الكرخي في مختصره عن ابي
ابي ايوب الانصاري قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين الام وولدها فرق الله بينه وبين الجنة قال وهكذا ذكر هذا
الحديث شمس الائمة البيهقي في الشامل والكفاية وكذا ذكر في شرح الاقطع والايضاح ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ الاحبة
قلت المحدثون يروونه بلفظ الاحبة منهم الترمذي كما ذكرنا والحاكم والبيهقي والدارمي والدارقطني واحمد في مسنده وقال
شيخنا زين الدين رحمه الله في شرحه للترمذي استدل احمد بعموم الحديث على انه لا يصح التفريق بين الام وولدها الكبير في البيع
ونحوه وروايته ان الحكم عن ذلك وقال ايضا هل يختص الحكم بالوالدة او يدخل فيه الجدة وكذلك الولد الصغير مع الوالد هل
يجوز التفريق بينهما بالبيع ونحوه وكذلك الجدة للاب والجد للاب صرح اصحابنا بان الجدة كالام عند عدم الام وكذلك الاب
عند عدم الاب فان كان له اب وام ومعها جدة حرم التفريق بينه وبين الام وجاز التفريق بينه وبين الاب وكذلك لو كان له ام وجدة
لم يجز التفريق بينه وبين امه فان بيع مع جدته دون امه فالاصح انه حرام وقال ايضا فيه حجة للصحيح في الوجهين عند اصحاب الشافعي
انه لا يزول تحريم التفريق باذن الام في ان يفرق بينها وبين ولدها وبناه بعض العلماء على ان الحق في هذا هل هو لحق الوالد او لحق الولد
او لحق الله تعالى فان كان لحق الوالد جاز التفريق باذنها وان كان لحق الولد او لحق الله تعالى فلا يجوز التفريق وان اذنت ويجوز
ما لا التفريق باذنها م ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل بالغلامين
فقال بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ش هذا اخرجه الترمذي وابن ماجه عن الحجاج بن
ارطاة عن الحكم عن ميمون بن ابي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت
احدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده ثم قال هذا حديث حسن غريب وقال
ابو داود في سننه ميمون بن ابي شبيب لم يدرك عليا فانه قتل في الجماجم في سنة ثلاث وثمانين واخرج الدارقطني في سننه
والحاكم في مستدركه من شعبة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي صلى الله عليه
وسلم سبي فامرني ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال ادركهما وارتجعهما وبعهما
جميعا ولا تفرق بينهما وقال الحاكم صحيح على شرط   ولم يخرجاه م ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير ش اي ويتانس
بالكبير ايضا فمعنى التفريق قال الاتقاني وعبارة الايجاز فيكره ما لم يبلغ الغلام او تحيض الجارية فاذا بلغا لا يكره التفريق بينهما
والكبير يتعاهده ش اي يتعاهد الصغير اي يقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشية من قرب القرابة م فكان في بيع احدهما
قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ش اي على ترك المرحمة وفيه احاديث منها ما رواه
ابو داود من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا

سا ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه الترمذي عن عكرمة عنه مرفوعا نحوه ومنها حديث انس رضي الله عنه اخرجه
الترمذي ايضا مرفوعا نحوه ومنها حديث رواه ابو يعلى الموصلي في مسنده عن انس مرفوعا ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا
م المنع ش اي المنع من التفريق م معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ش بان يكون احدهما ذا رحم محرم من الاخر م حتى لا يدخل فيه قريب
غير محرم ش كاولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات م ولا محرم ش اي ولا يدخل فيه محرم م غير قريب ش كالاخت من الرضاعة
وكامراة الاب م ولا يدخل فيه ش اي في المنع من التفريق م الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس ش
فان القياس ان يتصرف المالك في ملكه كيف شاء م فيقتصر على مورده ش اي مورد النص وهو القرابة المحرمة للنكاح فان قيل كيف
يجوز على خلاف القياس والمعنى هو قطع المعاهدة بالتفريق موجود قلنا وجود المعنى لا يدل على انه لا يكون على خلاف القياس
فان السلم شرع لحاجة المفاليس ومع ذلك شرع على خلاف القياس كذا قيل فان قيل لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة
للنكاح لما جاز بحال لا يمكن للمولى ان يجمعهن العلة وقد جاز في مواضع وجودها احدها اذا كان احد المملوكين بحال لا يمكن
للمولى ان يبيعه بان دبره ولا باس بيع الذي هو محل للبيع هنا وان حصل التفريق والثاني ما اذا جنى احدهما فلا باس بان
يدفعه المولى الى ولي الجناية مع ان له منع البيع باختيار الفداء والثالث ما لو استهلك مال انسان يباع فيه مع ان للمولى
ولاية المنع بأداء القيمة والرابع ما لو كانا مملوكين لحربي مستامن فانه يجوز للمسلم ان يشتري احدهما مع ان كل موضع يكره التفريق
بالبيع يكره التفريق بالشرا وههنا لا يكره والخامس انه لو كان ثلاثة اخوة في يد رجل واحدهم صغير فللمالك ان يبيع احد
اخوي الكبيرين استحسانا مع وجود التفريق والسادس ما اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا فله ان يرده ويمسك
الثاني في ظاهر الرواية والسابع ما لو كاتب احدهما او اعتقه على مال او غير مال فيقع التفريق باعتبار الاخراج عن الملك
الثامن انه لو كان في يد رجل امة ولها ولد صغير مراهق يجوز بيعه باختياره ورضى امه والمسائل من المبسوط والايضاح
وشرح الطحاوي قلنا اما الجواب عن الاول اما انما لم يحرم التفريق باعتبار ضرر المملوك فلو منعناه من بيع الاخر لحق الضرر بالمولى
فتعارض الضرران فنفي الضرر عن المولى اولى لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه وكذلك الجواب في الثاني والثالث
وعن الرابع انا لو لم نجوز شرى المسلم منه ليذهب الحربي بهما الى دار الحرب وضررهما فساده في دار الحرب ثابت في الدنيا والاخرة
اما في الدنيا فلعرضته الاسر والقتل اذا الظاهر من حال من نشأ في دارهم كان على دينهم واما ضرر الاخرة فظاهر وعن الخامس
بان المنع لحق الصغير وجه مرعي اذا كان معه احد الكبيرين ليستانس به ويقوم بحوائجه مع ان فيه رواية عن ابي يوسف
انه يكره ايضا وعن السادس بالجواب عن الثاني وعن السابع ان الكتابة والاعتاق هو عين الجمع باكمل الوجوه اذ المكاتب او
المعتق صار احق بنفسه فيدور حيث دار اخوه فيتعاهد اموره وعن الثامن انه لما رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز
م ولا بد من اجتماعهما ش اي اجتماع المملوكين الصغيرين م في ملكه لما ذكرنا ش اشار به الى قوله عليه السلام من فرق بين الوالدة وولدها
م حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لصغيره ش وفي بعض النسخ والاخر لغيره وهو الاظهر لان لفظ الغير يطلق لصغيره ولغيره
م فلا باس ببيع واحد منهما ش اي من الاثنين المذكورين لان التفريق انما يتحقق في ملك واحد لا في ملك اثنين كل من هو غير المالك
م ولو كان التفريق بحق ش اي بسبب حق مستحق م لا باس به ش اي بالتفريق ومثل لذلك بقوله م كدفع احدهما بالجناية ش بان
جنى احدهما فدفعه م وبيعه بالدين ش بان كان ماذونا واحاطت به ديونه او وجب الدين على المالك ولا مال له م ورده بالعيب ش
اذا اشتراهما وكان باحدهما عيب لم يطلع عليه عند العقد وعلل بقوله م لان المنظور اليه ش في منع التفريق م دفع الضرر عن غيره
ش اي عن غير الصغير م لا الاضرار به ش اي بالصغير وحاصل الكلام ان التفريق انما نهي عنه لدفع الضرر عن الصغير وليس
من شرط دفع الضرر عن شخص الحاق الضرر بغيره فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع من ايفاء الحق اضرار بصاحب الحق وانما حصل الاضرار
بالصغير ضمنا لحق مستحق فلا يلتفت اليه لانه كم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا م قال ش اي القدوري م فان فرق كره
ذلك وجاز العقد ش الكراهة بالاجماع وفي الجواز خلاف فعند ابي حنيفة ومحمد يجوز وبه قال الشافعي في قول م وعن ابي يوسف
انه ش اي ان التفريق م لا يجوز في قرابة الولاد ش اي في الوالدين والمولودين وبه قال الشافعي في الاصح م ويجوز في غيرها
ش اي غير الوالدين والمولودين م وعنه ش اي عن ابي يوسف انه ش اي ان التفريق م لا يجوز في جميع ذلك ش اي في قرابة الولاد
وغيرها وبه قال زفر والحسن واحمد م لما روينا ش اشار به الى قول علي رضي الله عنه في الحديث بعت احدهما وقد مر م فان الامر
بالادراك ش وهو قوله عليه السلام في الحديث المذكور ادرك ادرك م والرد ش اي القول بالرد في قوله ويروى اردد
اردد م لا يكون الا في البيع الفاسد ش وقال الطحاوي ولا ينبغي لاحد ان يفرق بين ذوي رحم محرم فيهما صغير فان ابا حنيفة
كان يكره ذلك ولا يفسخ البيع وكان ابو يوسف ومحمد يكرهان ذلك ويفسخان البيع وكذلك الحكم فيه حتى يبلغ الصغير
غير ان محمدا قال في الصبي اذا كان له اخوان او اختان او عمتان او خالتان فانه لا باس ببيع واحد في ذلك واحتباس الصغير
مع الاخر هذا لفظ الطحاوي وقد ذكر قول محمد مع ابي يوسف كما ترى وقد ذكر الكرخي في مختصره قول محمد مع ابي حنيفة

كما ذكره المصنف م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م ان ركن البيع صدر من اهله ش وهو العاقل البالغ حال كونه م مضافا الى محله
ش وهو المال م واما الكراهة لمعنى مجاور ش وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق م فشابه كراهة الاستيام ش اي السوم على سوم
اخيه فانه مكروه لا فاسد والحديث محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما م وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق
بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به الشرع ش لان معنى ما ورد به الشرع هو ان التفريق قطع الاستيناس وترك الشفقة وليس
هذا في الكبيرين م وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ش بيان هذا ما رواه البزار
في مسنده من حديث عبد الله بن بريدة عن ابيه قال اهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان
يركبها فاما احدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابرهيم وهي مارية ام ابرهيم واما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم
لحسان بن […] رضي الله عنه وهي ام عبد الرحمن بن حسان واخرج البيهقي من طريق ابن اسحق في دلائل النبوة عن الزهري عن
عبد الرحمن بن عبد القاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن ابي بلتعة الى المقوقس صاحب الاسكندرية بكتاب
فقبل الكتاب واكرم حاطبا واحسن نزله وسرحه الى النبي صلى الله عليه وسلم واهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسرجة
وجاريتين احدهما ام ابرهيم واما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لجهم بن قيس العبدي وهي ام زكريا بن جهم
الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر انتهى وهذا مرسل ويخالف لما رواه البزار كما تراه ولكن جمع بينهما بحديث رواه
البيهقي ايضا باسناده الى حاطب بن ابي بلتعة قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية
فجئته بكتاب رسول الله عليه السلام فانزلني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وقد جمع بطارقته الى ان قال وهذه هدايا
ابعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن ام ابرهيم ابن رسول الله عليه السلام وواحدة
وهبها عليه السلام لابي جهم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت الانصاري انتهى قلت ابو جهم ذكره ابو
عمر في الاستيعاب وقال قيل اسمه عامر بن حذيفة وقيل عبيد بن حذيفة اسلم عام الفتح وصحب النبي صلى الله عليه وسلم توفي
اخر خلافة معاوية واما جهم بن قيس فذكره ايضا في الاستيعاب […] بن شرحبيل بن عبد مناف بن عبد الدار وقال هاجر الى ارض
الحبشة مع امرأته وتوفيت امرأته هناك ولم يتعرض الى قضية هبة النبي عليه السلام اياه الجارية ولا في ابي جهم واما سيرين
فقد ذكرها ابو عمر في الاستيعاب في باب السين المهملة وكذا ذكرها الذهبي في تجريد الصحابة وذكرها الاترازي بثلاث نقط
على الشين والظاهر انه سهو

باب الاقالة

ش اي هذا باب في بيان احكام الاقالة […] من القول
والهمزة للسلب كاشكى يعني ازال القول السابق وهذا سهو بل هي من القيل بدليل قلت البيع بكسر القاف فهذا يدل على انه من
[…] والجوهري ذكرها في الصحاح في القاف مع الياء واقلته البيع اقالة وهو فسخه ورفعه وذكر في مجموع اللغة قال
البيع قيلا واقالة فسخ والمناسبة بين هذا الباب وبين الذي قبله هي ان الخلاص عن حنث البيع الفاسد والمكروه لما كان
بالفسخ كان للاقالة تعلقا خاصا بها فذكرها عقيبها م الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول ش لا خلاف للائمة الاربعة في
جواز الاقالة ولكن خلافهم انها فسخ او بيع على ما يأتي والدليل على جوازها الحديث الذي يأتي ولان الاقالة رفع العقد والعقد
حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعا للحاجة م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم
م من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ش هذا الحديث اخرجه ابو داود وابن ماجه عن الاعمش عن ابي صالح
عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته وزاد ابن ماجه يوم القيامة
ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وقال ابن حبان فيه يوم القيامة
دون الحاكم ونادما عند البيهقي م ولان العقد ش اي عقد البيع م فكان رفعه ش اي رفع العقد الذي وقع بينهما م دفعا
ش اي لاجل الدفع لحاجتهما ش لان كل من كان له حق يملك رفعه م فان شرط الاكثر منه ش اي من الثمن الاول م او اقل ش اي او
شرط الاقل من الثمن الاول م فالشرط باطل ش ولا يسقط رد الثمن من البائع وعند الشافعي الاقالة فاسدة والثمن على حاله
واذا كان الشرط المذكور باطلا م ويرد ش اي البائع مثل الثمن الاول ش الذي وقع العقد عليه م والاصل ش اي في هذا الباب
م ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ش في جميع الاحوال منقولا كان المبيع او غير منقول مقبوضا او غير مقبوض م بيع ش اي الاقالة
بيع في حق غيرهما ش ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد البيع الى ملك البائع ولو
كانت الاقالة بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بل هي بيع جديد في حق غيرهما م الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل ش اي الاقالة كما
اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولهذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع م وهذا ش اي المذكور كله م عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف هو بيع ش اي الاقالة بيع وانما ذكر الضمير باعتبار المذكور وبالنظر الى ان لفظ الاقالة
في الاصل مصدر م الا ان لا يمكن جعله بيعا ش كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض م فيجعل فسخا الا ان لا يمكن ش اي جعله
فسخا م فتبطل ش اي الاقالة كما اذا تقايلا في العروض […] الدراهم […] او تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس

الثمن الاول لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سمينا ثمنا آخر م وعند محمد هو فسخ الا اذا
[…] فيما ش اي الا اذا تعذر جعل عقد الاقالة فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا
بعد القبض بخلاف جنس الثمن الاول م فيجعل بيعا الا ان لا يمكن ش اي جعله بيعا كما في صورة بيع العروض بالدراهم بعد هلاكها م فتبطل
ش اي الاقالة ويبقى العقد على حاله وفي الذخيرة هذا الخلاف بينهم فيما اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة اما اذا حصل بلفظ المفاسخة
او المبادلة او الرد فانها لا تجعل بيعا وان امكن ان تجعل بيعا وفي شرح الوجيز اذا كانت الاقالة بلفظ الاقالة فيه قولان فسخ
او بيع اما اذا […] فهو فسخ لا محالة وفي شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رواية اخرى ان الاقالة بيع بعد القبض وفسخ
قبله وفي شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال الاقالة بيع على كل حال حتى انه ابطل الاقالة في المنقول قبل القبض لانه
لا يجوز بيعه م لمحمد ان اللفظ ش اي لفظ الاقالة م للفسخ والرفع ش يعني في اللغة م ومنه يقال اقلني عثرتي ش اي ارفعها م فتوفر
عليه ش اي على اللفظ م قضيته ش اي ما اقتضاه من موضوعه اللغوي م واذا تعذر ش اي الفسخ م يحمل على محتمله وهو البيع ش بطريق
المجاز ولهذا كانت بيعا في حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الالغاء وقوله م الا ترى ش توضيح لكون الاقالة
بيعا عند تعذر الفسخ بطريق المجاز وهو احتمال اللفظ اياه م انه ش اي ان الاقالة بيع في حق ثالث ش وهو الشفيع م ولابي يوسف انه
ش اي ان الاقالة م مبادلة المال بالمال بالتراضي وهو ش اي المذكور وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي م هو حد البيع ش وان لفظ
لفظ الاقالة لان العبرة للمعاني لا للالفاظ ولهذا يجعل الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة م
ولهذا ش اي ولكون الاقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذي هو حد البيع م يبطل ش اي الاقالة م بهلاك السلعة ويرد بالعيب ش
اي البيع م ويثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ش فيكون الاقالة بيعا الا ان في المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسدا
فحملت على الفسخ حملا لحالهما على الصحة م ولابي حنيفة ان اللفظ ش اي لفظ الاقالة م ينبئ عن الرفع والفسخ لما قلنا ش اشارة به الى قوله
ان اللفظ للفسخ والرفع م والاصل اعمال اللفظ في مقتضاها الحقيقي ش فاذا تعذر يصار الى المجاز ان امكن والا بطل م ولا يحتمل
ش اي الاقالة م ابتداء العقد ليحمل عليه ش اي على العقد مجازا م عند التعذر لانه ش اي لان العقد م ضده ش اي ضد الرفع م واللفظ
لا يحتمل ضده ش واستعارة احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فاذا كان كذلك م فتعين البطلان ش اي بطلان الاقالة
م وكونه بيعا في حق الثالث ش جواب عما يقال الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك تقرير الجواب ان كون
الاقالة بيعا في حق الثالث الذي هو الشفيع م امر ضروري يعني ثبوته بيعا بطريق الضرورة والحكم لا باعتبار اللفظ وليس بطريق
المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بمقتضى الصيغة وهذا ليس كذلك لانه ثبت به مثل حكم البيع ش وهو الملك للبائع بسبب لظهور موجبه
في حق الثالث […] لا امتناع ثبوت الضدين في محل واحد فاذا كان كذلك اعتبر الحكم في الثالث لا الصيغة يعني لا يعتبر
الصيغة وهو معنى قوله م لا بمقتضى الصيغة ش لان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة
وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك من ضروراته فثبت لكل واحد منهما الملك فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة
فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما واعتبر الحكم في حق غيرهما فلا ولاية لهما في حق غيرهما وهو
معنى قوله م اذ لا ولاية لهما ش اي للمتعاقدين م على غيرهما ش بان يجعلا هذا البيع فسخا في حق غيرهما لكون الفسخ اضرارا في حق الغير
وجواب المصنف في الحقيقة انه وقال الاكمل وجواب اخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس بمقتضى الصيغة
لان كونها فسخا مقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز م اذا ثبت م هذا ش اي ما ذكر من الاصل م فنقول
اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول ش الذي وقع عليه العقد م لتعذر الفسخ على الزيادة ش لان فسخ العقد عبارة عن
رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك م اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط م والاقالة لا
تبطل ش لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ش حيث يبطل بالشروط الفاسدة م لان الزيادة يمكن اثباتها في
العقد فيتحقق الربوا ش لان في الشرط شبهة الربوا لان فيه منفعة لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن
العوض م اما لا يمكن اثباتها ش اي اثبات الزيادة م في الرفع ش اي في رفع العقد لان الاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان
الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن في
العقد فيتحقق الربوا م وكذا اذا شرط الاقل ش اي من الثمن الاول م لما بينا ش من قوله اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال وقال الاترازي
اشارة الى قوله لتعذر الفسخ م الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب
ش وقال تاج الشريعة هذا اذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط او ازيد او انقص بقدر ما يتغابن الناس فيه م وعندهما
ش اي عند ابي يوسف ومحمد م في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن
ش يعني ان كانت الاقالة عنده فسخا لكن الفسخ على الزيادة غير ممكن وجعله بيعا ممكن م فاذا زاد كان قاصدا لهذا البيع ش لان في
الزيادة لما تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا للكلام العاقل عن الالغاء ولا فرق عند ابي يوسف في الزيادة والنقصان

كان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ هو الاصل م وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف ش اي بيع عنده م لانه ش اي الاقل
م هو الاصل عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل ش اي عن جميع الثمن بان قال
كان فسخا فهنا اولى بخلاف ما اذا زاد ش حيث يجعل بيعا عند محمد ش واعترض بان جوازه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون
على مذهبه خاصة او على الاتفاق فالاول ممنوع والمختلف على المختلف والثاني غير مخلص لان ابا يوسف انما يجعله فسخا لاستاع جعله
بيعا لاستاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا م اذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ش ان الحط بمقداره
ما فات بالعيب م وكذا اذا قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما
لما بينا ش يعني وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة م ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده ش يعني عند ابي حنيفة
لان الولد مانع من الفسخ لاجل الزيادة م وعندهما يكون بيعا ش وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ولدت ثم تقايلا ان كان قبل
القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة
فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لان المتصلة
لا تمنع الفسخ عنده متى وجد رضا من له الحق في الزيادة سطلان حقه فهو وقد وجد الرضا لما تقايلا فان لم يمكن تصحيحها فسخا عنده
م والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وكذا عند ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع ش وذلك لان
بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالاجماع وبيع العقار قبل القبض يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف م وفي العقار يكون بيعا
عنده ش اي عند ابي يوسف لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده ش اي عند ابي يوسف م قال ش اي القدوري
م وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ش اي من صحة الاقالة م لان رفع البيع يستدعي قيامه ش اي قيام البيع
م وهو ش اي قيام البيع م بقيام المبيع دون الثمن ش لان الاصل هو المبيع ولهذا اشترط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة
الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا م ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه م ولو تقايضا
اي لو عقدا عقد المقايضة وهي بيع عرض بعرض ماخوذ من قولهم تقايضا اي تبادلا م تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ش اي
احد العوضين م ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا ش لان الاصل وجود المبيع فان قيل
ما الفرق بين التقايض والتصارف فان هلاك البدلين في الصرف مانع من الاقالة وفي التقايض مانع مع ان في كل منهما كل
واحد من البدلين حكم المبيع اذ ليس احدهما اولى من الآخر في جعله مبيعا او ثمنا قلنا الفرق ان في التصارف لا يلزم رد المقبوض
بعد الاقالة وله الخيار ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا لصحة الاقالة وان كان في العوضين جميعا
لان الاقالة لا تتعلق باعيانهما لو كانا قائمين فصار هلاكهما كبقائهما بخلاف المقايضة لانهما متى كانا قائمين تتعلق الاقالة
باعيانهما وبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه وشرط قيامه في البيع والاقالة كذا في المبسوط باب

المراجحة والتولية

ش اي هذا باب في بيان احكام المرابحة والتولية ولما ذكر انواع البيوع التي ترجع الى جانب المبيع شرع
في بيان انواع البيوع التي ترجع احكامها الى جانب الثمن من المرابحة والتولية والربوا والصرف والبيع بالنسيئة وتقديم الاول على الثاني
لاصالة المبيع دون الثمن م قال ش اي القدوري م المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح ش هذا تعريف المرابحة
وهو مصدر رابح من باب المفاعلة الذي يستدعي مشاركة الاثنين قوله بما ملكه وفي بعض النسخ ما ملكه من باب التفعيل م والتولية نقل
ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح ش التولية مصدر ولى غيره اي جعله واليا هذا بحسب اللغة واما بحسب اصطلاح
الشرع فهو الذي ذكره وفي كل منهما اعتراض اما تعريف المرابحة فغير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم
لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز
بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه ولانه يشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله
بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا
في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح
انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم
من الدنانير وعلى العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء الا ان كل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ
والطراز ونحوها لانها ليست ثمنا في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية فقومه
ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسألة في المبسوط فعلى هذا الاولى ان يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه
والجواب عن الاول انا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد
من ان يكون حقيقة او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يبقى للمالك حق رد القيمة واخذ المغصوب
والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال وكان من جملة الثمن الاول عادة

وان لم يكن الثمن نفسه مراد الجعل مجازا عما قام عليه من غير خيانة فيدخل فيه مسألة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة
الغالبة في المرابحات فتكون من باب ترك الحقيقة للعادة واما تعريف التولية فانه يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث
لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب م والبيعان ش اي بيع المرابحة والتولية م جائزان لاستجماع شرائط الجواز ش لان المبيع
معلوم والثمن معلوم والناس يتعاملون بهما من غير نكير وتعامل الناس من غير نكير حجة لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن م والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي ش بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة وتشديد الياء
هو الذي يخفى عليه الامور وقال هو قليل الفطنة وهو فعيل من الواو وقال الجوهري يقول غبيت عن الشيء وغبيته ايضا اغبى
غباوة اذا لم يفطن له وغبي على الشيء غبيا كذلك اذا لم يعرفه ووصف المصنف الغبي بقوله م الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج
الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولهذا ش اي ولاجل ذلك كان سبيلهما ش اي مبنى المرابحة والتولية م على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها ش
اي وعن شبهة الخيانة ش حتى اذا اشترى شيئا مؤجلا ليس له ان يبيعه مرابحة الا اذا بين الاجل م وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير ثمن فقال اما بغير ثمن فلا
م فدل ذلك ش على الجواز وقد صح التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكر في الكتاب ولم يرد عليه شيئا وحديث ابي بكر
رضي الله في البخاري عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وفيه ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بابي انت وامي
يا رسول الله احدى راحلتي هاتين فقال عليه السلام بالثمن الحديث ليس فيه غير ذلك اخرجه في بدء الخلق ورواه احمد في مسنده
ولفظه فاعطاه ابو بكر احدى الراحلتين فقال خذها يا رسول الله فاركبها فقال عليه السلام اخذتها بالثمن الحديث وفي الطبقات لابن
سعد وكان ابو بكر رضي الله قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فاخذ احدهما وهي القصوى قال ش اي العبد وزكي م ولا تصح
المرابحة والتولية حتى يكون العوض اي الثمن مما له مثل لانه اذا لم يكن مثل لو ملكه بالقيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن
فيتمكن فيه شبهة الخيانة فيتحرز عنها كما يتحرز عن حقيقة الخيانة اذ مبنى المرابحة على الامانة ولهذا لو اشترى عبدين او ثوبين
بثمن مؤجل فباع احدهما مرابحة بحصته من الثمن او تعين بان الاصل لا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز ان قسط الثمن على القيمة واخبر
بالحصة م ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل ش قوله مرابحة نصب على التمييز وقوله ممن يملك ذلك البدل
صورته رجل باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره من البائع بسبب من الاسباب وذلك الغير الذي في يده الثوب
اشترى هذا العبد بذلك الثوب وبربح درهم جاز وهو معنى قوله م وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على
الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده ش اي بربح درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن عشرة كان الربح بزيادة درهمين وان كان
الثمن ثلاثة ولفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء وهو اسم العشرة بالفارسية ويازده بالياء آخر الحروف وسكون الزاي وده مثل
الاول وهو اسم احد عشر بالفارسية قال في هذه الصورة م لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
م فصار البائع بائعا لذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة
وهي مجهولة فلا يجوز م ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز ش بكسر الطاء وتخفيف الراء وهو علم الثوب
قاله في المغرب م والفتل ش من فتلت الحبل وغيره م واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عرف
التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين
والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ش بحسب قرب المسافة وبعدها وفي شرح الطحاوي وبعض مشايخنا
اصل في ذلك اصلا فقال كل ما يؤثر في المعقود عليه فانه يلحق برأس المال وكلما لا يؤثر في العين فانه لا يلحق برأس المال الا ان هذا
الاصل لا يصح فان الكراء واجرة السمسار وسائق الغنم تضم ولا تؤثر في العين وفي الايضاح والمعنى الذي اعتمد عليه من اعتاد
التجار بضم الواضع كلها م ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا ش هذا لفظ العقد وبه يعني في كل موضع
يجوز له ان يضم الى رأس المال يقول قام علي بكذا لانه صدق ولا يقول اشتريته بكذا لانه كذب وهو حرام وهذا خلاف ما اذا كان
اشترى بثمن ثم رقمه اكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز وهي مسألة الاصل حتى لا يقول قام علي بكذا ولا اشتريته بكذا
لانه كذب وانما يقول رقمه كذا ولذا فانا ابيعه مرابحة على ذلك وقال محمد في الاصل وكذلك لو كان اصله ميراثا او هبة
او صدقة فقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزا ودق الثوب وشاه وقمار التاجر وقم الثياب اي تعلمها
انه ثمنها كذا وانه لا يجوز بيع الشيء برقمه كذا في المغرب م وسوق الغنم بمنزلة الحمل ش يعني في جواز ضم ما انفق على الغنم في سياقها
كالاولى بضم اجرة الحمل م بخلاف اجرة الراعي ش حيث لا يجوز ضمه م وكراء بيت الحفظ لانه ش اي لان اجرة الراعي م لا يزيد في العين
ش وهو ظاهر م والمعنى ش اي ولا يزيد في المعنى وهو القيمة والمالية م وبخلاف اجرة التعليم ش هو عطف على قوله بخلاف اجرة الراعي
م لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه ش اي في المتعلم وهو حذاقته ش اي ذكاء ذهنه وفي المبسوط انفق على عبده في تعلم عمل دراهم

لا يلحقها براس المال لانه ليس فيه عرف وكذلك في تعليم الشعر والغنا والعربيه وتعليم القران والحساب حتى لو كان ثمة عرف
عرف ظاهر يلحقه براس المال ولذا لا يلحق اجرة الطبيب والرايض والبيطار والراعي وجعل الابق والختان والحجام لعدم العرف
وفي التحفة واما اجرة السمسار ففي ظاهر الرواية يلحق براس المال وفي البرامكة قال لا يلحق وقال الكرخي في مختصره وكذلك اذا كان مضاربا
انفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه اذا كان ما انفق من ذلك بالمعروف فان كان اسرف لم يضم الفضل وضم ما
بقي ولا يضم ما انفق على نفسه في سفره وكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم ايضا ما انفق على مرضى الرقيق من اجر
طبيب وحجام او دواء ومثل اجرة الدلال لا يضم وكذا التاج الذي يوجد في الطريق الا اذا جرت عادة التجار وكذا لا يضم كرا
حارز القوت من الطعام والادام ولا اجرة الكيال في الطعام ونحوه ويلحق ثمن علف الدواب واجرة القصص والتطيين
وحفر البئر في الدار والقناة في الارض وتنقية الكراب وكسح الكروم وسقي الزرع والكروم ما بقيت فاذا ذهبت لم يلحق شي منه
واجرة لقاط الثمر والملاح ونحوها فان انفق على الغنم واصاب من اصوافها والبانها يضم ما فضل من قيمتها من الصوف
واللبن وكذا الدجاجة اذا باضت وفي تتمة الفتاوى يدخل المكس الذي ياخذه السلطان م فان اطلع المشتري على خيانة ش اي
التحفة ظهور الخيانة اما باقرار البايع او بالبينة او بالنكول عن اليمين كذا في تتمة الشافعية في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شا اخذه
بجميع الثمن وان شا تركه ش وبه قال الشافعي في قول م وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن ش اي اسقط الخيانة اي قدرها
م وقال ابو يوسف يحط فيهما ش اي يحط قدر الخيانة في المرابحة والتولية جميعا وبه قال الشافعي في قول واحمد بن ابي ليلى وحكى ابو حامد
المروزي قولا اخر عن الشافعي ان البيع لا يصح وقيل هو مذهب مالك م وقال محمد يخير فيهما ش يعني له الخيار ان شا اخذه بجميع الثمن
وان شا تركه وبه قال الشافعي في قول م لمحمد ان الاعتبار للتسمية ش لتعلق العقد بالتسمية م لكونه ش اي لكون التسمية معلومة لانه يجب
ان يكون الثمن معلوما والعلم يحصل بالتسمية م والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون ش اي ذكر التولية والمرابحة م وصفا مرغوبا
به كوصف السلامة ش اي كوصف سلامة المبيع فاذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب م فيتخير ش كما لو
وجد المبيع معيبا م ولابي يوسف ان الاصل فيه ش اي في لفظ المرابحة والتولية م كونه ش اي كون العقد م تولية ومرابحة ش لا الثمن
م ولهذا ش اي ولاجل كون العقد تولية ومرابحة م ينعقد ش اي العقد م بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
اذا كان ذلك ش اي الثمن م معلوما ش فاقتصر هو على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير م فلا بد من البناء على الاول ش اي فلا بد
من بناء العقد الثاني في حق الثمن على العقد الاول لان الثاني بناء على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يكون ثابتا في العقد
الثاني فيحط ضرورة وهو معنى قوله م وذلك بالحط ش اي بحط شي من الثمن وهو مجمول فبينه بقوله م غير انه يحط في التولية قدر الخيانة
من راس المال وهو ظاهر م وفي المرابحة منه ش اي ويحط في المرابحة من راس المال م ومن الربح ش حتى لو باع ثوبا بعشرة على ربح خمسة
فظهر ان الثمن كان ثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان من الاصل وما قابله من الربح وهو درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما
لان هذا ربح على الكل فظهرت خيانة في الكل فيظهر الاثر في الربح ايضا م ولابي حنيفة رضي الله عنه انه لو لم يحط في التولية لا يبقى ش اي
العقد م تولية لانه يزيد على الثمن الاول لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية م فيتغير التصرف ش حينئذ فلا يجوز فاذا كان كذلك م
فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة ش كما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح م وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير
التصرف فامكن القول بالتخيير ش لفوات الرضا م فلو هلك ش اي المبيع قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ ش عند ظهور الخيانة
م لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ش احترز به عن ما روي عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل
من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على اصله في مسالة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري
ورد القيمه ويسترد الثمن كذا هنا وقال الامام التمرتاشي من قال بالحط لو هلك المبيع او استهلكه او انتقص فله الحط وقال
الشافعي في قول واحمد واما القول انه فيما اذا كانت السلعة قائمة ومن قال بالفسخ اذا امتنع لزمه جميع الثمن وفي الكافي لو هلك المبيع
قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة لزمه جميع الثمن وفي الكافي لو هلك المبيع عند ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد
رحمه الله م لانه مجرد خيار لا يقابله شي من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فليسقط خياره م بخلاف خيار
العيب ش حيث لا يجب كل الثمن بل ينتقص منه مقدار العيب لاجل العيب م لانه ش اي لان خيار العيب م مطالبة بتسليم الفايت ش اي
الجز الفايت م فيسقط ما يقابله ش اي ما يقابل العيب من الثمن م عند عجزه ش اي عجز المشتري عن م تسليمه ش بهلاك المبيع او بحدوث
ما يمنع الفسخ م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح ش اي طرح البايع
الاول وهو المشتري الثاني م عنه ش اي عن ثمن ما اشتراه م كل ربح كان قبل ذلك ش اي قبل الربح الذي حصل في العقد الثاني
فان كان ش اي الربح م استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة ش وبه قال احمد م وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير
ش في الفصلين وبه قال الشافعي ومالك م صورته ش اي صورة ما ذكره محمد من المسالة م اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر
ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ش توضيحه رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم وقبض ثم باعه من غيره بخمسة عشر درهما

ثم

البيع والعقد الثمن ثم اشتراه بعشرة فاراد ان يبيعه مرابحة يحط عن الثمن الثاني الذي ربح وهو خمسة فيبيعه مرابحة على خمسة عند
ابي حنيفة م ويقول قام علي بخمسة ش ولا يقول اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذبا م ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه
بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا عند ابي حنيفة يعني لا يبيعه مرابحة من غير بيان بل يبيعه مساومة لانه اذا حط عشرة الربح لا يبقى الثمن
م وعندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين ش اي في الفصل الاول والثاني م لهما ش اي لابي
يوسف ومحمد م ان العقد الثاني عقد متجدد ش يعني منقطع الاحكام وفي المبسوط انه شرا مستقبل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح
او وضيعة وكل ما هو كذلك م فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ش بان اشتراه من مشتري مشتريه ثم ضمه باعه بعشرة
ثم باعه المشتري الى ثالث ثم اشتراه البايع الاول بعشرة يجوز المرابحة بعشرة م ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني
ثابتة ش يعني ان الربح الذي استفاد بالعقد كان على شرف السقوط بان يرده بعيب فاذا اشتراه من المشتري تاكد وهو معنى قوله
م لانه يتاكد به ش اي لانه لان الربح الذي كان على شرف السقوط يتاكد به ش اي يتاكد بالعقد الثاني م بعدما كان على شرف
السقوط بالظهور على عيب ش وللتاكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف
المهر لتاكد ما كان على شرف السقوط لاحتمال انه يسقط بتقبيل ابن الزوج او بالارتداد فاذا اعتبرنا التاكيد يصير البايع
كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بالعشرة فيكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على
خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها وهو معنى قوله م والشبهة في المرابحة كالحقيقة احتياطا ش اي لاجل الاحتياط م ولهذا
م اي ولاجل ذلك ش لم تجز المرابحة فيما اذا اخذ بالصلح ش صورة الصلح ادعى على رجل الف درهم فصالحه على ثوب او عبد فانه
لا يبيعهما مرابحة على الف لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا م لشبهة
الحطيطة ش وهو ما حط من ثمن السلعة م فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة ش يعني اذا كان شبهة حصول
الربح ثابتة يصير كانه اشترى بالعقد الثاني خمسة دراهم وثوبا بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه
مرابحة على خمسة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كانه اشترى
ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد له شبهة الايجاب في حق العباد
احترازا عن الخيانة لا في حق الشرع وشرعيته جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيعتبر التاكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه
في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوايد الامام العلامة حميد الدين رحمه الله م بخلاف
ما اذا تخلل ثالث ش اي بينهما م لان التاكيد ش اي تاكيد الربح م حصل بغيره ش وهو الثالث فلم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء
الثاني فانتفت الشبهة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه
دين يحيط برقبته ش اي والحال انه مديون بدين يحيط برقبته وفي النهاية انما قيد به لانه لو لم يكن على العبد دين وباع من المولى لا يصح
لان هذا البيع لا يفيد للمولى شيا لم يكن له قبل البيع لانه مالك الرقبة ولا يملك التصرف م فباعه من المولى بخمسة عشر فانه ش اي فان
المولى م يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى ش هو الذي اشتراه م فباعه من العبد ش بخمسة عشر باعه العبد مرابحة
على عشرة م لان في هذا العقد ش اي بيع العبد من المولى وعكسه م شبهة العدم ش اي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز
م لجوازه مع المنافي ش اي لجواز العقد لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكا للمولى فصار كانه باع ملكه
نفسه من نفسه وكذا في الشراء م فاعتبر عدما ش اي فاعتبر العقد كان لم يكن في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة
الخيانة واذا عدم البيع الثاني م وبقي الاعتبار للاول ش اي للعقد الاول م فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في
الفصل الاول ش اي فيما اذا باعه من مولاه م وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني ش اي فيما باعه المولى من عبده م فيعتبر الثمن
الاول ش اي الثمن المذكور في الفصل الاول فلا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وقال
الكاكي ذكر هذه المسالة واخواتها في المبسوط من غير ذكر دين العبد فقال واذا اشترى شيا من ابيه او امه او ولده او مكاتبه
او عبده اذا اشترى العبد او المكاتب من مولاه شيا بثمن قد قام على البايع باقل من ثمنه لم يكن له ان يبيعه مرابحة الا بالذي
قام على البايع من العبد والمكاتب بالاتفاق لان بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه عن ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل من
مكاتبه من وجه كانه له ايضا فللمولى حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك عند عجزه فاما في غير المماليك
من الاباء والاولاد والازواج فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وبه قال احمد والشافعي في وجه وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي في قول له ان يبيعه مرابحة بما اشتراه لتباين الاملاك بينهما وقال الاتراري فقد اختلف نسخ شروح الجامع الصغير
بعضها قيد الاسلام دين العبد المستغرق وقال الصدر الشهيد عبد ماذون عليه دين محيط برقبته او غير محيط وقاضي خان
قيد المحيط ايضا والعتابي قيد بالماذون فحسب ولم يذكر الدين اصلا وقال في شرح الطحاوي لو اشترى من مماليكه ومكاتبه
وعبده الماذون عليه دين او لا دين عليه فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين الا ان يبين الامر على وجهه م قال ش اي محمد

الجامع الصغير م واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه ش اي فان رب المال م يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف ش لان بيع المرابحة امانة تحترز فيها عن الخيانة وعن شبهتها م لان هذا البيع وان قضي بجوازه عند عدم الربح خلافا لزفر ش فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال ربح م مع انه يشتري ماله بماله ش اي مع ان رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه لان رقبة المال له م لما فيه ش دليل قوله قضي بجوازه وذلك ان ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال الى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف وهو معنى قوله م لما فيه ش اي لما في هذا العقد م من استفادة ولاية التصرف ولهذا لو صار مال المضاربة جارية لا يحل لرب المال وطؤها وان لم يكن فيها ربح ذكره الامام التمرتاشي وللمضارب حق التصرف ولهذا لا يملك رب المال منع المضارب عن التصرف ذكره في الايضاح م وهو المقصود ش اي حصول ولاية التصرف هو المقصود م والانعقاد يتبع الفائدة ش اي انعقاد العقد يتبع الفائدة ولهذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز ودخل عبده في الشرا لحصول الفائدة في حق انقسام الثمن ثم يخرج فكذا فيما نحن فيه لان المال كالمملوك للمضارب في حق التصرف وكعين المملوك لرب المال ابطال هذا الملك للمضارب الا ان الشرا جاز ذلك لحصول الفائدة م ففيه شبهة العدم ش جواب قوله وان قضي بجوازه اي عدم الجواز ثم اوضح المصنف ذلك بقوله م الا ترى انه ش اي ان المضارب م وكيل عنه ش اي عن رب المال م من وجه ش لانه لا يعمل لنفسه ولرب المال ولهذا يكون الربح لهما بخلاف الوكيل لانه يعمل للموكل ولهذا يكون الربح له م فاعتبر البيع الثاني ش يعني لما كان فيه شبهة العدم اعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح ش لانه في حق رب المال وقال تاج الشريعة في حق نصف الربح الذي يخصه ولا يعمل في حق نصف الربح لانه مستحق المضارب اذ لا شبهة في هذا النصف اصلا قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى جارية فاعورت ش اي بآفة سماوية او وطئها فاصابه عيب عند المشتري بغير فعل احد او وطئها وهي ثيب ش اي والحال انها ثيب م يبيعها مرابحة ولا يبين ش اي لا يقول انها سليمة فاعورت في يدي م لانه لم يحتبس عنده ش اي عند المشتري وفي بعض النسخ لانه لم يحتبس بفعله ش اي بفعل المشتري م شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة ش والعاب وصف م لا يقابلها الثمن ش اي من البدل اذا فات بغير صنع احد وانما البدل كله بمقابلة الاصل وهو اوضح ما تقدم فيبيعها مرابحة بلا بيان م ولهذا ش توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن م لو فات ش اي العين م قبل التسليم ش الى المشتري م لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن ش لانها ليست بمال فان قيل مشكل على قوله العاب وصف لا يقابله شيء من الثمن الاجل فانه وصف عليه اي جبنه اذا اشتراه بالاجل فلا يعطى له بمقابلة الاجل شيء فاذا يكون في مقابلته شيء من الثمن فيكون كالجزء فيلزمه البيان قلنا قيل المستوفى في منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء اذا فصل اللافة كان له قسط من الثمن حتى قيل انه لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وقت الشرا وذلك باعتبار ان المستوفى بالوطي بمنزلة احتباس جزء المبيع عند المشتري فكذا عدم جواز الرد باعتبار ما ذكرنا عرضه بل لمعنى آخر وهو انه لا يخلو اما ان يردها مع العقر ولا وجه اليه لان العقد ما ورد على الزيادة او يردها بغير عقر ولا وجه اليه ايضا لانها تعود الى قديم ملكه فيكون وطي المشتري بلا ملك وذا لا يجوز م والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطي ش لانه اذا انتقض فات الوصف بفعل قصدي وهذا في الثيب لان الوطي لا ينقصها فانه يبيعها مرابحة قبل البيان بخلاف البكر فانه اذا وطئها فازال عذرتها لا يبيعها مرابحة قبل البيان لانه احتبس جزءا من العين كما يجيء عن قريب وفي الثيب المستوفى ليس بمال فلا يقابله البدل فكان كالاوصاف ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن فيما ان المشتري يتخير بين اخذه بكل الثمن وتركه وفي قوله واذا اعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها قاله الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود ثم قال وبه ناخذ وعن ابي يوسف في الفصل الاول وهو ما اذا اشترى جارية فاعورت م لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله ش اي كما اذا احتبس الشيء بفعل المشتري م وهو قول الشافعي ش وقول زفر ايضا لكنهم اختلفوا في التخريج فعند زفر يجب البيان اعتبارا لانه لو علم المشتري انه اشتراه صحيحا بما سمى من البدل لم يلتزم له ربحا على ذلك ما لم يجيء بعد بالتعيب واما الشافعي فيقول وجب البيان بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن وان التعيب بآفة سماوية وبصنع العباد سواء م ولو فقأ عينها ش وفي بعض النسخ قلنا اذا فقأ عينها يسقط بها الثمن وفي بعضها واما اذا فقأ قال الاكمل وما ذكره هو الاصح وقال الاكمل وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي ش يعني اذا فقأ المشتري عين الجارية وعبارة المصنف تدل على التنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكر في المبسوط فانه تعرض لاخذ الارش فذكر في المبسوط لذلك م وكذا اذا وطئها وهي بكر ش لا يبيعها مرابحة الا بالبيان ش لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلابد من البيان فلو م بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ش ولو فقأت عينها بنفسها فهو كالاعور لا الجمع

البيان كذا في المبسوط م ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار ش بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا اقطعه ونص ابو الليث على انه الفار م او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ش لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف م والمعنى ما بيناه ش يعني في الدليلين احدهما في قرض الفار والآخر في تكسر الثوب م قال ش محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ش انه اشتراه نسيئة م فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل ش وبه قال الشافعي واحمد وقال الاوزاعي يثبت الاجل م لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ش اي في هذا الباب م ملحقة بالحقيقة ش اي حقيقة المبيع احتياطا م فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة م بثمنهما ش اي بثمن الاثنين وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا م والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة اما اذا لم يبين انه نسيئة تظهر الخيانة وظهورها كالعيب فيكون له الخيار وهو معنى قوله م فاذا ظهرت ش اي الخيانة م يخير ش اي له الخيار بين الاخذ والترك م كما في العيب ش اي كما له الخيار عند ظهور العيب في المبيع م وان استهلكه ش اي وان استهلك المشتري المبيع المذكور بوجه بان باعه او بوجه آخر م لزمه ش اي البيع لزم المشتري لتعذر الفسخ م بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فلاعتبار شبهة الخيانة كان له ان يفسخ البيع اذا كان المبيع قائما فاما ان يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا م قال ش اي محمد م وان ولاه اياه ش اي باعه بالتولية م ولم يبين ش انه اشتراه بالف نسيئة ثم علم المشتري كان له الخيار م رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول ش فلا زيادة ولا نقصان فلا يمكن الحط هنا لان الثمن م هو الالف ولا زيادة فاي شيء يحط م فان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا ش اراد به قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن م وعن ابي يوسف ش في النوادر وانه قال م انه ش اي ان المشتري م يرد القيمة ش اي قيمة العين م ويسترد كل الثمن وهو ش اي المذكور من هذا الحكم م نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد ش بان كان له على آخر عشرة جيادا فاستوفى زيوفا م وعلم بعد الانفاق ش يرد زيوفا مثلها ويأخذ الجياد م وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى ش اي في مسائل منثورة قبل كتاب الصرف م وقيل ش قائله الفقيه ابو جعفر الهندواني رحمه الله م يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع ش اي البائع م بفضل ما بينهما ش اي التفاوت الذي بين القيمتين م ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد ش كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويؤدون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما م قيل لابد من بيانه لان المعروف كالمشروط ش اي لان الثابت بالعرف كالمشروط بين العاقدين م وقيل يبيعه ولا يبينه ش يعني لا يجب بيانه م لان الثمن حال ش لعدم ذكر الاجل والاصل الحال من الثمن م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ش يعني اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به بما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك م ولم يعلم ش اي والحال انه لم يعلم م المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لمكان الجهالة ش وبه قال الشافعي في اصح الوجهين وفي الوجه الثاني انه لا يفسد البيع م فان اعلمه البائع بمقدار ش اي فان اعلم المشتري البائع بمقدار يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر ش لانه في مجلس العقد لا يتقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للضرر وتحقيقا لليسر م فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد ش وصح البيع وبه قال الشافعي في وجه وفي وجه قال لا ينقلب صحيحا بعدما انعقد فاسدا م وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس ش فان التأخير الى آخر المجلس عفو كتأخير القبول فان التأخير في آخر المجلس مرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم في آخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقدير الابتداء م وبعد الافتراق قد تقرر ش اي الفساد م فلا يقبل الاصلاح ش وفي الكافي في هذا فساد لا يحتمل الاصلاح م ونظيره ش اي نظير هذا الحكم م بيع الشيء برقمه ش بان يكون على الثوب صورة ان التاجر رقم الثياب اي يعلمها بعلامة بان ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري م اذا علم ش اي المشتري اذا علم قدر ذلك الثمن م في ذلك المجلس ش صح البيع وان كان بعد القبول ويجعل كانه علم وقت القبول ولو علم بعد الافتراق لا يصح م وانما يتخير ش اي المشتري م لان الرضا لم يتم قبله ش اي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتم قبل الرؤية م فيتخير ش اي المشتري م كما في خيار الرؤية ش اي كما يتخير في خيار الرؤية اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده لان ورود الشرع باثبات الخيار ثمة ورد ههنا فان قيل ينبغي ان لا يكون للمشتري الخيار لما ذكرنا ان الموجود في آخر المجلس كالموجود في اوله قلنا لم يتم الرضا في آخر المجلس حتى يجعل كالموجود في اوله فلهذا كان له الخيار

فصل

م ش اي هذا فصل في بيان مسائل غير المسائل التي ذكرت قبله وانما ذكرها هنا استدل اعتبارا بعدها لتعدد زائد على التجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية م ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه ش قيد البيع ولم يقل لم يجز ان يتصرف فيه ليتبع المسالة على الاتفاق وقال مالك يجوز جميع التصرفات فيه قبل القبض في غير الطعام لانه عليه السلام خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه فدل على تخصيص الحكم والا فليس لهذا التخصيص فائدة قلنا التخصيص بالشيء لا يدل على نفي الحكم فيما عداه وقال احمد ان كان المبيع مكيلا او موزونا او معدودا لم يجز بيعه قبل القبض وفي غيره يجوز م لانه عليه السلام ش اي لان النبي صلى الله عليه وسلم م نهى عن بيع ما لم يقبض ش وروى النسائي في سننه

الكرخي عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع فما تبيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه وروى الطحاوي باسناده الى حكيم بن حزام قال كنت اشتري طعاما فاربح فيه قبل ان اقبضه فسالت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا تبعه حتى تقبضه م ولان فيه ش اي في المنقول م غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ش اي هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الايضاح كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان عينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد م ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز ش وبه قال زفر والشافعي واحمد وابو حنيفة اولا م رجوعا ش اي راجعا م الى اطلاق الحديث ش المذكور لان كلمة ما في الحديث للعموم فما لا يقبل ولم يلحقه خصوص فلا يجوز تخصيصه بالقياس م واعتبارا بالمنقول ش اي وبالقياس عليه لان بيع المنقول لا يجوز قبل القبض م وصار كالاجارة ش فانها في العقار لا يجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وذلك ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة م ولهما ش اي لابي حنيفة وابي يوسف م ان ركن البيع ش وهو الايجاب والقبول م صدر من اهله ش اي من العاقل البالغ م في محله ش وهو المال المملوك م يقتضي الجواز م ولا غرر فيه ش لانه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك م لان الهلاك في العقار نادر ش اما بغلبة الماء او الرمل او بخراب العامر والنادر لا يعتد به م بخلاف المنقول ش فان الهلاك فيه غير نادر وقال بعض مشايخنا في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن ذلك فلا يجوز كما ذكره الامام المحبوبي فان قيل هذا التعليل معارض لمطلق النص فان مطلقه يتناول العقار كما بينا قلنا الحديث مخصوص فان بيع عبد المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث والنذر قبل القبض يصح بالاتفاق فحينئذ يجوز تخصيصه بالقياس والدليل عليه ثبوت حق الشفعة قبل القبض والشفيع يتملك ببدل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لما جاز للشفيع الاخذ بالشفعة قبل القبض وللشافعي في الاخذ بالشفعة قبل القبض وجهان في وجه لا يصح وفي وجه يصح وهو الاصح فان قيل يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب وذلك غير نادر قلنا لا يتوهم الا بالرد حتى جاز البيع منه قبل القبض لانه على تقدير جواز البيع قبل القبض يصير ملكا للمشتري وحينئذ لا يمكن المشتري الاول الرد بالعيب فلا يتوهم الانفساخ من الرد حينئذ كذا في الفوائد الظهيرية م والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد ش هذا جواب عما يقال كيف قلت ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر والغرر موجود ايضا بعد القبض بظهور الاستحقاق فاجاب بقوله والغرر المنهي في الحديث غرر انفساخ العقد الاول م والحديث ش اي الحديث المذكور م معلول به ش اي بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه فيكون مخصوصا بالمنقول الا ترى انه يجوز الاعتاق قبل القبض والوصية مثله م الجواز ش اي جواز البيع من الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فقوله عليه السلام يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة هكذا ذكره الاترازي في شرحه ثم قال رواه في السنن قيس بن ابي غرزة قلنا الحديث اخرجه اصحاب السنن الاربعة ولفظه فيما ذكره الترمذي حدثنا هناد ثنا ابو بكر بن عياش عن عاصم عن ابي وائل عن قيس بن ابي غرزة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نسمى السماسرة فقال يا معشر التجار ان الشيطان والاثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة ثم قال الترمذي حديث حسن صحيح وقيس بن ابي غرزة بفتح الغين المعجمة والراء ثم الزاي غفاري نزل الكوفة ومات بها واما الاجماع فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فلم ينكر عليهم وذلك دليل تقريره عليه وقد انعقد اجماع الامة على ذلك م والاجارة ش جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف وهو معنى قوله م قيل على هذا الخلاف ش يعني عند ابي حنيفة وابي يوسف اجارة العقار قبل القبض جائزة وقال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل فهو الذي ملك في البابين وقيل لا يجوز بالاتفاق وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى مكيلا مكايلة ش يعني بالكيل م او موزونا ش اي او اشترى ما يوزن م موازنة ش يعني بالوزن قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا او معدودا بهبة او وصية او ميراث جاز له ان يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل والوزن والعد وقيد بقوله مكايلة او موازنة يعني بشرط الكيل والوزن بان اشترى هذا الطعام على انه عشرة اقفزة او هذا الحديد على انه كذا كذا منا وقبضه لا يجوز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن وقيد بالمكايلة ايضا ليخرج المجازفة فانه اذا اشتراه مجازفة وقبضه جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن على ما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى م فاكتاله او اتزنه ش الاكتيال الاخذ بالكيل والاتزان الاخذ بالوزن يقال كال المعطي فاكتال الاخذ ووزن المعطي فاتزن الاخذ م ثم باعه مكايلة او موازنة ش اي باعه المشتري بشرط الكيل م لم يجز للمشتري منه ش اي لم يجز للمشتري الثاني من المشتري الاول

الذي اشتراه

الذي اشتراه مكايلة او موازنة م حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ش هذا الحديث رواه ابن ماجه في سننه من جابر رضي الله عنه ورواه ابو الزبير عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم نحوه ورواه ابو هريرة رضي الله عنه ايضا اخرجه عنه البزار من طريق محمد بن سيرين عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم نحوه وزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان انتهى والمراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين يشتريه وبصاع المشتري صاعه لنفسه حين يبيعه لاجماعهم ان البيع الواحد لا يحتاج الى الكيل مرتين وبقولنا قال الشافعي في قول واحمد وكما لا يملك البيع لا يملك سائر التصرفات المختصة بالملك كالهبة والوصية ونحو ذلك كذا في المبسوط وفي الجامع الصغير ولو قبضه بغير كيل فاكله لا يقال انه حرام لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل وفي الفوائد الظهيرية المكيلات على اقسام الاول الاول ما يحتاج الكيل مرتين وهو السلم على ما يجيء في بابه وبيع العين الكيل مكايلة بعد ما اشتراه مكايلة والثاني ما يحتاج الى الكيل واحد وهو ما اذا اشترى من المسلم اليه حنطة مجازفة او استفادها بزراعة او ارث او استقرض من حنطة على انها كر ثم اوفاه رب السلم او باعها مكايلة احتيج فيه الى كيل واحد ولذا فيما استفاده ارثا او زراعة وكذا فيما استفاد قرضا بشرط الكيل والثالث ما لا يحتاج فيه الى الكيل وهو ما اذا اشترى حنطة مجازفة ثم باعها مجازفة واعلم ان الاموال ثلاثة مقدرات كالكيل والوزن فان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن على ما يجيء فان اشتراه بشرط الكيل والوزن فلا يجوز ومعدودات عدديا كالجوز والبيض فان اشتراه بشرط العد فقبضه فهل يجوز له التصرف قبل العد فانه لم يذكر جوابه في الكتاب وقد ذكر في شرح الجامع الصغير عن ابي حنيفة انه ابطل البيع قبل العد ثانيا كما في الكيلي والوزني لان العد لمعرفة المقدار الا ترى انه لو اشترى جوزا على انه مائة فزاد فالزيادة للبائع ولا يدخل في البيع وروي عنهما انهما اجازا العقد قبل العد لان العد يخالف الكيل والوزن الا ترى انه لا يجري فيه الربوا ولهذا لو باع جوزة بجوزتين جاز ومذروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك فان اشترى مجازفة او بشرط الذرع بان اشترى على انه عشرة اذرع مثلا فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع وقد مر في اول كتاب البيوع م ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه ش وهو بيان التصرف م بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له ش يعني الكل له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بان من الجائز انه اشترى مكيلا كيلا ما كاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون الزيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول كذا في الكافي قال الاكمل وفيه تمحل ما لا يخفى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بانه باع مجازفة وفي ذهنه انه عشرة اقفزة مثلا فانه ابتاع على ما ظنه والزائد للمشتري م وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب ش والمراد فيه جهالة ولا اختلاط المبيع بغيره م بخلاف القدر ش اي الكيل فانه ليس بوصف لان ازدياد القدر لا يزداد قيمة المقدر خمسين منا من الحنطة اذا ازداد عليه خمسون اخرى لا يزداد قيمة الخمسين الاول م ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع ش المراد من البائع المشتري الاول م وان كان بحضرة المشتري ش كلمة ان واصلة بما قبلها م وذلك م لانه ليس صاع البائع والمشتري ش وهو الشرط ش اي الشرط هو صاع البائع والمشتري م ولا بكيله ش اي بكيل البائع م بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لانه ش اي بالكيل م يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ش اي بحضرة المشتري اذ لا بد للتسليم من متسلم حاضر فما التسليم الى الغائب لا يتحقق م ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به ش اي بكيل البائع م لظاهر الحديث فانه ش اي فان الحديث اعتبر صاعين م وقيل يكتفي به ش اي بكيل البائع م وهو الصحيح ش اي الاكتفاء بالكيل الواحد هو الصحيح م لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ش واستشعر احتمال الزيادة فيقال في كلام المصنف ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسالة اولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب الصاعين بالحديث ثم ذكر في اخر المسالة ان الصحيح ان يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسالة فيما يكون عقد واحد بشرط الكيل لان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين قال الاكمل ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كان البائع المشتري الاول والمشتري هو الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك ويدل على ذلك قوله م ويحمل الحديث على اجتماع الصفقتين ش فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكان يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسالة والاكمل غير منفرد بهذا الكلام لان السغناقي ذكر هذا وتبعه الكاكي ايضا على ما تبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ش عند قوله ومن اسلم فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز قالوا الحديث ورد فيما اذا وجد عقدان بشرط الكيل بان اشترى المسلم اليه الى اخر ما ذكرناه فانه اشترط فيه صاعان صاع المسلم اليه وصاع رب السلم بكيله للمسلم اليه اولا ثم يكيله لنفسه لان هنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط الكيل لكل عقد على حدة وفي الكافي قال ايضا ان يحمل الحديث على المسلم اليه

نقد كره وقال انه لا يصح الا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل احدهما شرا المسلم اليه والاخرى قبض رب السلم لنفسه وهو
كالبيع الحديد فانه يحتاج فيه الى الكيلين م ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما ش اي عن ابي يوسف ومحمد وهو
رواية عن ابي حنيفة م لانه ليس بمال الربوا ش ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه مر م وكالموزون وعند ابي
حنيفة ش وهو قول الكرخي ايضا وبه قال الشافعي م لانه لا يحل له الزيادة على المشروط ش الا ترى انه من اشترى جوزا على انه الف فوجدها
اكثر لم تسلم اليه الزيادة ولو وجدها اقل ينقص حصة النقصان من البايع فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن في الموزون
م قال ش اي القدوري م والتصرف قبل القبض في الثمن جائز ش بان اخذ من المشتري مكان الدراهم الثمن ثوبا او غيره وكذا في سائر الديون
من المهر والاجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جاز لقيام المطلق ش بكسر اللام م وهو الملك ش حتى لو باع الابل
او كر حنطة جاز له ان ياخذ بدله شيئا اخر م وليس فيه ش اي في التصرف في الثمن م غرر الانفساخ بالهلاك ش اي انفساخ العقد
بهلاك الثمن م لعدم تعينها بالتعيين ش اي في النقود واذا لم ينفسخ بقي الثمن على ذمة المشتري م بخلاف المبيع ش حيث ينفسخ العقد
بهلاكه فان كان الهلاك قبل قبض المشتري فالبايع قد قبض الثمن يرده الى المشتري م قال ش اي القدوري م ويجوز للمشتري ان يزيد
للبايع في الثمن ش قال تاج الشريعة شرط صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية بقاء المبيع وكونه محلا للمقابلة في حق المشتري حقيقة
وروي عن محمد ان شرط صحة الزيادة كون المبيع قابلا للمقابلة في نفسه لا في حق المشتري حقيقة فعلى هذه الرواية تصح الزيادة
في الثمن بعد ما باع المشتري او وهب او سلم او تصدق لان المبيع بقي محلا للمقابلة في نفسه وفي ظاهر الرواية لم يصح لانه لم يبق محلا للمقابلة
في حق المشتري وقال لا تزاد الزيادة في الثمن انما تصح اذا كان المعقود عليه قائما اما اذا هلك فلا يصح سواء كان الهلاك حسيه
او حكما اما حسيه كما اذا مات واما حكما كما اذا اشترى الرجل من الرجل جارية بالف درهم فقبضها المشتري فاعتقها او دبرها
او كاتبها او كان استولدها ثم ان المشتري زاد في ثمنها فالزيادة لا تصح وكذلك لو باعها او وهبها من غيره وسلمها اليه وقال الولي
شروح الجامع الكبير ولو رهنها او اجرها او قطعت يدها صحت الزيادة لان المعقود عليه قائم والنصرانيان اذا تبايعا خمرا ثم اسلما
لم تجز الزيادة في الثمن لانه كالهالك في حق المسلم ولو زاد في الثمن بعد هلاكه لم يجز لان المحل ليس بقابل م ويجوز للبايع ان يزيد
للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ش زيادة البايع للمشتري في المبيع جائز ما دام المبيع قائما لان المعقود عليه ما دام قائما
كان العقد قائما لقيام اثره وهو الملك المستفاد في العين فاذا هلك لم تصح الزيادة لان العدم لا يصح تغييره بخلاف الحط فانه يصح
بعد هلاك المعقود عليه فانه لو امكن ان يجعل تغيير العقد بان كان العقد قائما جعل تغييرا وان لم يمكن جعله تغييرا كما في حالة
الهلاك جعل ابراء عن الدين فيصح الحط في الحالين م ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك ش اي بالمزيد والمزيد عليه وان للبايع ان يحبس
المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري ان يبيع الزيادة بعد ذلك لانها استحقت باصل
العقد وكذلك المشتري ليس له مطالبة البايع بتسليم المبيع ما لم يعلم المزيد والمزيد عليه من الثمن وكذلك المشتري يرجع
البايع بجميع ذلك اعني بالاصل والزيادة اذا استحق المبيع وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البايع بتسليم المبيع اذا سلم ما بقي
من الثمن بعد الحط وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط م فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر
والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق ش يعني باصل العقد م بل يصحان على اعتبار ابتداء الصلة ش اي بالهبة فالزيادة عندهما
في الثمن والمثمن هبة مبتداة لا تتم الا بالتسليم لهما ش اي لزفر والشافعي م انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا ش اي من حيث كونه
ثمنا م لانه يصير ملكه ش اي ملك المشتري م عوض ملكه ش لانه ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة
نفسه فهو المبيع وذلك لا يجوز حينئذ م فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه ش
عن ذلك م فصار برا مبتدا ش يعني ابتداء غير داخل في شيء م ولنا انهما ش اي البايع والمشتري م بالحط والزيادة يغيران العقد
ش بتراضيهما م من وصف مشروع ش وهو اصل العقد م الى وصف مشروع ش وهو كونه خاسرا ش في الحط م او رابحا ش في الزيادة م او
عدلا ش يعني لا خسارة ولا ربح والزيادة في المبيع او الثمن او الحط يغيره الى هذه الاوصاف ولا يرفع اصله كما شرع بانه
وخاسرا م ولهما ش اي للبايع والمشتري م ولاية الرفع ش اي دفع العقد بالاقالة م فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير ش من
الوصف والتصرف في وصف الشيء اهون من التصرف في اصله فالذي يملك التصرف في الاصل اولى ان يملك التصرف في الوصف
م وصار كما اذا اسقط الخيار ش اي وصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لاحدهما خيار الشرط فاسقط م او شرطاه بعد العقد
ش اي او شرطا الخيار بعد تمام العقد م ثم اذا صح ش اي الحط او الزيادة م يلتحق باصل العقد ش اي باصل العقد م لان وصف الشيء يقوم
به لا بنفسه ش اي لا يقوم بنفسه م بخلاف حط الكل ش هذا جواب عما يقال لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا
للكل بالبعض فاجاب بقوله بخلاف حط الكل حيث لا يصح م لانه ش اي لان حط الكل م تبديل لاصله ش اي تغيير لاصل العقد
م لا تغيير لوصفه ش لان محل الحط في انواع العقد المحطوط من ان يكون ثمنا للشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض
لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فيتبدل العقد لانه اما ان سمي بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انهما لم يقصدا

فلا

ذلك او تصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق به ش اي باصل العقد لوجود المانع فلا يلزم من عدم الالحاق
لمانع عدمه لا للمانع م فيلتحق حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق ش هذا جواب عن تعليل زفر والشافعي ان الزيادة تصير
ملكه عوض ملكه فاجاب بقوله وعلى اعتبار الالتحاق يعني اذا اعتبر الالتحاق م لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ش اي عن ملك المشتري
لان الزيادة لما التحقت باصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالا م ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة
ش حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط ش فان البايع اذا حط بعض الثمن من المشتري فالمشتري قال لاخر وليتك
هذا الشيء ووقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملحقا باصل العقد وكان الثمن في ابتداء العقد
ذلك المقدار وكذلك في الزيادة م وفي الشفعة ش اي يظهر حكمه ايضا في الشفعة م حتى ياخذ ش اي الشفيع بما بقي في الحط ش
دون الزيادة لما فيها من ابطال حقه الثابت بالثمن الاول فلا يملكان ابطاله م وانما كان للشفيع ش هذا جواب سؤال مقدر
تقديره ان يقال لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما
كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة م لان حقه تعلق بالعقد الاول فاذا اخذ بالزيادة يبطل حقه الذي تعلق بالعقد وهو
معنى قوله م لما في الزيادة ابطال حقه الثابت ش له بالعقد الاول وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير من اصلهما وهو معنى قوله
م ولا يملكانه ش اي التصرف بالزيادة فيما يرجع الى الشفيع لانه اضرار به فلم تظهر الزيادة في حقه م ثم الزيادة ش اي في الثمن م
لا تصح بعد هلاك المبيع ش لان الزيادة تغيير العقد من وصف يستدعي قيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه م على ظاهر
الرواية ش احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان الزيادة تصح كالحط واشار الى وجه ظاهر الرواية بقوله
م لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه ش اذ الاعتياض انما يكون في موجود م والشيء يثبت ثم يستند ش فلم تثبت الزيادة
لعدم ما يقابله فلا يستند وذكر في الشامل في رواية النوادر يجوز الزيادة بعد الهلاك كالحط م بخلاف الحط ش حيث يصح
بعد الهلاك م لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله ش لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال
م فيلتحق باصل العقد استنادا ش اي من حيث الاستناد وقال تاج الشريعة قوله بحال يمكن اخراج البدل الى اخره دون الهلاك
لانه له فاخراج البدل عما يقابله ملايم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع ونظيره ما ذكر في كتاب الطلاق اذا
قال لامراته انت طالق واحدة فماتت المراة بعد قوله انت طالق قبل قوله واحدة لا يقع الطلاق لان العدد اذا قرن بالطلاق
كان المعتبر هو العدد وحين قال واحدة لم تبق المراة محلا للطلاق فيبطل ولو قال انت طالق ان شاء الله فماتت بعد قوله
انت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يبطل الاستثناء ويعمل عمله بعد الموت كذا فيما نحن فيه هلاك المبيع ملائم اخراج الثمن عن
مقابلته ولا يلائم جعل الشيء بمقابلته فلهذا يصح الحط ولا يصح الزيادة م قال ش اي القدوري م ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما
صار مؤجلا ش وقال الشافعي وزفر لا يصير مؤجلا حتى يجوز له ان يطالبه في الحال لان هذا وعد وكذا الخلاف في كل دين حال اذا اجل
لا يصير مؤجلا وبه قال مالك الا القرض فان تاجيله لا يصح وعند مالك يصح على ما يجيء عن قريب م لان الثمن حقه فله ان يؤخره
تيسيرا على من عليه ش لان التاجيل براءة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة المؤقتة
اولى وهو معنى قوله م الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ش اي فكذا يملك ابراءه موقتا بل هو بطريق الاولى م ولو اجله
الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ش ونزول المطر وقدوم الحاج وقدوم رجل من سفره م لا يجوز وان
كانت ش اي الجهالة م متقاربة كالحصاد والدياس ش اي حصاد الزرع ودياسه والجداد والنيروز والمهرجان والميلاد م
يجوز لانه بمنزلة الكفالة ش فان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع م وقد ذكرناه من قبل
ش يعني في اواخر البيع الفاسد م وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا ش انه حقه فله ان يؤخره م الا القرض فان
تاجيله لا يصح لانه ش اي لان القرض اعارة وصلة في الابتداء ش فيكون الاعتبار من التبرعات م حتى يصح بلفظ الاعارة ش حتى لو قال
اعرتك هذه المائة فيكون قرضا م ولا يملكه ش اي ولا يملك القرض م من لا يملك التبرع كالوصي ش فانه لا يجوز له ان يقرض مال الصغير
والصبي ش فانه لا يملك التصرف فضلا عن القرض الذي هو التبرع م ومعاوضة ش اي القرض معاوضة في الانتهاء ش لان الواجب
بالقرض رد المثل لا رد العين م فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة ش اي كما لا يلزم في الاعارة م اذ لا جبر في
التبرع ش لان الاجل لو كان لازما لصار المتبرع ملزما على المتبرع وهو الكف عن المطالبة الى مضي الاجل وذا يأبى موضوع التبرعات
قال الله تعالى وما على المحسنين من سبيل ولو ثبت الجبر لتحقق السبيل وفي شرح الاقطع لو شرط الاجل في ابتداء القرض يبطل الشرط
وصح القرض وكذا اذا اشترطاه في ثاني الحال ولو مات المقرض واجل وارثه قال الامام القاضي خان لا يصح كما لو اجل المقرض وقال
صاحب المحيط ينبغي ان يصح من الوارث على قول البعض وقال واحد من الفقهاء رأيت في المنتقى ان القرض اذا صار مستهلكا فصح
اجله لان الصحيح انه لا يصح وقال الامام السرخسي رحمه الله التاجيل في بدل المستهلك يصح سواء كان المستهلك دراهم او دنانير او غيرها
ذلك وعندنا لا يصح والحيلة في تصحيح تاجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على اخر بدينه واجل المقرض ذلك الاجل فيجيد

يصح كذا في فصول الاسروشني م وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم نسيئة وهو ربوا ش والمعول على النكتة الاولى
لا على النكتة الثانية لان على النكتة الثانية يلزم ان لا يصح القرض اصلا وهو جائز بالاجماع وكذا استقراض العين ودراهم م وهذا اى
هذا الذي ذكرنا م بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل
المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى ش اى كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها
الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض وهو معنى قوله
م فيلزم حقا للموصى له ش اى حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حال

باب الربوا

ش اى هذا باب في بيان احكام الربوا ولما فرغ من بيان ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا
من فضل الله مع انواعها صحيحها وفاسدها شرع في بيان ابواب البيوع التي نهى الشارع عنها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا
تاكلوا الربوا مقاد ربا المال يربو ربوا اذا زاد وارتفع والاسم الربوا مقصور وفي الشرع فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال
واذا نسب اليه قالوا ربوى بكسر الراء والفتح خطاء وفي المبسوط الربوا فضل خال عن العوض المشروط في البيع وقال
علماؤنا هو نوع بيع فيه فضل مستحق لاحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد وعلى هذا سائر انواع البيوع الا
ان قيل الربوا وفي جميع العلوم الربوا شرعا عبارة عن عقد فاسد وان لم يكن زيادة لان بيع الدرهم بالدرهم نسيئة ربوا وان لم
يتحقق فيه الزيادة وعند الشافعي البيع هو التصرف المشروع بحله والربوا اسم حل عملا على تصرف يفسد العقد لا على الحل المشروع
انتهى وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع فان فتح الاسواق في سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وانما المراد فضل مخصوص
وهو فضل مستحق لاحد المتعاقدين خال عما يقابله من العوض قال ش اى القدوري م الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع مع
ش اى حكم الربوا وهو ثبوت الحرمة حاصل في كل مكيل بيع بجنسه او كل موزون بيع بجنسه اذا وجد فيه تحريم التفاضل كما اذا باع الكيلي
اي مكيل كان بجنسه يحرم الفضل وكذلك اذا باع الموزون اى موزون كان بجنسه يحرم الفضل م فالعلة ش اى علة الربوا م الكيل
مع الجنس او الوزن مع الجنس ش هذا لفظ القدوري م قال ش اى المصنف م ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل ش لانه يتناولهما
وليس كل واحد بانفراده يتناول الاخر م والاصل فيه ش اى في باب حد الربوا م الحديث المشهور ش وهو الذي تلقته الامة بالقبول
والشهرة عند بعض العلماء انه متواتر وليس كذلك لانه لا يصدق عليه حد المتواتر ولكنه مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب وقال
الجصاص هذا الحديث ضرب من المتواتر لكثرة رواته م وهو قوله عليه السلام ش اى قول النبي صلى الله عليه وسلم م الحنطة بالحنطة
مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا ش الحديث ورد في هذا الباب مرويا عن جماعة الصحابة وقال الاكمل وعدد راوته على اربعة عشر من
الصحابة عمر وعبادة بن الصامت وابو سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم ولم ينقل بنا غير ذلك قلت روى
ايضا عن بلال وابي هريرة ومعمر بن عبد الله وابي بكر وعثمان وهشام بن عامر والبراء وزيد بن ارقم وفضالة بن عبيد وابي
بكرة وابن عمر وابي الدرداء رضي الله عنهم فهؤلاء اثنى عشر نفرا غير الاربعة الذين ذكرهم الاكمل فالجميع ستة عشر نفرا
اما حديث عمر رضي الله عنه فرواه الائمة الستة من رواية مالك بن اوس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الورق بالورق ربوا
الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء واما حديث عبادة بن الصامت
فاخرجه الجماعة غير البخاري واللفظ للترمذي عن ابي الاشعث عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الذهب
بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل فمن زاد او ازداد فقد اربى وبيعوا الشعير بالشعير كيف شئتم يدا بيد وبيعوا
البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد واما حديث ابي سعيد الخدري فاخرجه مسلم والنسائي
عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر
والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سواء واما حديث معاوية رضي الله عنه فانه
ذكر في حديث ابي الدرداء اخرجه النسائي حدثنا قتيبة عن مالك عن زيد بن اسلم عن عطاء بن يسار ان معاوية باع سقاية من ذهب
او ورق اكثر من وزنها فقال ابو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذه الا مثلا بمثل واما حديث بلال
رضي الله عنه فعند الطحاوي والطبراني عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل والحنطة بالحنطة مثلا
بمثل والذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن فاذا اختلف النوعان فلا باس واحد بعشرة واما
حديث ابي هريرة رضي الله عنه فعند مسلم عن ابي زرعة عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر والحنطة بالحنطة
الحديث واما حديث معمر بن عبد الله فعند مسلم في افراده عنه كنت اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا
بمثل الحديث واما حديث ابي بكر رضي الله عنه فعند البزار في مسنده عن ابي رافع قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابا بكر الصديق رضي الله عنه يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا
بمثل الزائد والمستزيد في النار واما حديث عثمان رضي الله عنه فعند مسلم والطحاوي عن سليمان بن يسار انه سمع مالك بن ابي

عامر يحدث عثمان بن عفان رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين
واما حديث هشام بن عامر فعند الطبراني باسناده عنه وفيه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق نسيئة
واما حديث البراء وزيد بن ارقم فعند البخاري ومسلم وفيه كلاهما قالا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق
والورق بالذهب واما حديث فضالة بن عبيد فعند ابي داود والطحاوي قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر
الحديث وفيه لا تبيعوا الذهب بالذهب الا وزنا بوزن واما حديث ابي بكرة فعند النسائي والطحاوي نهانا رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان نبيع الفضة بالفضة الا عينا بعين سواء بسواء ولا نبيع الذهب بالذهب الا عينا بعين سواء بسواء واما حديث
ابن عمر قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا الينا وعهدنا اليكم واما حديث ابي الدرداء فقد مضى
عن قريب ثم اعلم ان المصنف قال قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والحنطة بالحنطة ليس في الاحاديث المذكورة الا ابتداء بالحنطة
فما ابتدأ ولكن الحنطة مذكورة في اثناء الحديث ولكنه ذكره في المبسوط فانه قال فنبدأ اول الكتاب بحديث رواه عن
ابي حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة الحديث ثم قال المصنف
م وعد الاشياء الستة ش اى عد النبي صلى الله عليه وسلم مما فيه الربوا ستة اشياء الحنطة والشعير والتمر والذهب والملح
والفضة على هذا المثال ش اى مثلا بمثل يدا بيد في جميع ذلك م ويروى ش يعني يروى في قوله مثلا بمثل م بروايتين الرفع يعني
مثل م والنصب مثلا ومعنى الاول ش اى الرفع م بيع التمر ش اى بيع التمر بالتمر مثل بمثل فعلى هذا يكون انتفاع مثل على انه خبر
المبتدأ وهو قوله بيع التمر فانه مرفوع بالابتداء م ومعنى الثاني ش اى النصب م بيعوا التمر ش فالمعنى على هذا بيعوا التمر بالتمر حال
كونه مثلا بمثل فقوله التمر منصوب على المفعولية ومثلا نصب على الحال والتقدير حال كونهما متماثلين واما وجه الرفع والنصب
في قوله يدا بيد مثلا بمثل حال اى متقابضا يدا بيد قلت فيه ما فيه لان على تقديره يكون انتصابه على المفعولية لا على الحال
ولا يكون الحال الا قوله متقابضا والكلام في ان نفس يدا هو حال فكأنه لما علم ان في شرط الحال ان يكون من المشتقات ولفظ
يد غير مشتق فقدر هذا التقدير وقع فيما هرب منه والقاعدة في وقوع الحال من غير المشتقات ان يأول بالمشتق قالوا قوله
يدا بيد على معنى متناجزين م والحكم ش وهو حرمة الفضل م معلول باجماع القائسين ش وهم الائمة الاربعة واصحابهم واحترز
به عن اهل الظاهر فانهم ينفون القياس ويقولون لا يكون الربوا الا في الاشياء الستة التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم
وخصها بالذكر وهو ايضا منقول عن طاوس وقتادة وعثمان البتي وابي سليمان قلنا انما ذكر هذه الاشياء ليكون دلالة على ما
فيه الربوا انما سواها مما يشبهها في العلة بحيث ما وجدت تلك العلة يوجد الربوا لكن العلة عندنا ما ذكرناه ش وهو
قوله القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكيل او موزون قوبل بجنسه حتى اثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوهما
لوجود الكيل واثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحوها لوجود الوزن م وعند الشافعي الطعم ش اى العلة في الربوا م الطعم
في المطعومات والثمنية ش اى كونهما ثمنا في الاثمان ش وعدى هذا الحكم الى كل ما صار ثمنا بالاصطلاح كالدراهم المغشوشة
والفلوس الرائجة وقيل الثمنية المطلقة حتى لا يتعدى الى الفلوس والعطارفة كذا في المختلف وفي الروضة والمراد
بالطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا او تأدما او تفكها وغيرها فيدخل فيه الفواكه والحبوب والبقول والتوابل ويدخل
الثمنية التبر والمضروب والحلي والاواني من الذهب والفضة وفي تعدي الحكم الى الفلوس اذا راجت وجه والصحيح
انه لا ربوا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة ولا تتعدى الى غير الفلوس من الحديد والنحاس والرصاص وغيرها قطعا وقول
الشافعي قال ابو ثور وابن المنذر م والجنسية شرط ش اى شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا
عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النساء فلو اسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لا يجوز م والمساواة
مخلص ش بفتح الميم وسكون الخاء اى موضع الخلاص يعني يخلص بالمساواة عن الحرمة م والاصل هو الحرمة عنده ش اى عند
الشافعي وكان حق الكلام ان يقال والاصل هو الحرمة عنده والمساواة مخلص اى عن الحرمة م لانه ش اى لان الشارع
نص على شرطين ش احدهما هو قوله م التقابض ش يفهم من قوله يدا بيد والاخر هو قوله م والمماثلة ش يفهم من قوله مثلا
بمثل م وكل ذلك ش اى وكل من الشرطين م يشعر بالعزة والخطر ش اى عند الشارع م كاشتراط الشهادة في النكاح ش فان
اشتراط الشهادة في عقد الابضاع لاجل اظهار خطرها وعزتها دون سائر المعاملات م فيعتمد ش اى اذا كان الشرطان
يشعران بالعزة والخطر فتعلل الربوا م بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم ش في المطعومات لبقاء الانسان
م والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ش اى يتعلق مصالح الانسان بالاموال والمناط مصدر ميمي من ناط
الشيء ينوطه نوطا اى علقه م ولا اثر في الجنسية في ذلك ش اى في اظهار الخطر والعزة م فجعلناه ش اى جعلنا الجنس م شرطا
لا علة م والحكم قد يدور مع الشرط ش بيان هذا ان العلة انما تعرف بالتأثير والطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس للجنسية
اثر لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عند لا وجوبا به وقال الاكمل

قوله والحكم قد يدور مع شبهة رد على جعل الطعم علة م والثمنية علة وهو ان الحكم قد يدور مع الجنس كما يدور مع الطعم
والثمنية على وجه لم يجعل الجنسية علة كما جعلها حصة علة الربوا فاجاب عنها فقال نعم لكن لا الا ان العلة للوصف
الذي له اثر في استجلاب ذلك الحكم لا بمجرد الدوران فان الحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان مع الزنا فانه
يدور معه وجودا وعدما ولا يدل على كونه علة وقال تاج الشريعة رحمه الله ولانه عليه السلام ذكر في المطعومات
اربعة وهي اصول الطعم فان الحنطة اصل لقوت بني ادم والشعير للدواب والتمر في الاصول تفكها والملح اصل لتطيب
الاطعمة فتبين بذلك ان العلة هي الطعم اما اذا جعلت العلة القدر مع الجنس يتمحض ذكر هذه الاشياء تكرارا اوصفة القدر
فيها لا يتنوع وحمل كلام الشارع على ما يفيد فائدة زائدة اولى م ولنا انه ش اي ان الحديث المذكور وان النبي صلى الله
عليه وسلم م اوجب المماثلة شرطا في البيع ش بقوله مثلا بمثل لانه امر حال والاحوال شروط م وهو المقصود بسوقه
ش اي وجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلثة اشار الى الاول بقوله م تحقيقا لمعنى البيع ش اي لاجل
تحقيق معنى البيع م اذ هو ش اي لان البيع م ينبئ عن التقابل ش لان البيع مبادلة المال بالمال لان ما كان من باب المفاعلة
يقتضي مقابلة كل جزء من اجزاء الاخر في محل الجنس ولو فضل احد العوضين على الاخر لان الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى
فلا يتحقق معنى المعاوضة بل يكون مستحقا بالذكر للعقد احلا في قضيته المعاوضة م وذلك ش اي التقابل يحصل بالمماثلة
ش لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل التقابل من كل وجه واشار الى المعنى الثاني بقوله م او صيانة لاموال الناس
عن التوى ش او صيانة عطف على قوله تحقيقا اي اولاجل صيانة اموال الناس عن التوى اي الهلاك والتلف لان
احد البدلين ان كان انقص من الاخر كان المتناول مضيعا للفضل بما فيه الفضل تومئه اذا كان الذي ياخذ الناقص
العوض وفيه تلف الزايد فاشترطت المماثلة حتى يصان اموال الناس واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل
ربوا اي الفضل على المماثلة ربوا يعني ان الذي نطق به القران بقوله وحرم الربوا هي ادنه هذا الفضل واشار
الى المعنى الثالث بقوله م او تتميما للفائدة ش اي او لاجل التتميم لفائدة البيع وهو ملك الرقبة قبل القبض وملك
التصرف بعده م باتصال التسليم به ش اي بالتماثل يعني ان في النقدين يكونهما لا يتعينان فالتعيين شرطت المماثلة
فيصل بعد ما لكل منهما للاخر لتتم فائدة البيع وهو ثبوت الملك وفي المبسوط صاحب الشرع اوجب المماثلة في الحكم
الواحد تتميما للفائدة في حق العاقدين اذ لو كان احد العوضين اقل من الاخر لم تكن الفائدة تامة في حق العاقد بل له
دون الاخر وفي ايجاب المماثلة اتمام الفائدة لكل واحد منهما م ثم يلزم عند فوته ش اي عند فوت التماثل الذي هو شرط
الجواز م حرمة الربوا ش لقوله عليه السلام والفضل ربوا م والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى ش هذا اساس
عليه العقد مع الجنس لوجوب المماثلة لان المماثلة بين الشيئين انما يكون باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود
بصورته ومعناه وانما تقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار يحصل به المماثلة صورة والجنس
عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى فان قيل حكم النص وجوب المماثلة فاي اثر للكيل والجنس في
وجوب المماثلة بل اثرهما في الوجود قلنا المراد المقصود من الوجوب الوجود ولا يمكن الايتاء الا لاجل الا بالوجوب
لان الوجوب يفضي الى الوجود ولا يمكن ايجاد المماثلة الا بالقدر والجنس فيكون لهما اثر في وجود المماثلة فاضيف اليه
لان حكم النص ايجاب المماثلة وحرمة الفضل عند فوتها كذا في جامع قاضي خان م والمعيار يسوي الذات ش فالكوم
المعيار المعتاد من عادات المكاييل والموازين عيارا وعاودت لعبي ومعنى المعيار يسوي الذات اي الصورة فان كلا
من البر مماثل كلا من الذرة من حيث الصورة دون المعنى لعدم الجنسية م والجنسية تسوي المعنى فان كلا من البر يماثل
كلا من البر من حيث الصورة والمعنى اما صورة فظاهر واما معنى فللجنسية والقفيز من الحنطة يساوي القفيز
من الشعير من حيث الصورة لا المعنى فاذا كان كذلك فيظهر الفضل على ذلك ش اي على التساوي من حيث الصورة
والمعنى م فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ش
قوله الخالي صفة للفضل قوله فيه اي في العقد م ولا معتبر بالوصف ش هذا جواب عما يقال اذا كانت المماثلة شرطا
على ما قلتم فكيف اهدر التفاوت في الوصف وهو الجودة في احد البدلين دون الاخر فاجاب بقوله ولا معتبر بالوصف
م لانه ش اي لان الوصف م لا يعد تفاوتا عرفا ش اي من حيث العرف فان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا
ولهذا اعرف الاموال بالقدر دون الوصف فيقال له مائة درهم ودينار من غير اعتبار التفاوت بين الجيد والرديء
قال الاكمل وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف انتهى قلت الكلام فيه من حيث الوصف
لا من حيث الذات والتفاضل في القيمة يرجع الى الذات اولان في اعتباره ش اي في اعتبار التفاوت في الوصف
م سد باب البياعات ش في هذه الاشياء وهو مفتوح لان بيع هذه الاشياء لا يجوز متفاضلا ولا مجازفة لم يبق

المماثلة

المماثلة التساوي ولو اعتبر المساواة في الوصف تنسد بياعات هذه الاشياء بجنسها لان الحنطة لا تكون مثل
حنطة اخرى في الوصف لا محاله والبياعات بكسر الباء جمع بياعة وانما جمعوا المصدر على تاويل الانواع م او
لقوله عليه السلام ش اي ولا يعتبر الوصف لقول النبي صلى الله عليه وسلم م جيدها ورديها سواء ش هذا
الحديث غريب ومعناه يوخذ من اطلاق حديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه وقد مر في هذا الباب وذكر
الاترازي وغيره هذا الحديث وسكتوا عنه م والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع ش هذا جواب عن حصيل الشافعي
رحمه الله الطعم والثمنية علة للحرمة تقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من
اعظم وجوه المنافع كان الطريق فيه الاطلاق وهو معنى قوله م والسبيل في مثلها ش اي في مثل هذه الاشياء التي يتعلق
بها اعظم وجوه المنافع م الاطلاق ش اي التوسعة م بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج دون التضييق فيه ش فان السنة الالهية
جرت في حق جنس الانس وسائر الحيوانات ان ما كان الاحتياج اليه اكثر كان امره في الوجود والاطلاق الشرعي اوسع كالماء
والهواء وعلف الدواب واذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق تعليلا بفساد الوضع م فلا معتبر بما ذكره ش اي
بما ذكره الشافعي لانه علل بعلة وقعت فاسدة في تخريجها فان قلت الشافعي استدل بقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام
بالطعام قلت قالوا هذا خبر لا يعرف ولا ذكره احد في كتاب بسند وانما المروي الطعام بالطعام مثلا بمثل كيلا
بكيل وهذا لا ينافي الاباحة بالعينه كذا في شرح مختصر الكرخي م اذا ثبت هذا ش اي ما ذكرنا ان العلة القدر والجنس
عندنا مطعوما كان او غيره م فنقول اذا بيع المكيل او الموزون ش اي او بيع الموزون م بجنسه يدا بيد مثلا
بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز ش اي جواز البيع م وهو ش اي شرط الجواز م المماثلة في المعيار الا ترى ش توضيح
المماثلة في المعيار فان قوله كيلا بكيل بمنزلة التفسير لقوله مثلا بمثل فكلام الشارع يفسر بعضه بعضا م الى ما يروى
فكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل ش اشارة الى ما قلنا ان قوله كيلا بكيل تفسير لقوله الى اخره وفي الذهب ش اي جاز البيع
ايضا في الذهب اذا بيع م بالذهب وزنا ش اي من حيث الوزن يعني متساويين م وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ش يعني بفضل
احدهما على الاخر م ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا ش اي مما يتحقق فيه من الاشياء الربوية م الا مثلا بمثل ش يعني
متماثلين متساويين م لاهدار التفاوت في الوصف ش لاجل اهدار التفاوت في وصف الجودة والرداءة شرعا وعرفا م
ويجوز بيع الحفنة ش هي ملئ الكف قاله الاترازي وقال الجوهري الحفنة ملئ الكفين من الطعام م بالحفنتين والتفاحة
ش اي وبيع التفاحة م بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار شرط ش يعني المساواة بالكيل شرط م فلم توجد ش لانه لا كيل في
الحفنة والحفنتين م فلم يتحقق الفضل ش لان تحققه مبني على المساواة بالمعيار فاذا لم يتحقق الفضل فلا يكون ربوا واكد
ذلك بقوله م ولهذا ش اي ولاجل ان الحفنة والحفنتين لا تدخل تحت المعيار الشرعي م كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف
ش اذ لو كان داخلا تحت المعيار كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات لان المكيلات والموزونات
كلها من ذوات الامثال دون القيم م وعند الشافعي العلة ش اي علة الربوا م الطعم فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين
لوجود الطعم ولا مخلص بهو المساواة فلم توجد فيحرم م ش وفي شرح الطحاوي ولو باع بطيخة ببطيختين او تفاحة بتفاحتين
او سفرجلة بسفرجلتين او جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم الكيل وعنده لا يجوز لوجود الطعم وكذلك اذا باع حفنة
بحفنة او حبة بحبة او تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز م وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير
في الشرع بما دونه ش اي بما دون نصف الصاع بخلاف النصف لان الشرع ورد بالتقدير به كما في صدقة الفطر وغيرها
وفي المبسوط هذا اذا لم يدخل كل واحد من البدلين تحت النصف اما اذا بلغ احدهما النصف فلا يجوز حتى يبلغ اوا
من النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز وفي الاسرار ما دون الحبة من الفضة لا قيمة له م ولو باع مكيلا او موزونا
غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده ش اي وعند الشافعي
يجوز لعدم الطعم والثمنية ش وبه قال مالك في رواية ولو باعها وزنا بوزن وهو ماكول او مشروب كالدهن
والزيت والرب والخل لا يجوز الا وزنا بوزن عند الكل لكن باختلاف التخريج اما عندنا فلوجود الجنس والوزن
واما عند الشافعي واحمد في رواية لوجود الطعم واما عند مالك فلوجود الاقتيات لان عنده علة الربوا الادخار
والاقتيات م قال ش اي القدوري م واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه ش المعنى المضموم هو
القدر م اليه ش اي الى الجنس كبيع الحنطة بالدراهم او الثياب م حل التفاضل والنساء بفتح النون والمد وهو البيع
الى اجل م لعدم العلة المحرمة ش معناه ان علة حرمة الربوا القدر والجنس فلما انعدمت لم تثبت الحرمة وحل التفاضل
والنساء لان الحل هو الاصل بقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا فان قيل عدم العلة لا يدل على عدم الحكم قلنا
الاصل جواز البيع مطلقا والاباحة الا ان الشرع اعتبر التحريم بوصفه فاذا وجد ذلك الوصف قلنا بالتحريم والا فلا

الاصل وهو معنى قوله م والاصل فيه الاباحة ش اي الاصل في البيع الاباحة الا عند اعتبار الشرع التحريم م واذا
وجدا ش اي الوصفان م حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة واذا وجد احدهما ش اي وجد احد الوصفين دون
الاخر م حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي ش اي الثوب الهروي بالثوب الهروي وفي بعض النسخ
مرويا في مروي وفيه عدم القدر الذي هو احد الوصفين ويجوز فيه التفاضل بان باع واحدا باثنين ولا يجوز ان
باع بالنسيئة م او حنطة في شعير ش اي او يسلم حنطة في شعير وفيه عدم الجنس فيجوز فيه التفاضل ولا يجوز النساء كما اذا
اسلم احدهما في الاخر م فحرمة ربوا الفضل بالوصفين ش القدر والجنس م وحرمة النساء باحدهما ش اي باحد الوصفين م
وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية ش اي في جانب م وعدمها ش اي في جانب اخر م لا يثبت الا شبهة
الفضل ش لان الشبهة عبارة عن تاخير المطالبة وهي ليست حقيقة الفضل الا انها تفاوت المالية حكما والتفاوت في
المالية حقيقة اكثر تاثيرا من التفاوت في المالية حكما ولا اثر له في المنع من جواز العقد حتى يجوز بيع ثوب بثوبين والاثر
حكما اولى كذا قاله تاج الشريعة ويفهم منه معنى قوله م وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة
اولى ش اي بان لا يكون مانعة بيانه على وجه الايضاح ان حقيقة الفضل غير مانع في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد
بالعبدين فالشبهة اولى وقال الاكمل قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر علة
كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو
حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجز بيع الذهب بالفضة
نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام
منه م ولنا انه ش اي ان بيع النسيئة م مال الربوا من وجه نظرا الى القدر ش اي الى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير
م او الى الجنس ش اي او نظرا الى الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي م والنقدية اوجبت فضلا في المالية م
فيتحقق شبهة الربوا ش لان الفضل من حيث النقدية فضل من حيث المعنى اذ النقد خير من النسيئة من الوجه الذي
هو مال الربوا اظهر الفضل من حيث النقدية في احدهما وذلك شبهة الربوا م وهي ش اي شبهة الربوا م مانعة ش عن الجواز
م كالحقيقة ش قال الاكمل فيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت
فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان كونها شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون
مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جارية فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن
الاول ان الشبهة شبهة المحل والتاثير في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وبنسبة العلة والمحل يثبت شبهة الحكم
لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجد
العلة بكمالها فان قال بعض الشراح استدل الشافعي بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ في قلاص الصدقة فكان ياخذ البعير بالبعيرين الى
ابل الصدقة رواه ابو داود واستدل لاصحابنا بما رواه ابو داود ايضا من حديث الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة رواه بقية الاربعة وقال الاكمل بان قيل قال المصنف لم يستدل
لهما بمثل هذه الاحاديث ثم قال فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق التاويلات منعاه عن ذلك قلت قيل الجواب
عن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه كان في دار الحرب وقد احتج عبد الله من اهل الحرب ولا ربوا بينهما
عندنا وقيل انه كان قبل تحريم الربوا وقيل حديث عبد الله بن عمرو في طريق ابي اسحق بطريق العنعنة وهو مدلس فلا
يحتج به ولما اخرج الترمذي حديث سمرة قال حديث سمرة حديث حسن صحيح وسماع الحسن من سمرة صحيح هكذا قال علي بن
المديني وغيره والعمل على هذا عند اكثر اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
وهو قول سفيان الثوري واهل الكوفة وبه يقول احمد انتهى كلام الترمذي وروي عن ابن عباس وجابر وابن عمر في هذا
الباب ايضا فحديث ابن عباس اخرجه الترمذي ايضا في كتاب العلل المفرد في حديث عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وحديث ابن عمر رواه الترمذي ايضا في كتاب العلل نحوه وحديث جابر
رواه ابن ماجه بلفظ لا باس بالحيوان واحدا باثنين يدا بيد وكرهه نسيئة م الا انه ش اي استثناء من قوله وحرم
النساء في قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء اي الا ان الرجل م اذا اسلم النقود في الزعفران
ونحوه ش كالقطن والحديد يجوز وان جمعهما الوزن ش بيانه ان قوله وحرم النساء بالاطلاق يتناول ان كل ما يوجد فيه
احد وصفي الربوا في الجنس والقدر لا يجوز اسلام احدهما بالاخر وههنا يجوز اسلام النقود في الزعفران ونحوه مع وجود
احد الوصفين وهو الوزن فقال المصنف م لانهما ش اي لان النقد والزعفران م لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران

يوزن

يوزن بالامناء ش وهو جمع المنى مقصور والتثنية منوان وقال الجوهري المنى الذي يوزن به م وهو ش اي الزعفران م مثمن
يتعلق بالتعيين ش ولهذا اذا اشترى الدنانير او الدراهم موازنة وقبض كان له ان يبيعه موازنة بدون اعادة الوزن
وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن اذا اشترى موازنة ثم باع موازنة وهذا اختلاف بينهما حكما فاذا وجد الوزن
من كل وجه يحرم النساء لوجود احد وصفي علة الربوا لانه حصل شبهة الربوا واذا وجد الاتفاق في الوزن من وجه دون وجه
نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة والمعتبر هو شبهة لا شبهة الشبهة م والنقود توزن بالسنجات ش بتحريك النون جمع سنجة
وهو فارسية سنك وروي عن ابن السكيت لا يقال بالسين بل هي بالصاد صنجات وفي المغرب الصنجات بالتحريك جمع
صنجة بالتسكين وعن الفراء السين افصح وانكر القتبي السين اصلا والصواب مع الفراء لا يعرفه الا من يعرف اللغة
الفارسية م وهو ش اي النقود وعلى تاويل ما يوزن بالسنجات م ثمن لا يتعين بالتعيين ش لان النقدين لا يتعينان بالتعيين
في العقود مرة م ولو باع بالنقود موازنة ش اي لو باع الزعفران بالنقود وفي بعض النسخ فلو باع النقود موازنة بلا حرف
الباء في اول النقود م وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ش وقد اوضحناه عن قريب م
فاذا اختلفا ش اي النقود والزعفران م فيه ش اي في الوزن م صورة ومعنى وحكما ش هذا على طريق اللف والنشر
فقوله صورة يرجع الى قوله يوزن بالامناء وقوله ومعنى يرجع الى قوله ثمن لا يتعين بالتعيين وقوله وحكما يرجع الى قوله لا يجوز
اي التصرف فيه م لم يجمعهما القدر من كل وجه ش اي لم يجمع النقود والزعفران القدر وهو الوزن من كل وجه بل من وجه
دون وجه فاذا كان كذلك م فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة ش فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا
تنافيا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة م وهي ش اي شبهة الشبهة م غير
معتبرة ش لان الشبهة هي المعتبرة لا يقال لم تخرجا عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن
عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يسد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وقال الاكمل وفي
عبارة المصنف تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا معنى ولهذا قال شمس الائمة بل نقول انهما يتفقان في الوزن
صورة لا معنى وحكما الا اذا اول قوله صورة على ان معناه صنعة فانهم م قال ش اي القدوري م وكل شيء نص رسول
الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير
والتمر والملح ش حاصله ان ما كان مكيلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتغير ابدا عن ذلك بل يعتبر ما كان
مكيلا في عهده ويشترط فيه التساوي بالكيل ولا يلتفت الى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الحنطة
بالحنطة وزنا لا كيلا لم يجز م وكل ما نص ش اي رسول الله صلى الله عليه وسلم م على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون
ابدا مثل الذهب والفضة ش كذلك لا يعتبر فيه التساوي بالكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا
لا وزنا لم يجز وكذلك الفضة بالفضة وذلك لان طاعة النبي صلى الله عليه وسلم واجبة علينا م لان النص اقوى من العرف ش لكون النص
حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف م والاقوى لا يترك بالادنى م وما لم ينص
ش النبي صلى الله عليه وسلم عليه م فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة ش اي لان العادات دلالة على جواز الحكم
فيما وقعت عليه العادة لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقوله عليه السلام لا تجتمع امتي
على الضلالة م وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك ش اي على الكيل في المكيل
والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان م لمكان العادة ش فيه م فكانت ش اي على وفاق ذلك فعلى هذا لو باع الحنطة
بجنسها متساويا وزنا او ذهبا ش اي او باع ذهبا م بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد
وان تعارفوا ذلك وكلمة ان واصلة بما قبلها وعند ابي يوسف يجوز اذا تعارفوا ذلك م لتوهم الفضل ش دليلهما م
على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز ش استثناء من قوله لا يجوز عندهما ش اي لكن يجوز الاسلام في الحنطة
ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي م لوجود الاسلام في معلوم ش لان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام
على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه ذكر في المجرد عن اصحابنا
انه لا يجوز فكان في المسألة روايتان م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وكل ما ينسب الى الرطل ش بكسر الراء وفتحها قال
الجوهري الرطل نصف منى مقصور ثم قال الذي يوزن به وقال في كتاب يوحنا بن سرابيون الرطل اثنا عشر اوقية
وقال ايضا الرطل عشرون استيارا والاستار ستة دراهم ودانقان واربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل ان الاوقية
اربعون درهما نظر وقال ابو عبيد وزن الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهما واربعة اسباع درهم وفي المغرب الرطل
الذي يوزن به او يكال به م فهو وزني ش خبر المبتدا اعني قوله وكل ما ودخلت الفاء فيه لتضمنه الشرط قال المصنف
رحمه الله م معناه ما يباع بالاواقي ش وكذا قاله فخر الدين قاضي خان تفسيره ان يباع بالاواقي فهو وزني م لانها ش اي لان الاواقي

م قدرت بطريق الوزن حتى   ما يباع بها وزنا ش حتى لو بيع شيء منها بجنسه جزافا أو كيلا لا يجوز لجواز التفاضل في
الوزن وهذا لأنه يشق وزن الدهن بالأساتير والصنجات لأنه لا يستمسك إلا في وعاء وفي وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ
الرطل لذلك والأواقي جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهما وهي أفعولة من الوقاية لأنها تقي صاحبها من الضرر وعند
الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم وهو استار وثلثا استار وفي كتاب العين الأوقية وزن سبعة
أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل م بخلاف سائر المكاييل ش متصل بقوله لأنها قدرت معناه أن سائر المكاييل لم تعتبر بالوزن
فلا يكون للوزن فيه اعتبار وقال تاج الشريعة بخلاف سائر المكاييل يعني أن ههنا العقد بالوزن فيجوز البيع بالأوقية وإن
كانت الأوقية كيلا لأنها قدرت بالوزن م وإذا كان موزونا ش يعني إذا ثبت أن ما ينسب إلى الرطل وزني م فلو بيع بمكيال
لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز ش ولو كان سواء بسواء م لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ش إنما قيد بقوله لا يعرف
وزنه بمكيال مثله لأنه إذا عرف وزنه جاز م قال ش أي القدوري في مختصره م وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان ش أي
النقود وقوله وعقد الصرف كلام إضافي مبتدأ وقوله ما وقع خبره وقوله م يعتبر ش خبر بعد خبر أي يعتبر م القبض
على عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام ش أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الفضة بالفضة هاء وهاء ش هذا الحديث أخرجه
محمد بن الحسن في الأصل عن أبي صالح عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال أشهد أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلا هاء وهاء فمن زاد فقد أربى وروى الجماعة في كتبهم من عمر بن الخطاب رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربوا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا إلا هاء
وهاء والتمر بالتمر ربوا إلا هاء وهاء قوله هاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول
لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره المصنف بقوله م معناه يدا بيد ش وكذا قال الترمذي بعد أن روى حديث عمر رضي الله
عنه معنى قوله إلا هاء وهاء يقول يدا بيد وقال تاج الشريعة قوله يدا بيد أي قبضا بقبض كنى باليد عنه لكونه آلته
وقال معنى يدا بيد أي عينا بعين لكنه وقع في حديث مسلم عن عبادة وفيه إلا سواء بسواء وعينا بعين م وسنبين الفقه
في الصرف إن شاء الله تعالى ش هذه حوالة رابحة تأتي في باب الصرف م قال ش أي القدوري م وما سواه مما فيه الربوا ش أي ما سوى
عقد الصرف مما يجري فيه الربوا كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضة م يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه
التقابض ش أي قبل التفرق بالأبدان م خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام ش فإن عنده التقابض في المجلس شرط
فيه سواء اتحد المجلس أو لم يتحد بأن باع كر حنطة بكر حنطة أو بشعير فافترقا من غير قبض فإنه لا يجوز عنده وبه قال مالك
م له ش أي للشافعي م قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يتقابض في المجلس يتعاقب القبض ش لأن
التأخير كزيادة إلى أحد العوضين م يتعاقب القبض فيلزم مزية المقبوض على غيره إذ ينتفع بالمقبوض بلا واسطة م وللنقد
مزية ش على غيرها م فتثبت شبهة الربوا ش وهي كالحقيقة في باب الربوا م ولنا أنه ش أي أن ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه
الربوا م مبيع متعين ش وكل ما هو متعين قد يتعين بالتعيين م فلا يشترط فيه القبض كالثوب ش والعبد والدابة ونحوها
م وهذا ش أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين م لأن الفائدة المطلوبة ش بالعقد م إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب
على التعيين ش فلا يحتاج إلى القبض م بخلاف الصرف ش جواب عما يقال لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض في الصرف
فأجاب بقوله بخلاف الصرف حيث يشترط فيه القبض م لأن القبض ش أي في الصرف م ليتعين به ش أي النقد
لأن النقود لا تتعين م ومعنى قوله ش هذا جواب عن استدلال الخصم بالحديث ش أي معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم
يدا بيد عينا بعين تقريره أن المعنى إذا كان عينا بعين يعني معينا بمعين يدل على أن المراد منه التعيين إلا أن التعيين في
الصرف لا يتحقق قبل التقابض فلأجل هذا اشترط التقابض م كذا رواه ش أي كذا روى عينا بعين عبادة بن الصامت
حاصله أن الروايتين أعني يدا بيد وعينا بعين كلتاهما وقعت في حديث عبادة غير أن رواية عينا بعين وقعت في رواية
مسلم عنه وقد مضى تمامه فيجب اشتراط التعيين والتقابض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منعا للإجماع المركب
أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين لا القبض وأما عند الشافعي فبالعكس فحينئذ لا بد من حمل أحدهما على الآخر وقوله يدا
بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض لأن اليد آلته ويحتمل أن يكون المراد التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله
عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم فإن قيل لزمكم على هذا الحمل عموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز
لأنكم حملتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى التعيين في بيع الطعام قلنا لا نسلم ذلك لأن المراد في كلتا الصورتين
التعيين إلا أن التعيين في كل موضع يختلف بحسب حاله ففي الدراهم والدنانير التعيين لا يكون إلا بالقبض إذ هما لا يتعينان
في العقود والفسوخ فكان القبض هناك من ضرورة وجوب التعيين أما الطعام فمما يتعين بالتعيين فما كان إذ ما
لم يحتج في تعيينه إلى القبض وإن قيل يشكل بما إذا باع إبريق فضة بجنسه فإنه يشترط القبض مع أنه يتعين بالتعيين

قلنا

قلنا التعيين في الإبريق يعارض الصنعة فاعتبر فيما يرجع إلى الاحتياط وقال الأكمل واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم
بأن الأثمان لا تتعين وأما الشافعي فليس يقابل به فلا يكون ملزما والجواب أن ذكره بطريق المنادي ههنا لتثبت
الدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه وقال تاج الشريعة فإن قلت روي أيضا في رواية حديث عبادة قبضا
بقبض وهذا صريح في الباب قلت هذه رواية شاذة فلا يترك الحديث المشهور وهو قوله الحنطة بالحنطة مثلا
بمثل عينا بعين بهذه الرواية م وتعاقب القبض ش جواب عن قوله إذا لم يتقابض في المجلس يتعاقب القبض فأجاب بقوله
وتعاقب القبض توجيهه أن تعاقب القبض المانع الذي يعد تفاوتا في المالية وههنا ليس كذلك لأن التعاقب ههنا م لا يعتبر
تفاوتا في المالية عرفا ش فإن التجار لا يفصلون بين المقبوض وغيره بعد أن يكون حالا فلا يتحقق فضل أحدهما م فيجوز م بخلاف
النقد ش أي الحال م والمؤجل ش فإن فيهما التعاقب يعد تفاوتا وقالوا لا تهمهم يفصلون فيهما م قال ش أي محمد في الجامع الصغير
م ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين ش قال الأترازي إنما ذكر هذه المسألة لأنها من
مسائل الجامع الصغير وقد علم حكمها قبل ذلك وكان القياس أن يذكرها عند قوله ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين
والتفاحة بالتفاحتين م لانعدام المعيار ش وهو الكيل م فلا يتحقق الربوا ش يعني حكم النص وجوب التساوي بين البدلين
بالشرع إلا في محل قابل له وهذا المحل لا يقبله فلم يشترط التساوي فيه فبقي على الأصل وهو الإباحة وقال الإمام
التمرتاشي هذا إذا كان البدلان معينين أما لو كان كلاهما أو أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء
فإن قيل الجوز والبيض من ضمان المستهلكات مثلين فينبغي أن لا يجوز بيع الواحد بالاثنين لشبهة الربوا قلنا
لأن مماثلتهما حقيقة للتفاوت صغرا وكبرا إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت في حق ضمان العدوان فيعمل
ذلك في حقهم دون الربوا الذي هو حق الشرع كذا في الذخيرة م والشافعي يخالفنا فيه ش أي في بيع البيضة بالبيضتين
ونحوها لوجود الطعم وفي شرح الطحاوي ولو باع بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين
أو جوزة بجوزتين أو حفنة من الحنطة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل وعند الشافعي لا يجوز لوجود الطعم
وكذا إذا باع حفنة بحفنتين أو حبة بحبة أو تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز م ويجوز بيع الفلس
بالفلسين بأعيانهما ش قيد بأعيانهما احترازا عما إذا باع بغير عين أحدهما أو كلاهما فإنه لا يجوز بالاتفاق لأن غير
العين إن كان كلا البدلين يلزم الكالي بالكالي وإن كان أحدهما يلزم النساء والجنس بانفراده يحرم النساء م عند أبي
حنيفة وأبي يوسف ش استحسانا وبه قال الشافعي في قول م وقال محمد لا يجوز ش وبه قال الشافعي في وجه م لأن الثمنية
ش في الفلوس م تثبت باصطلاح الكل ش أي كل الناس م فلا تبطل باصطلاحهما ش لعدم ولايتهما على غيرهما م فإذا بقيت أثمانا
لا تتعين ش بالاتفاق م فصار ش حكمه م كما إذا كانا بغير أعيانهما ش حيث لا يجوز بالاتفاق م وكبيع الدرهم بالدرهمين
ش أي وصار أيضا حكمه كحكم بيع الدرهم بالدرهمين حيث لا يجوز بالاتفاق ولهذا تبين أن الفلوس الرائجة ما دامت
رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل
العقد كالذهب والفضة م ولهما ش أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م أن الثمنية ش في الفلوس م في حقهما ثبتت باصطلاحهما
ش إلا باصطلاح الناس م إذ لا ولاية للغير عليهما فيبطل ش أي الثمنية م باصطلاحهما ش يعني إذا ثبتت الثمنية في حقهما
باصطلاحهما كان لهما أن ينقضا ذلك الاصطلاح باصطلاح آخر م وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ش لأنه عاد
ثمنا كما كان م ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح ش أي اصطلاحهما ليصح التصرف فيهما وقال الكاكي قوله ولا يعود
وزنيا جواب لإشكال ذكر في المبسوط فقال فإن قيل بعد هذا الكلام فساد عظيم فإنه إذا خرج عن أن يكون ثمنا في حقهما
كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن في إبطال الثمنية تصحيح هذا العقد
قلنا الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد وهما أعرضا في هذه المبايعة عن اعتبار صفة الثمنية وما
أعرضا عن اعتبار صفة العد فيها وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنا في حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز
والبيض فإنه عددي وليس بثمن ثم إن المصنف استدل على إثبات اصطلاحهما في حق العد بقوله م إذ في نقضه ش أي
في نقض الاصطلاح م في حق العد فساد العقد ش والحال أنهما قصدا صحة العقد ولا صحة إلا بإبقاء العد م فصار كالجوزة
بالجوزتين ش هذا بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وبيع الجوزة بالجوزتين يجوز لعدم المعيار فلا ربوا فيه م بخلاف النقود
ش جواب عن قول محمد كبيع الدرهم بالدرهمين م لأنها ش أي لأن النقود م للثمنية خلقة ش أي من حيث الخلقة لا من حيث
الاصطلاح فلا يبطل الثمنية باصطلاحهما م وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما ش جواب عما قال محمد كما إذا كانا بغير
أعيانهما فإن ذلك لم يجز لأنه كالي بكالي ش أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وهو معنى قوله م وقد نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عنه ش هذا رواه ابن أبي شيبة وإسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى

على العد

ن عبيده عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع الكالي بالكالي يعني الدين بالدين
ورواه ابن عدي في الكامل واعله بموسى بن عبيده ونقل تضعيفه عن احمد قال قيل لاحمد ان شعبة يروي عنه قال
لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه وقال ابن عدي والضعف على حديثه بين ورواه ابو عبيد في كتاب غريب الحديث
عن زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة الى آخره نحوه وقال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وقال في الفائق كلأ الدين كلوءا
فهو كالئ اذا تأخر وذكره الجوهري في المهموز فقال وكان الاصمعي لا يهمز وينشد ٭ واذا تباشرك الهموم فانها كالئ
وناجز ٭ اي منها نسيئة ومنها ما هو نقد وقال ابو عبيدة تكلأت اي استنسأت نسيئة وكذلك استكلأت كلأة بالضم
وهو من التأخير وقال ابو زيد كلأت الطعام تكليئا واكلأت اكلاء اذا اسلفت فيه وما اعطيت في الطعام نسيئة
من الدراهم فهو الكلأة بالضم م بخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه ش هذا جواب عما اذا كان احدهما بغير عينه لان
الجنس بانفراده يحرم النساء واعلم ان بيع الفلس بجنسه متفاضلا على اربعة اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير
اعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما
والكل فاسد سوى الوجه الرابع ففيه الخلاف المذكور م قال ش اي القدوري م ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق
ش لا متساويا ولا متفاضلا ولا بالكيل ولا بالوزن وبه قال الشافعي واحمد في رواية وهو قول الثوري ايضا ونقل عن الشافعي انه يجوز
بيع الحنطة بالدقيق متساويا وبه قال مالك واحمد في اظهر القولين الا ان مالكا اعتبر الكيل واحمد يجوز بالوزن
فقالا الدقيق نفس الحنطة الا ان اجزاءها قد تفرقت فاشبه بيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات وكذا الخلاف
في بيع الحنطة بالسويق م لان المجانسة باقية من وجه ش لان الطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء م لانهما ش اي لان الدقيق والسويق
م من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل غير ان الكيل غير مسو فيهما ش اي بين الدقيق والسويق م لان بين الحنطة لاكتنازها
ش اي لاجتماعها م فيه ش اي في الكيل م وتخلخل حبات الحنطة ش يقال اجزاؤه متخلخلة اي في خلالها فرج فاذا كان كذلك
صار كالمجازفة في احتمال الربوا م فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ش لعدم التساوي لان جنسه من وجه وان حصل [illegible] قال في
المبسوط لا يعرف التساوي بين الدقيق والحنطة فالدقيق لا يصير حنطة قط ولكن الحنطة تطحن ولا يدرى ان بعد الطحن
متساويان في الكيل ام لا فلا يجوز بيع احدهما بالآخر فان قيل ينبغي ان يجوز بيع الحنطة بالسويق لعدم الاكتناز في السويق
قلنا الحرمة باعتبار الشبهة وهي كافية لثبوت الحرمة فان السويق في ضمن الحنطة فتتحقق شبهة الجنسية كما لا يجوز بيع
المقلية بغير المقلية م ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا ش متساويا نصب على الحال وكيلا نصب على التمييز اي من حيث
كونه متساويا من حيث الكيل وقال الكاكي متساويا حال وكذا كيلا حال والعامل في متساويا يباع وفي الثاني متساويا
هذا نقله من كلام الكاكي ثم قال ويجوز ان يكونا مترادفين قلت الصواب هو الذي قلته لان من شرط الحال ان
يكون من المشتقات وكيلا اسم غير مشتق لان المراد به هي الآلة التي يكال بها لا الكيل الذي هو مصدر كال يكيل كيلا
وليس بمنا [illegible] الحال من غير المشتقات لكن حينئذ مأول بالمشتق وهنا كيف يأول فلا يأتي من لفظه ش لتحقق الشرط
وهو المساواة في الكيل فيما هو مكيل والكيل معيار شرعي في المكيل وعن الامام الفضلي انه يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا
مكبوسين وفي الدقيق بالدقيق روايتان وفي الكامل والدقيق بالدقيق والمقلي بالمقلي في رواية يجوز متساويا
والمقلي بغير المقلي لا يجوز لانعدام التساوي بينهما وفي شرح الاقطع يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة
من النعومة وفي خلاصة الفتاوى سواء كان احدهما اخشن او ادق ولذا بيع النخالة بالنخالة م وبيع الدقيق بالسويق
لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا
بيع اجزائهما ش اي اجزاء المقلية وهي السويق واجزاء الحنطة وهي الدقيق م لقيام المجانسة من وجه ش لان السويق
اجزاء الحنطة مقلية وبقول ابي حنيفة قال الشافعي م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م يجوز لانهما ش اي
لان دقيق الحنطة وسويقها م جنسان مختلفان ش لاختلافهما في الاسم والهيئة والمعنى م لاختلاف المقصود ش لان المقصود
من الدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك من السويق بل المقصود منه ان يلت بالسمن او العسل او
يشرب بالماء وكان التفاوت بينهما اظهر من التفاوت بين الهروي والمروي واشار الى الجواب عن قولهما بقوله م قلنا
معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ش اي يشمل الدقيق والسويق فقوله معظم المقصود مبتدأ وقوله يشملهما خبره
وهو التغذي جملة معترضة بينهما م ولا يبالى بفوات البعض ش اي بعض المقصود م كالمقلية مع غير المقلية ش يعني لا يجوز
لانهما اعتبرا جنسا واحدا وان فات بعض المقاصد لان معظم المقاصد باق والمقلية المشوية من قلى يقلي اذا شوى وقد
طعنوا على محمد في هذا اللفظ لانه لا يقال الا مقلوة والمقلية المبغضة وطعنهم خطأ لان محمدا كان من الفصحاء في اللغة
وهذا اللفظ جاء يائيا وجاء واويا تقول قليت السويق واللحم فهو مقلي وقلوت فهو مقلو لغة كذا قاله الجوهري عامة [illegible]

الباب

الباب ان محمدا ذكر الثاني لانه كان هو العرف عندهم م والعلكة المسوسة ش يعني لا يجوز ايضا والحنطة العلكة بفتح العين
المهملة وكسر اللام الجيدة وقال ابن دريد طعام علك متين الممضغة وهي التي يكون كالعلك من صلابتها [illegible]
[illegible] انقطاع والحنطة المسوسة المدودة يقال سوس الطعام اذا وقع فيه السوس وهو الذي يقع في الصوف والثياب
والطعام يقال حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة وفي الكافي بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الاصح لعدم
التساوي بينهما لاكتناز احدهما وتخلخل الآخر وبيع العلكة بالمسوسة يجوز لوجود المساواة بينهما وفي الوجيز بيع
المقلية بالمقلية يجوز متساويا للمجانسة بينهما في كل وجه ولكن ذكر في المبسوط انه لا يجوز والله اعلم بصحته م ويجوز بيع
اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف ش وبه قال المزني وقال الشافعي ومالك واحمد لا يجوز بيع اللحم بالحيوان لا بطريق
الاعتبار ولا بغيره م وقال محمد اذا باعه ش اي اذا باع اللحم م بلحم من جنسه لا يجوز ش قيد به لانه اذا باع اللحم بلحم من غير
جنسه كما اذا باع لحم البقر بلحم الشاة فانه لا يجوز بالاجماع من غير اعتبار القلة والكثرة م الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ش اي
اللحم الخالص الصافي الذي من اللحم الذي في الشاة م ليكون اللحم ش الذي هو المفرز م بمقابلة ما فيه ش اي في الحيوان
من اللحم والباقي ش من اللحم م بمقابلة السقط ش بفتح السين والقاف هو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والا معاء
والطحال م وان لم يكن كذلك ش اي وان لم يكن اللحم المفرز اكثر م يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط ش هذا على تقدير
ما اذا كان اللحم المفرز مثل ما في اللحم من الحيوان م او من حيث زيادة اللحم ش هذا على تقدير ان يكون اللحم الخالص اقل م
وصار كالخل ش بفتح الحاء المهملة وبتشديد اللام وهو دهن السمسم م فلا يجوز بيعه م بالسمسم ش بالاتفاق الا اذا كان الدهن الذي فيه
الخل اكثر من السمسم م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م انه ش اي ان البائع م باع الموزون ش وهو اللحم م بما ليس بموزون
ش وهو الشاة فيصح كبيع السيف بالحديد م لان الحيوان لا يوزن عادة ش لان الموزون حقيقة ما يمكن معرفة مقدار ثقله
بالوزن وهذا لا يتحقق في لحم الشاة الحية وهو معنى قوله م ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه ش اي لان الحيوان م يخفف نفسه
مرة ويثقل اخرى ش باختصاصه بقرب قوة فيه فلا يدرى ان الشاة خفيفة نفسها او ثقلتها م بخلاف تلك المسائل ش
اشارة الى مسألة الخل بالسمسم م لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ش بفتح الثاء المثلثة وكسر
الجيم وسكون الياء آخر الحروف وبالراء وهو ثفل كل ما يعصر كذا في المجمل م ويوزن الثجير ش فيقع التمييز بينه وبين الدهن
م قال ش اي القدوري في مختصره م ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا عند ابي حنيفة ش تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز
لان الباقين من اهل العلم لا يجوزون وفيهم ابو يوسف ومحمد اشار اليه بقوله م وقالا لا يجوز ش واجمعوا على ان بيع الرطب
بالرطب متفاضلا لا يجوز م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م حين سئل عنه ش اي عن بيع الرطب
بالتمر م اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا ش هذا رواه مالك في الموطأ والائمة الاربعة في سننهم عن زيد
ابي عياش عن سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء التمر بالرطب
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا يبس فقالوا نعم فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فان قلت قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد هذا الحديث وقال زيد ابو عياش مجهول قلت ليس كذلك
فان ابا عياش مولى لبني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ واخرج حديثه مع شدة تحريه في الرجال ونقده
وتتبعه لاحوالهم ولما اخرجه الترمذي قال الحديث حسن صحيح ورواه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم
في المستدرك ولفظهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال اينقص الرطب اذا جف قيل نعم
قال فلا اذن وقال الحاكم هذا حديث صحيح لاجماع اهل النقل على امامة مالك بن انس وانه محكم في كل ما يرويه م وله
ش اي ولابي حنيفة م ان الرطب تمر لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م حين اهدي رطبا اوكل تمر
خيبر هكذا سماه تمرا ش اي سمى النبي عليه السلام الرطب تمرا قلت هذا الحديث رواه البخاري عن ابي هريرة وابي
سعيد الخدري في اربعة مواضع من صحيحه وليس فيه ذكر الرطب لان لفظه ان النبي صلى الله عليه وسلم
بعث اخا بني عدي الانصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر
خيبر هكذا قال لا والله يا رسول الله الحديث ولاجل ذلك قال الاترازي حين ذكر الحديث على ما في الكتاب فيه نظر لان الحديث
كان تمرا والسغناقي والكاكي والاكمل لم يحرروا هذا ونقلوا مثل ما في الكتاب والاسبب في ذلك عدم مراجعتهم الى كتب
الحديث م وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ش وهو قوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل وقد مضى في حديث عبادة بن
الصامت وغيره م ولانه ش اي ولان الرطب م لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث ش يعني الحديث الذي مضى كان في اوله
التمر بالتمر م وان كان ش اي الرطب م غير تمر فباخره ش اي فباخر الحديث م وهو قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله
عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ش قد ذكرنا في اوائل البيوع ان هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ولكن

روى مسلم والاربعة حديث عبادة بن الصامت وفي اخره واذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان
يدا بيد م ومدار ما رواه ش هذا جواب من جهة ابي حنيفة عن الحديث الذي احتجا به وهو حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله
عنه المذكور اي مدار ما رواه ابو يوسف ومحمد من حديث سعد م على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ش اي
نقلة الحديث وهذا الذي يصحح بل هو ثقة عند النقلة ومضى الكلام فيه عن قريب وقال الاترازي ونقلوا التضعيف عن
ابي حنيفة ولكن لم يصح ضعفه في كتب الحديث ومن ادعى فعليه البيان وقال الكاكي وفي المبسوط دخل ابو حنيفة بغداد
سئل عن هذه المسالة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا الى اخره فاوردوا
عليه حديث سعد فقال مداره على زيد بن عياش وهو ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا
حتى قال ابن المبارك كيف يقال ابو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وقال الاكمل
رحمه الله سلمنا قوة في الحديث معنى قوة زيد بن عياش لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور ثم قال وما عرض ان الترديد
المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا تكون فيجوز باخر
الحديث فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه
فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها الى ان يدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره
وقال الاترازي قوله ومداره رواه على زيد بن عياش والمذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش مكث وهم فيه
وظن انه ذكر المصنف بانه ابن عياش بحر صحيح وليس كذلك بل هو ابو عياش وكنية ابو عياش وكذلك وهم فيه الشيخ
علاء الدين التركاني هكذا وقال صاحب التنقيح زيد بن عياش ابو عياش الزرقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة
المدني ليس به باس م ولو باع الزبيب بالعنب ش اي لو الحكم في بيع الزبيب بالعنب واكثر النسخ وكذلك العنب
بالزبيب م يعني على الخلاف ش فعند ابي حنيفة يجوز اذا تساويا كيلا وعندهما لا يجوز تساويا او تفاضلا كما قالا في الرطب
بالتمر م والوجه فيه ش اي في بيع العنب بالزبيب م ما بيناه في بيع الرطب بالتمر وهو ان الزبيب مع العنب ان كانا
جنسا واحدا جاز بيع احدهما بالاخر متماثلا كيلا وان كانا جنسين جاز ايضا لقوله عليه السلام واذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد م وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية ش هذه الرواية
سوى قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع
مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها م والرطب
بالرطب ش اي يجوز بيع الرطب بالرطب م يجوز متماثلا كيلا ش اي من حيث الكيل م عندنا ش وبه قال مالك واحمد والمزني
حليه المديني وهو الاختيار م لانه بيع التمر بالتمر ش وقال الشافعي لا يجوز وكذا الخلاف في بيع العنب بالعنب وكذا في كل
عندي لها حالة جفاف كالتين والمشمش والخوخ والكمثرى والرمان الحامض والاجاص لا يجوز بيع رطبه برطبه فيه كالاول
بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان بينهما وقد يكون الناقص من احدهما اكثر من الاخر كذا في شرح الوجيز وكذا
لا يجوز عنده بيع الباقلاء الاخضر بمثله م وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة ش اي بيع الحنطة
الرطبة باليابسة م او التمر ش اي او بيع التمر م او الزبيب ش اي او بيع الزبيب م المنقع ش بضم الميم وسكون النون وفتح
القاف من انقع اذا القى في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة قال الاترازي لذا قالوا بفتح القاف مخففا ولكن المشهور
بين الفقهاء منقع بالتشديد وعليه بيت المنظومة في باب محمد مكلف الاصل اثباتا للتشديد في اللغة ولم يثبت الا من
باب الافعال فقال الجوهري انقعت الدواء وغيره في الماء فهو منقع ونقع الماء نقع فنوعا اجمع وقال ابن الا ... ول
حدثنا الكرم محمد ونترحما نتقعونه اي يخلطونه بالماء ليصير شرابا وكل ما القي في ماء فقد انقع فقال نقعت الدواء
وغيره في الماء فهو منقع والنقوع بالفتح ما ينقع في الماء من الليل ليشرب نهارا وبالعكس والنقيع شراب يتخذ من زبيب
او غيره ينقع في الماء من غير طبخ م بالمنقع ش اي بالزبيب المنقع م وغير المنقع ش اي وبيع غير المنقع م منهما ش اي من التمر والزبيب
م عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك ش وبه قال الشافعي رحمه الله وقال الامام الحلواني ان
الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا ابتلت الحنطة وانتفخت اما اذا لم تنتفخ بعد
ذلك لكن بلت من ساعته يجوز اذا تساويا كيلا كذا في المحيط والذخيرة وفي المبسوط وذكر في بعض النسخ ابي حفص قول
ابي يوسف كقول ابي حنيفة وهو قوله الاخر اما قوله الاول كقول محمد م لانه ش اي لان محمدا م يعتبر المساواة في اعدل
الاحوال وهو المال ش وهو حالة الجفاف كما ذهب اليه في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد الا ان في بيع الرطب بالرطب
اعتبر المساواة في الحال م وابو حنيفة يعتبره ش اي يعتبر عدل الاحوال م في الحال ش علا باطلاق الحديث المشهور
وهو الحديث الذي اعتبر فيه المماثلة حالة البيع وهو حديث عبادة وغيره م وكذا ابو يوسف ش اي ذلك العين ابو يوسف

اعدل

بعدل الاحوال في الحال م علا باطلاق الحديث ش رجع الى قول ابي حنيفة وابي يوسف م الا انه ش اي الا ان ابا يوسف م ترك
هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ش اي لابي يوسف ومحمد في بيان دليلهما واراد به قوله عليه السلام اينقص اذا جف
الى اخر الحديث وهو حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه فبقي الباقي على القياس والمخصوص من القياس الا لا يلحق به
الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليس في معنى الرطب من كل وجه لان الرطوبة في الرطب مقصود وفي الحنطة غير مقصود
بل هو عيب فلهذا احدث بالقياس وجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول ش اراد بها بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها
الى اخره م وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها ش اي في هذه الفصول م يظهر ش في المال م بعد بقاء البدلين على الاسم الذي
عقد عليه العقد م اراد به بقاء الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف فوجد التغيير في المعقود عليه فلا يجوز م وفي الرطب بالتمر
مع بقاء احدهما ش اي احد البدلين م على ذلك ش اي على اسم التمر فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه ش فيكون مفسدا للعقد
م وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم ش اي اسم الرطب عن البدلين م فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ش
بعد العقد م ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر ش لان التمر اسم لثمرة النخل في اول ما ينعقد صورته وبعد
متساويا من حيث الكيل يدا بيد جاز بالاجماع م بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد ش اي الكلا
من التمر بكيل من الكفرى وبالعكس يدا بيد والكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصور وهو اسم لوعاء الطلع
الى المغرب وهو كم النخل اول ما ينشق م لانه ش اي لان الكفرى م ليس بتمر لان هذا الاسم له اي للتمر من اول ما تنعقد صورته
يعني التمر اسم لما يخرج من النخل من حين ينعقد صورته الى ان يدرك م لا مثله ش اي لا قبل الكفرى لانه واشتقاقه من
الكفر وهو الستر سمي به لانه يستر ما في جوفه من التمر ويسمى كافورا وكفرا ايضا والكفرى عددي متفاوت هذا جواب اشكال
ودليل قوله انه ليس بتمر فانه اذا لم يكن تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر في الكفرى فاجاب بقوله والكفرى عددي متفاوت
بين الصغر والكبر فلا يجوز ثم اوضح ذلك بقوله م حتى لو باع التمر به ش اي بالكفرى م نسيئة ش اي الى اجل م لا يجوز للجهالة
ش للتفاوت احاده لانه عددي متفاوت م قال ش اي القدوري في مختصره م ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم ش اي
بيع السمسم م بالشيرج حتى يكون الزيت ش في بيع الزيتون به ش اي ويكون الشيرج في بيع السمسم به م اكثر مما يكون في
الزيتون ش في بيعه بالزيت م والسمسم ش في بيعه بالشيرج م فيكون الدهن مثله ش اي مثل الدهن بانه ان الدهن الخالص اذا
كان اكثر من الدهن الذي في الزيتون او السمسم يجوز لان الدهن بالدهن م والزيادة بالثجير ش اي الزيادة من الدهن الخالص
بمقابلة الثجير ش وهو الثفل م لان عند ذلك ش اي عند مقابلة الدهن بالدهن ومقابلة الزائد بالثجير م يعري ش اي العقد
عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون ش قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجوز بيع الدهن بالسمسم كيف ما كان لان السمسم
كيلي والدهن وزني قلت السمسم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه وانه وزني والتمييز ممكن فاعتبر الدهن الذي فيه
احتياطا فان قلت لما كان المقصود هو الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا ويصرف الكثير الى الدهن تصحيحا
للعقد قلت السمسم له صورة يقصد لها ومعنى وهو الدهن فاذا بيع بجنسه يعتبر الصورة موجبا للتسوية فاذا بيع ل
الدهن يعتبر المعنى فيجب التسوية بين الدهن المحرز منه وبين الذي في السمسم عملا بالشبهين وفي فتاوى قاضي خان انما
بشرط ان يكون الخالص اكثر من الثفل في البدل الاخر شي له قيمة اما اذا كان شي لا قيمة له كما في الزايد يجوز بالمثل روى
ذلك عن ابي حنيفة رضي الله وقال زفر يجوز الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج مع الجهالة بانه اكثر منه او اقل متساويا
وقال الشافعي لا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج اصلا وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب
بعصيره والتمر بدبسه وفي الكافي اعلم ان بيع احدهما بالاخر على اربعة اوجه ان علم ان الزيت الذي في الزيتون اكثر من الزيت
المنفصل لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير وكذا ان علم انه مثله لان الثفل يكون فضلا
وان كان الزيت المنفصل اكثر جاز والفضل بالمثل وهذه الثلاثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او اكثر او اقل منه
صح عند زفر وعندنا لا يصح م وهذا ش اي ايضاح لبيان ما قبله م لان ما فيه ش اي ما في الموزون م لو كان اكثر او متساويا فالدهن
بالدهن وبعض الدهن ش يعني اذا كان بعض ما فيه اكثر م او الثجير وحده ش اي لو كان ما فيه متساويا م وقوله م فضل ش
خبر قوله والثجير فاذا كان فضلا يكون خاليا عن العوض م وان لم يعلم مقدار ما فيه ش اي ما في الموزون م لا يجوز لاحتمال
الربوا لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب وهو معنى قوله م والشبهة فيه كالحقيقة ش للاحتياط م والجوز
بدهنه ش كلام اضافي مبتدا وقوله م واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه معطوفات على المبتدا وقوله م على
هذا ش خبره معناه المدفن الخالص صحيح اذ يكون اكثر حتى يجوز جائز اذا كان الدهن الخالص اكثر من الدهن الذي في الجوز
والسمن الخالص اكثر مما في اللبن والعصير الخالص اكثر مما في العنب والدبس الخالص اكثر مما في التمر جاز والا
فلا م واختلفوا ش اي المشايخ م في القطن بغزله ش اي في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا فالاعظم يجوز

لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوي لان القطن ينقص اذا غزل
فصار كالحنطة مع الدقيق واتفقوا في ثوب القطن بالقطن انه جائز وبيع المحلوج بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر جاز
والا فلا وفي الايضاح والذخيرة بيع غزل القطن بالقطن لا يجوز متساويا وفي فتاوي قاضي خان لا يجوز الا متساويا او كان
احدهما من الوزن فلا بأس ببيعهما متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وعن محمد بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا
وعنه لا يجوز مطلقا وفي جمع العلوم بيع الجوزقة بالغزل جائز كيف ما كان على الاصح وقيل انما يجوز الاعتبار م والكرباس ش اي
وبيع الكرباس م بالقطن كيف ما كان ش يعني متساويا او غير متساو م يجوز بالاجماع ش لاختلافهما من كل وجه لان الكرباس بالصنعة
صار شيئا آخر م قال ش اي القدوري م ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ش وعن الشافعي لا يجوز بيع اللحوم المختلفة
متفاضلا وفي الوجيز وفي لحوم الحيوانات قولان اصحهما انها مختلفة م ومراده ش اي مراد القدوري من قوله اللحمان المختلفة لحم
الابل والبقر فاما البقر والجواميس فجنس واحد م وكذلك مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي ش يعني جنس واحد وقال الجوا
الابل العراب والخيل العراب خلاف البخاتي والبراذين وفي المغرب يقال فرس عربي وخيل عراب وقوم اي الجمع بين الاناسي والابل
والبخاتي جمع بختي منسوب الى بخت نصر لانه اول من جمع بين العربي والعجمي وقال الجوهري البخت من الابل معرب وبعضهم يقول هو عربي
الواحد بختي والانثى بختية وجمعه بخاتي غير مصروف لانه بوزن جمع الجمع ولك ان تخفف الياء م قال ش اي القدوري م وكذلك
البان الابل والبقر والغنم ش يعني يصح بيع بعضها بالبعض متفاضلا م وعن الشافعي انها ش اي اللحمان والالبان ش جنس واحد لاتحاد
المقصود ش اي من اللحم وهو التغذي والتقوي واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع الى الوصف وفي كتبهم اللحمان اجناس وهو ظاهر
المذهب واختيار المزني انتهى وقال مالك اللحوم ثلاثة اجناس الطيور والدواب اهليها ووحشيها والبحريات وبه قال احمد في احدى
روايتيه وفي رواية كقول الشافعي وفي رواية كقولنا وفي شرح الطحاوي ولو باع لحوم الشاة بشحمها او بأليتها او لحمها بصوفها يجوز
ذلك كيف ما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما واما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان ولو باع بعضها ببعض متفاضلا
يجوز ولا يجوز نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف ولو باع لحم الابل بلحم الغنم او بلحم البقر او لبنها بلبن الغنم او بلبن البقر يجوز كيف ما كان
ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها وفي الايضاح روي عن ابي يوسف انه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من نوع
واحد لانه لا يوزن في العادة غالبا م وكذا الاصول ش اي اصول اللحمان م مختلفة ش فكانت فروعها اجناسا والدليل على ان اصولها
مختلفة قوله م حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة ش يعني لا يكمل نصاب البقر بالابل او بالغنم م فكذا اجزاؤها ش اي اجزاؤها
م اذا لم تتبدل بالصنعة ش فاذا تبدلت تصير جنسين بسبب تبدلها بالصنعة وان اصلها واحدا كالزندنيجي مع الوذاري
والهروي مع المروي قال الاكمل فيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادهما فكأنه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء
اذا لم تتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا توجب وانما توجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل
كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الاصل كالدراهم المحشوة الخالية من
الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة بانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول م قال ش اي القدوري
م وكذا خل الدقل بخل العنب ش يعني يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا يدا بيد والدقل بتحريك الدال ردي التمر م للاختلاف بين
اصليهما ش لان الدقل غير العنب م فكذا بين مائيهما ش فكذا الاختلاف بين مائيهما م ولهذا ش اي ولاجل الاختلاف بين مائيهما م كان
عصيراهما جنسين ش باجماع الائمة الاربعة فان قلت لم خص الدقل والحكم في خل كل تمر كذلك قلت اجراء الكلام مجرى العادة
لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل م وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد ش فان الحبال الصلبة والمسوح انما
تتخذ من شعر المعز واللفافة واللبد تتخذ من صوف الغنم فان قلت الضأن والمعز جنس واحد ولهذا يكمل نصاب احدهما بالآخر فينبغي
ان يكون اجزاؤهما كذلك قلت لما اختلفت المقاصد في الاجزاء جعلت مختلفة كالية الشاة مع لحمها الا ترى ان احدهما
لا يصلح الآخر كما ذكرنا م وكذا شحم البطن بالالية ش يعني يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا م او باللحم ش اي او شحم البطن
باللحم م لانها ش اي لان الشحم والالية واللحم م اجناس مختلفة لاختلاف الصور جمع صورة واختلافها ظاهر لان الصورة
ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء م والمعاني ش اي واختلاف المعاني فلان حقيقة
كل واحد من هذه الاشياء تخالف حقيقة الآخر ولهذا لا يقع على احدها اسم الشحم وعلى الاخر اسم الالية وعلى الاخر اسم اللحم
م والمنافع اختلافا فاحشا ش اي واختلاف المنافع اختلافا فاحشا بحسب اختلاف اللحوم والشحوم والاليات فقال الاكمل فكأنه
اللطف وهذا تصوير في حق الطالب اما الالية فانها حارة رطبة اكثر من الشحم تصلح لمن به برودة ويبوسة وتنفع العصب
الجاسي وردية الغذاء والهضم واما الشحم من ذكور الحيوان اشد حرا من شحم الاناث وشحم الخصي اشد تسخينا فالحاصل في هذا
ان اصناف لحوم الحيوانات انما تكون بحسب مزاجها ونوع كل شحم تسخين وترطيب بدن الانسان وبقي اصنافه فيما اختلف
الزيادة والنقصان بحسب كل واحد من الحيوانات واما اللحم فانه غذاء يقوي للبدن واللحوم الفاضلة هي لحوم الضأن

والمعز

والمعز من العجاجيل والماعز ولحوم الصغار منها اقبل للهضم والطف غذاء ولحم الهرم والعجف ردي ولحم الاسود اخف
والذ وكذا لحم الذكر وفي اللحم كلام كثير موضعه كتب الطب م قال ش اي القدوري م ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
متفاضلا ش يعني اذا كان يدا بيد م لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من وجه ش بواسطة
الصنعة م والحنطة مكيلة ش بالنص وكذا الدقيق باعتبار انه جزء الحنطة الكيلية ومن جعله وزنيا باعتبار العرف
ولو لحق الجنسية بينه وبين الخبز لم يجمعهما القدر من كل وجه فلم يتحقق علة الربوا وهو وجود الوصفين م وعن ابي
حنيفة انه لا خير فيه ش اي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق يعني لا يجوز وهو نفي الجواز على وجه المبالغة لكونه
نفي الجنس وبه قال الشافعي واحمد وقال المصنف م والفتوى على الاول ش يعني على جواز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
وهو اختيار المتأخرين وذكر في النوازل عن ابي بكر ان بيع الحنطة بالخبز لا يجوز لا متفاضلا ولا متساويا وقال
ابو الليث هذا الجواب موافق قول ابي حنيفة خاصة كالحنطة بالدقيق وفي فتاوي قاضي خان بيع الخبز بالخبز متفاضلا
عددا او وزنا جائز في قول ابي يوسف ومحمد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة عند ابي حنيفة اذ الخبز ليس بعددي ولا وزني
عنده وقال محمد هو عددي وقال ابو يوسف هو وزني الا ان يكون قليلا لا يدخل تحت الوزن فيجوز الواحد بالاثنين وان
كان كثيرا لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز بيع الخبز بالخبز اذا كانا رطبين او احدهما وقال احمد يجوز فيهما الا اذا كانا رطبين
ولو كانا يابسين مدقوقين فعنه قولان احدهما يجوز والآخر لا يجوز ولو كانا يابسين غير مدقوقين لا يجوز لجهالة التماثل كما كانا
رطبين او احدهما م وهذا ش اي جواز بيع الخبز بالحنطة او بالدقيق م اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان
كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى ش اي على قول ابي يوسف لانه يجوز السلم في الخبز فيجوز عنده كيف ما كان
وذكر جواهر زاده يجب ان يفتى على قول ابي يوسف لا محالة م وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ش وهو قول ابي يوسف
واحترز به عن قولهما كذا قاله الاترازي وقال الكاكي احترز بقوله في الصحيح عما روي عن ابي حنيفة انه لا يجوز وفي المبسوط
واما السلم في الخبز فلا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول يجوز عندهما على
قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لانه لا يوقف على حده مخبزا وانه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز م ولا خير في
استقراضه عددا ش اي لا يجوز استقراض الخبز من حيث العدد م او وزنا ش اي او استقراضه من حيث الوزن م عند ابي حنيفة
لانه ش اي لان الخبز م يتفاوت بالخبز ش بالفتح من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة م والخباز ش اي ويتفاوت
ايضا بالخباز لان الخباز اذا كان حاذقا في هذا الباب يجيء خبزه احسن ما يكون والا فلا يجيء كما هو المطلوب م والتنور ش
اي ويتفاوت ايضا بالتنور لانه اذا كان جديدا يجيء خبزه جيدا بخلاف ما اذا كان عتيقا كذا قاله الشراح قلت يجب
قوة نار التنور وضعفها فان نار التنور اذا كانت قوية تحرق وجه الخبز ولا ينضج لبابه واذا كانت ضعيفة لا يخبز
جيدا والمعنى ان يكون النار معتدلة م والتقدم والتأخر ش اي ويتفاوت ايضا بحسب تقدم الخبز في اول التنور
وتأخره الى آخر التنور فان في آخر التنور النار قوية تحرق الخبز بذلك وفي اوله لا ينضج كما ينبغي والخباز اذا كان حاذقا
يدري كيف يرص الخبز فيه م وعند محمد يجوز بهما ش اي بالعدد والوزن م للتعامل ش اي لتعامل الناس بذلك وكذا ذكر قول
محمد في شرح الطحاوي والخلاف والحصر وخلاصة الفتاوى وذكر الولوالجي وصاحب الفتاوى الصغرى انه يجوز عند محمد عددا
ولا بد كالوزن وان كان لا يجوز السلم فيه عنده لا وزنا ولا عددا قال الولوالجي وكان محمد ترك القياس في جواز استقراضه
عددا للتعارف بالناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع م وعند ابي يوسف يجوز ش اي استقراض الخبز م وزنا ش اي
من حيث الوزن م ولا يجوز عددا ش اي من حيث العدد م للتفاوت في آحاده ش اي لاجل التفاوت في افراد الخبز فلا يتحقق التساوي
وعليه الفتوى وفي المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز ولو كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز ولو باع
كرات الخبز يجوز نقدا او نسيئة كيف ما كان عند صاحبه وللشافعي في الاستقراض وجهان كما في السلم احدهما لا يجوز كما قال
ابو حنيفة وهو الاصح عند صاحب التهذيب والثاني يجوز وبه قال احمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة العامة واطباق
الناس عليه وعلى قول يجوز استقراضه ويجب رد مثله وزنا فيجب ان يكون العوض معلوم القدر كذا في شرح الوجيز م
قال ش اي القدوري في مختصره م ولا ربوا بين المولى وعبده ش لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الربوا وهذا ش
اي عدم كون الربوا بين المولى وعبده م اذا كان ش اي العبد م مأذونا له ش في التجارة م ولم يكن عليه دين اما اذا كان عليه
دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما يتعلق به ش اي بما في يد العبد م حق الغرماء فصار ش اي العبد
كالاجنبي ش من مولاه م فيتحقق الربوا كما يتحقق ش اي الربوا م بينه ش اي بين المولى م وبين مكاتبه ش لان المكاتب صار كالحر
يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربوا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره م قال ش اي القدوري م ولا بين المسلم والحربي ش اي
ولا ربوا ايضا بين المسلم الذي دخل دار الحرب بامان وباع درهما بدرهمين وكذا اذا باع خمرا او خنزيرا او ميتة او قامر هو

واخذ المال كل ذلك يحل له اذا كان ذلك في دار الحرب م عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ش ومالك واحمد لما
ش اي لابي يوسف والشافعي م الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ش يعني المستأمن من اهل الحرب الذي دخل دارنا بامان تجري
الربوا بينه وبين المسلم فكذلك تجري بينه وبين المسلم في دار الحرب قياسا عليه بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المتحقق
بعقد البيع م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ش هذا الحديث
غريب ليس له اصل مسند وقال الكاكي ولنا الحديث المذكور في المتن وفي المبسوط عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا ربوا بين المسلم الحديث وهو الحديث وان كان مرسلا فمكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول وقال الاكمل ولابي حنيفة
ومحمد ما روى مكحول الى اخره ثم قال كذا ذكر محمد بن الحسن وذكره الاترازي كذا ثم قال كذا في شرح ابي بكر قلت اسند البيهقي
في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي قال قال ابو يوسف رحمه الله انما قال ابو حنيفة رضي الله عنه هذا لان
بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين اهل الحرب اظنه قال واهل الاسلام
قال الشافعي وهذا ليس بثابت ولا حجة فيه انتهى قلت لا نسلم عدم ثبوته لان رجلا له قدر الامام لا يستغني ان يحتج بنفسه
من غير ثبت من غيره بل واضح وانما قوله ولا حجة فيه فبالنسبة اليه لان مذهبه عدم العمل بالمرسلات الا مرسل سعيد بن
المسيب والمرسل عندنا حجة على ما عرف في موضعه والله اعلم م ولان ماله ش اي مال اهل الحرب م مباح في دارهم ش لانه غير
معصوم بل هو على اصل الاباحة فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه ش اي في اخذه م غدر ش لان الغدر حرام
م بخلاف المستأمن منهم ش هذا جواب عن قياس ابي يوسف والشافعي بتعريض ما قاله بقوله م لان ماله ش اي مال المستأمن م صار محظورا
ش اي ممنوعا اخذه م بعقد الامان ش ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة وفي المجتبى وفي الكفاية مستأمن منا اسلم هناك او ذميا
في دارهم او من اسلم هناك سا من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربوات وبيع الميتة جاز عندهما خلافا لابي يوسف
والائمة الثلاثة والله اعلم بالصواب ○

باب الحقوق

ش اي هذا باب في بيان احكام
الحقوق وهو جمع حق وهو ما يستحقه الرجل وله معان اخر منها الحق ضد الباطل وقال بعض الشراح كان من حق مسائل هذا الباب
ان يذكر بالفصل المتصل باول كتاب البيوع لان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير وهناك هكذا وقع فكذا هنا وقيل
الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل المتبوع م ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى اي لا يدخل في بيعه
المنزل الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له ش اي الا ان وقت شرائه المنزل اشتريته بكل حق هو له م او بمرافقه ش اي
او يشتريه بمرافقه بان يقول اشتريته بمرافقه وفي المغرب مرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما الواحد مرفق بكسر الميم
وفتح الفاء لا غير م او بكل قليل وكثير هو فيه ش اي او الا ان يشتريه بكل قليل وكثير هو فيه م اي في المنزل او منه ش اي
من المنزل وههنا ثلاثة اشياء المنزل والبيت والدار وفرق المصنف كلها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحكام لا
بتصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه فقال م ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ش اي البيت الاعلى
م ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو ش الذي عليها م والكنيف ش اي وله الكنيف ايضا وهو المستراح م جمع ش اي محمد في الجامع
الصغير م بين اسم البيت والمنزل والدار فاسم الدار ينتظم العلو ش يعني يشمله من غير تنصيص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق
م لانه ش اي لان العلو م اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه ش فلا يخرج عنه م فيدخل فيه ش اي في الا
فوق شرح نظم الجامع الكبير الدار اسم في اللغة لقطعة ارض ضربت لها حدود وميزت عما يجاورها بادارة خط عليها فيبنى
في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك ولا فرق فيما اذا كانت الابنية
بالماء والتراب او بالخيام والقباب م والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله ش اي مثل البيت م والشيء لا يكون تبعا لمثله
لان تبع الشيء ادنى منه لا محالة لا مثله وبين نتيجة هذا بقوله م فلا يدخل فيه ش اي فلا يدخل العلو في شراء البيت م الا
بالتنصيص عليه ش اي على اسم العلو بذكره والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يرد عليه هذا المستعير فان له
ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعملين والاجارة والمكاتب ايضا فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون
اللفظ ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتعدى ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد
وذو فرض المسالة في خلوه ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك بان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عمارة المستعير
اصلا لا تبعا ولا اصالة وانما ملك الاعارة لانه تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز له ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف
باختلاف المستعمل حذرا عن وقوع التغيير والمكاتب لما اختص بمكاسبه كالحر يتصرف ما يوصله الى المقصود في كاتبه عبده
الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة م والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى ش اي منافعها م مع ضرب
قصور ش يعني لكن فيه قصور م اذ لا يكون ش اي لانه لا يكون م فيه منزل الدواب ش وما يجري مجرى ذلك م فلشبهه ش اي
فلشبهه المنزل م بالدار يدخل فيه العلو تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه ش اي بدون ذكر

لان المنزل له منزلة بين المنزلتين وقال السرخسي المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن لا يكون
فيه صحن قال في الفوائد المنزل اسم لبيتين او ثلاثة ينزل فيه ليلا او نهارا والعلو ان كان محلا للنزول فيه فهو دون السفل في احتمال
السكنى لان السفل يحتمل السكنى بنفسه ودوابه والعلو لا يحتمل السكنى للدواب فكان اصلا من وجه تبعا من وجه فلو ذكر
الحقوق يدخل والا فلا فيكون منزلة بين منزلة الدار وبين منزلة البيت وهكذا ذكر في جامع قاضي خان م وقيل في عرفنا
يدخل العلو في جميع ذلك ش اي الدار والمنزل والبيت وقال الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير هذا المعنى الذي
ذكر لاهل عرفهم وفي عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها لان في عرفنا الدار والمنزل والبيت الكل واحد وقال
المصنف م لان كل بيت يسمى خانه ش وفي بعض النسخ لان كل مسكن يسمى خانه م ولا يخلو عن علو ش يعني في عرف بلاد العجم يسمى كذلك
سواء كان المسكن صغيرا او كبيرا ولفظ خانه بالخاء المعجمة وهو اسم البيت بالعجمي م وكما يدخل العلو في جميع ذلك يدخل الكنيف ش
وهو المستراح م لانه من توابعها ش اي من توابع الدار او في بعض النسخ من توابعه قال الكاكي اي من توابع الدار لانه يجوز فيه
التذكير لانه مؤنث غير حقيقي ولان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والكنيف مما ادير عليه الحائط فيكون من الدار فيدخل
تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق م ولا يدخل الظلة ش وهي الساباط الذي احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار
اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب قول الفقهاء ظلة
الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب م الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة ش وهو قوله بكل حق هو له او مرافقه او بكل
قليل وكثير هو فيه م لانه ش اي لان الظلة على تاويل الساباط م مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه ش اي حكم الطريق م
وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م ان كان مفتحه ش اي مفتح الظلة في الدار يدخل ش اي في البيع م من غير
ذكر شيء مما ذكرنا ش من المرافق والحقوق م لانه ش اي لان الظلة م من توابعه ش اي من توابع الدار م فشابه الكنيف ش حيث
يدخل من غير ذكر شيء من الحقوق والمرافق م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى بيتا في دار او منزلا ش اي او اشترى
منزلا م او مسكنا ش اي او اشترى مسكنا م لم يكن له الطريق الا ان يشتريه ش اي المشتري م بكل حق هو له م او بمرافقه ش اي او
يشتري بمرافقه م او بكل قليل وكثير ش اي او يشتري بكل قليل وكثير هو منه او فيه فيكون له الطريق حينئذ وقال الكاكي
المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة [illegible] م وكذا الشرب ش بكسر الشين المعجمة اي لا يدخل في الارض
م والمسيل ش اي وكذا المسيل الماء او القاء الثلج في ملك انسان لا يدخل من غير ذكر ما ذكرنا م لانه ش اي لان كل واحد
من الطريق والشرب والمسيل م خارج عن الحدود ش اي حدود المبيع فكانت هذه الاشياء اصلا بنفسها من حيث انه مقصود
بالبيع م الا انه من التوابع ش من حيث انه لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع بالمبيع فكانت تابعة م فيدخل
بذكر التوابع ش اي بذكر الحقوق والمرافق وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق
الذي افلح والطريق عام فيدخل قبل البيع حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا اخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت
البيع الطريق الثاني لا الطريق الاول م بخلاف الاجارة ش يعني تدخل هذه الاشياء في الاجارة بدون ذكر الحقوق وبه
قال الشافعي م لانها ش اي لان الاجارة م تعقد للانتفاع ولا يتحقق ش اي الانتفاع م الا به ش اي بالطريق م اذ المستاجر لا يشتري
الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منها ش اي من الاجارة بيان هذا ان البيع شرع لتمليك العين لا
لتمليك المنفعة ولهذا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالجحش والمهر الصغير والارض السبخة والاجارة لا تصح فيه والانسان
قد يشتري ليبيعه ليربح وقد يشتريه للانتفاع فكان المقصود منه تمليك العين لا الانتفاع لا محالة فلا ضرورة في ادخال
هذه الاشياء في البيع فلا يدخل الا بالذكر كذا في جامع قاضي خان وفي الكافي ولهذا لو استاجر علوا واستثنى الطريق فسدت
الاجارة بخلاف البيع فانه لو اشترى علوا واستثنى الطريق صح لان موجب البيع تمليك الرقبة والانتفاع من ثمراته اما الا
للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق م اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه ش اي بدون الطريق لان المشتري عادة يشتريه ش اي
يشتري الطريق والشرب والمسيل ووحد الضمير لكل واحد او بتاويل المذكور م وقد يتجر فيه ش اي في شرائه م فيبيعه
من غيره فحصلت الفائدة ش المطلوبة م

باب الاستحقاق ○

ش اي هذا باب في بيان حكم الاستحقاق
والمطلب الحق وذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى م ومن اشترى جارية فولدت عنده ش اي عند
المشتري اي ولدت من غير مولاها وفي الكافي ولدت لا باستيلاده م فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها ش اي فان المستحق
ياخذ الجارية م وولدها ش اي ياخذ ولدها معها ايضا م وان اقر بها ش اي بانها او بالجارية م لرجل لم يتبعها ش اي لم يتبع الجارية
ولدها ش اي لا ياخذ المقر له الولد وياخذ الامة فقط م ووجه الفرق ش اي بين البينة والاقرار حيث ياخذ الجارية وولدها في
البينة وياخذ الجارية فقط في الاقرار م ان البينة حجة مطلقة ش يعني غير مقتصرة على المقضي عليه بل هي حجة في حق كافة
الناس وفي الكافي البينة حجة متعدية حتى تظهر في حق كافة الناس والاقرار لا حتى يقتصر على المقر م فاثبات ش اي فان البينة

م كأنها مبينة ش من التبيين وهو الاظهار واصله من البيان وهو الظهور م فيظهر بها ش اي بالبينة م ملكه ش اي ملك الرجل
المستحق م من الاصل ش يعني في حق الجارية والولد جميعا والولد كان متصلا بها ش اي بالجارية م فيكون ش اي الولد م له ش
اي للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على البعض م اما الاقرار حجة قاصرة ش فيظهر في حقه دون غيره م فيثبت الملك في المخبر
به ش اي مقصورا على ما اقر به وهو الجارية م ضرورة صحة الاخبار ش اي لاجل ضرورة صحة اخبار المخبر م وقد اندفعت ش
اي الضرورة م باثباته ش اي باثبات الملك م بعد الانفصال ش اي انفصال الولد فلا يظهر الالحاق بالولد م فلا يكون الولد
له ش ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالاقرار م ثم قيل ش اشار بهذا الى اختلاف المشايخ في فصل
الاستحقاق بالبينة في ان الولد في القضاء بالام يدخل تبعا ام لا فقال بعضهم يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ش اي تبعا
للام لانه لما ظهر الملك في الجارية من الاصل يدخل في الاولاد م وقيل يشترط القضاء بالولد ش على حدة لانه اصل يوم القضاء
لكونه منفصلا عن الام فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح م واليه ش اي الى هذا القول وهو اشتراط القضاء بالولد م تشير
المسائل ش وبين ذلك بقوله م فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد ش يعني اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد م قال ش اي
محمد رحمه الله تعالى م لا تدخل الزوائد في الحكم ش بالاصل فيجب الحكم بالزوائد ايضا م وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل في الحكم
ش اي حكم القاضي م بالام تبعا ش اي من حيث التبعية للام لانها منفصلة من الاصل يوم القضاء فلا بد من القضاء في الولد لعدم دخوله
اذا كان في يد الغائب في القضاء بالام لانه اذا دخل حينئذ يكون قضاء على الغائب م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى
عبدا فاذا هو حر ش كلمة اذا للمفاجأة اي فظهر انه حر م وقد قال العبد ش اي والحال ان العبد قد قال م للمشتري اشترني فاني
عبد له ش انما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع اني عبد ولم يأمره بالشراء وقال اشترني ولم يقل اني عبد لا يرجع على
الثمن في قولهم كذا ذكره الامام التمرتاشي في جامعه محالا الى شيخ الاسلام خواهرزاده م فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة
معروفة ش اي يدرى مكانه م لم يكن على العبد شيء ش لان البائع هو الذي اخذ ماله فوجب ان يسترد منه والعبد لم يأخذ منه
شيئا م وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ش بالثمن لانه غره حيث امره بالشراء واتلف ماله م ورجع هو
ش اي العبد م على البائع ش اذا قدر عليه لانه ادى عنه م وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية ش يعني ان ارتهن رجل عبدا مقرا
بانه عبد للراهن م فوجده حرا ش اي فوجد العبد المرتهن وهو حر م لم يرجع عليه ش اي لم يرجع المرتهن على العبد بشيء م على كل حال
ش اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا اية غيبة كانت م وعن ابي يوسف انه لا يرجع فيهما ش اي ان كل واحد من البائع والمرتهن
لا يرجع على العبد في البيع والرهن م لان الرجوع ش انما يكون م بالمعاوضة ش في المبايعة م او بالكفالة ش اي او بكفالة العبد الثمن
ولم يوجد واحد منهما م والموجود ليس الا الاخبار كاذبا ش بانه عبد وقال فخر الدين الحسن بن منصور بن محمود الاوزجندي المعروف
بقاضي خان في شرح الجامع الصغير وهذه المسالة دليل على ان العبد اذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة فاذا اداه
استوفاه من البائع رجع عليه ثم يرجع العبد على البائع اذا حضر لانه ادى ضمانا عليه م فصار ش حكم هذا م كما اذا قال
الاجنبي ذلك ش بان قال اشتره فانه عبد فظهر حرا م او قال ش اي الاجنبي م ارتهنه فانه عبد ش فظهر حرا ليس عليه شيء ثم ذكر
المسألة الثانية ش وهي قوله وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م ان المشتري شرع في الشراء
معتمدا على امره ش اي امر العبد حيث قال اشترني فانا عبد م واقراره ش بقوله م اني عبد اذ القول ش اي لان القول
في الحرية له ش اي للعبد لانه متمسك بالاصل اذ الاصل الحرية م فيجعل العبد بالامر بالشراء ش اي بقوله اشترني م
ضامنا للثمن له ش اي للمشتري م عند تعذر رجوعه ش رجوع المشتري م على البائع م دفعا للضرر ش عن المشتري او الغرور
ش اي ولاجل الغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر
الامكان م ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه ش اي لا تعذر في الرجوع الا في الذي لا يعرف مكانه لعدم القدرة عليه م
والبيع ش كانه جواب عما يقال من جهة ابي يوسف كيف فرقتم بين البيع والرهن في الرجوع وعدمه فاجاب بقوله م والبيع
عقد معاوضة ش يستحق العقد بها السلامة م فامكن ان يجعل الامر ش على وزن اسم الفاعل م ضامنا للسلامة ش اي لسلامة
المبيع للمشتري م كما هو موجب ش اي موجب البيع لان موجبه سلامة المبيع للمشتري م بخلاف الرهن فانه ليس بمعاوضة
ش وهو ظاهر م بل هو ش اي الرهن م وثيقة لاستيفاء عين حقه ش من غير عوض م حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه
مع حرمة الاستبدال ش حتى اذا هلك يقع الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا براس مال السلم او بالمسلم
فيه وهو حرام وكذا ببدل الصرف فلم يكن هذا غرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا قلنا لو قال لرجل
اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فسلبه اللصوص لا يضمن المخبر لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن ايضا م فلا
يجعل الامر به ش يعني اذا لم يكن معاوضة لم يجعل الامر م ضامنا للسلامة ش فلا يجب عليه شيء م بخلاف الاجنبي ش عطف

على قوله بخلاف الرهن يعني اجبار الاجنبي بكونه عبدا لا يقتضي الى البيع م لانه ش اي لان الاجنبي م لا يعبأ ش اي لا يبالي م بقوله
ش له فلا اعتماد على قوله م فلا يتحقق له الغرور ش بقوله لعدم الالتفات به م ونظير مسالتنا ش وهي ان الغرور في المعاوضات
التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان نظيرها م قول المولى ش للناس من اهل السوق م بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له
ش في التجارة فبايعوه ولحقه ديون م ثم ظهر الاستحقاق ش اي ثم ظهر انه حر م فانهم ش اي فان الذين بايعوه م يرجعون عليه ش
اي على المولى بديونهم م بقيمته ش اي بقدر قيمته م ثم وضع المسالة ش بقوله فاذا هو حر م ضرب اشكال على قول
ابي حنيفة لان الدعوى شرط لحرية العبد عنده ش اي عند ابي حنيفة وقوله انا حر بعد قوله انا عبد مناقض والتناقض
يفسد الدعوى فكيف تثبت الحرية ش واجابوا عنه بجوابين اشار المصنف الى الجواب الاول بقوله م وقيل ان كان الوضع
في حرية الاصل ش فلقبول البينة وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ وهو عدم اشتراط الدعوى لقبول الشهادة على حرية
الاصل وهو معنى قوله م فالدعوى فيها ليس بشرط عنده ش اي عند ابي حنيفة م لتضمنه تحريم فرج الام ش اي لتضمن الدعوى
اي دعوى حرية الاصل وذكر الضمير الراجع الى الدعوى على معنى الادعاء واشار الى الوجه الثاني بقوله م وقيل هو شرط ش
اي الدعوى شرط على تأويل الادعاء م لكن التناقض ش هنا لم يمنع صحة الدعوى فانه م غير مانع لخفاء العلوق ش اي حال العلوق
وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو وقوله م وان كان الوضع في الاعتاق ش هذا الجواب الثاني اراد انه ان
كان المراد به الحرية بعتاق عارض فالتناقض ش في الدعوى م لا يمنع ش صحة الدعوى في العتق لانه امر يجري فيه الخفاء م ه
لاستبداد المولى به ش اي لتفرد المولى بالاعتاق من حيث لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك م وصار ش هذا م كالمختلعة
ش اي كالمرأة التي اختلعت م تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع ش فانه يقبل ذلك منه وان ناقضت للخفاء في
تطليقه لاستبداده به وانما قيد بالثلاث لان فيما وراءها يمكن ان يقيم الزوج انه قد تزوج بعد الطلاق الذي اثبتته
المرأة قبل يوم او يومين واما في الثلاث فلا يمكن ذلك م والمكاتب ش اي والمكاتب م يقيمها ش اي يقيم البينة م على الاعتاق قبل
الكتابة ش فانه يقبل منه لاستبداد سيده بالتحرير ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعدما اقاما البينة
على ما ادعياه وقال الناطفي في الاجناس رجل باع غلاما وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع انا حر لا يقبل قوله ولو
عبد وذا في مختصر الطحاوي وقيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فهذا اقرار منه بالرق م قال ش محمد في الجامع الصغير م
ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا ش فانكر المدعى عليه م فصالحه الذي هو في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا
ذراعا منها ش اي موضع ذراع منها م لم يرجع بشيء ش اي لم يرجع المدعى عليه على المدعي م لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا
الباقي ش فلا يثبت حق الرجوع بالشك م وان ادعاها كلها ش اي كل الدار فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء يرجع بحسابه
لان التوفيق غير ممكن ش لانه ادعى كل الدار فصالح على ذلك فاستحق بعض الدار والمائة كانت وقعت بدلا عن كل الدار
لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع م فوجب الرجوع ببدله ش اي بحصته م عند فوات
سلامة المبدل ش لانه اخذ ذلك القدر من البدل بغير حق وقال المصنف رحمه الله م ودلت المسالة على ان الصلح عن المجهول
على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة ش ودلت المسالة ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة
الصلح لان دعوى الحق في الدار لا يصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق
فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة والابراء عن المجهول جائز عندنا ه م

فصل في بيع الفضولي

ه ش اي هذا فصل في بيان حكم بيع الفضولي وهو نسبة الى الفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وفي
المغرب وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض
ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ انتهى كلامه ه وقيل
الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا اذن شرعي كالاجنبي يزوج او يبيع ولم يرد في النسبة الى الواحد وان كان
هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصاري والاعرابي وقال الاكمل مناسبة هذا الفصل بباب
الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك
فانما باعك بغير اذني فهو مثل بيع الفضولي قلت لا يقال مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق وانما يقال لهذا
الفصل داخل في هذا الباب الذي قبله لان الداب عند المصنفين اذا ذكروا فصلا او فصلين او اكثر عقيب باب
يقولون هذا داخل في الباب الذي قبله وانما يفردونه بالذكر لانه ليس بداخل فيه من كل وجه فافهم م قال ش اي القدوري
رحمه الله م ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ ش وبه قال مالك واحمد في رواية
م وقال الشافعي لا ينعقد ش اي بيع الفضولي لا ينعقد اصلا وعنده تصرفات الفضولي كلها باطلة في الجديد وبه قال
احمد في رواية وفي القديم كمذهبنا م لانه ش اي لان بيع ملك غيره م لم يصدر عن ولاية شرعية ش قال الكاكي احترز

عن الولاية الحسية فانها تثبت بمجرد اليد سواء كانت اليد حقا او لا وقال مخرج معنى لم يصدر عن ولاية شرعية انه اضاف التصرف الى محل ليس له ولاية عليه فيلغو م: لانها ش: اي لان الولاية الشرعية م: تثبت بالملك ش: المطلق للتصرفات م: او باذن المالك ش: الذي له ولاية التصرف م: وقد فقدا ش: على صيغة المجهول اي فقد الملك والمالك يعني لم يوجدا م: ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ش: اي بالولاية الشرعية وقد عدمت ولقوله عليه السلام لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك م: ولنا انه ش: اي ان بيع الفضولي م: تصرف تمليك ش: الاضافة فيه من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور وانما يتصور تصرف تمليك فلان ركن البيع تمليك مال بمال وهو قصد ايقاعه تمليكا في محل قابل للملك ولكن لا ينفذ في الحال قبل الاجازة لئلا يتضرر المالك وقال الكاكي وقيد التصرف بالتمليك احترازا عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعتاق بمال او بغير مال من الصبي والمجنون فان هذه التصرفات منهما لا تصح ولا يتوقف على اجازة المولى ولا على اجازة نفسهما بعد البلوغ والافاقة بخلاف ما اذا اشترى الصبي شيئا او تزوج امراة او زوج امته فان هذه التصرفات منه يتوقف على اجازة المولى او اجازة نفسه بعد البلوغ ولا يجوز بنفس البلوغ بغير اجازة بعده م: وقد صدر ش: اي والحال ان هذا العقد قد صدر م: من اهله ش: وهو كونه عاقلا بالغا م: في محله ش: اي في محل العقد وهو كونه مالا متقوما م: فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه ش: اي في هذا العقد م: للمالك مع تخييره ش: اي مع كونه مخيرا بين الاجازة والفسخ م: بل فيه ش: اي في هذا العقد م: نفعه ش: اي نفع المالك م: حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره ش: وهو حقوق العقد فانها لا ترجع الى المالك م: وفيه ش: اي في هذا العقد م: نفع العاقد بصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري لانه اقدم عليه طائعا ولولا النفع لما اقدم عليه م: فثبتت القدرة الشرعية ش: وهو التصرف الذي ينعقد به العقد وهذا جواب عن قول الشافعي ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية م: تحصيلا لهذه الوجوه ش: اي لاجل تحصيل هذه الوجوه وهي كفاية مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن ونفع العاقد بصون كلامه عن الالغاء م: كيف وان الاذن ثابت دلالة ش: هذا جواب عن قول الشافعي لان الولاية الشرعية باذن المالك وقد فقد الاذن فقال كيف لا ينعقد بيع الفضولي لعدم الاذن من المالك والحال ان الاذن ثابت دلالة اي في حق انعقاد العقد لاشتماله على النفع م: لان العاقل ياذن في التصرف النافع ش: وقيل قوله وكيف لا الى اخره جواب عما يقال لعدم الملك او الاذن ولو وجدا فاجاب عن ذلك بقوله وكيف لا الى اخره فان قيل لو كان الاذن ثابتا دلالة فيما هو نافع يكون الرضا من المالك متحققا دلالة فينبغي ان لا يثبت له الخيار قلنا الاذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضار وفي الانعقاد نفع محض من وجه وفي النفاذ بغير اختياره ضرر فلا يثبت الاذن في حقه فلذلك تخير والجواب عن حديث حكيم بن حزام الذي استدل به الشافعي وهو نهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عنده لان مطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه انه كان يبيعه ثم يشتريه ويريد تسليمه بحكم ذلك العقد والدليل عليه انه قال يا رسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وقال الاترازي في استدلال اصحابنا ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيره في حديث عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بالشاة والدينار فدعا له بالبركة انتهى وقال الكاكي ولنا ما روي انه عليه السلام دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضي الله عنه ليشتري له اضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الاخر الى النبي صلى الله عليه وسلم واخبره بذلك فقال عليه السلام بارك الله في صفقتك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشتراه له عليه السلام بغير امره واجاز عليه السلام بيعه ثم قال وفي كتب الحديث ان عروة البارقي وحكيم بن حزام يعني روي الحديث عن الاثنين قلت اما حديث عروة البارقي فرواه الترمذي حدثنا احمد بن سعيد الدارمي ثنا حبان ثنا هارون بن موسى ثنا الزبير بن الخريت عن ابي لبيد عن عروة البارقي قال دفع الي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لاشتري له شاة فاشتريت له شاتين فبعت احدهما بدينار وجئت بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ما كان من امره فقال بارك الله لك في صفقة يمينك فكان يخرج بعد ذلك الى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من اكثر اهل الكوفة مالا واخرجه ابن ماجة عن احمد بن سعيد واما حديث حكيم بن حزام ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حكيم بن حزام يشتري له اضحية بدينار فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار ورواه ابو داود عن محمد بن كثير فلما اخرج الترمذي الحديثين سكت عنهما الا انه قال وحبيب بن ابي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام وابو لبيد اسمه لمازة وفي اسناد ابي داود مبهم وقيل حديث حكيم لا يصح لانه منقطع وفي اسناده

مجهول لكن الانقطاع في اسناد الترمذي والمجهول في اسناد ابي داود وقال ابن العربي حديث عروة صحيح واما الابهام الذي في اسناد ابي داود فانه روى عن شبيب بن غرقدة حدثني الحي عن عروة البارقي الحديث وقال الخطابي يعني الحي حدثوه وما كان سبيله هذا من الرواية لم تقم به الحجة ووقع في رواية الكرخي عن شبيب بن غرقدة سمع من قومه عن عروة البارقي وروى ايضا من حديث سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحي عن عروة البارقي الحديث وهذا الاسناد ما فيه ابهام وهو صحيح كما قال ابن العربي م: قال ش: اي المصنف رحمه الله م: وله الاجازة ش: اي وللمالك اجازة المبيع الذي عقد الفضولي م: اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه ش: اي من قيام العقد م: وذلك ش: اي قيام العقد م: بقيام العاقدين والمعقود عليه ش: كما في الانشاء ومما في الفضولي مما يشترط لصحة الاجازة في البيع لا في النكاح حتى لو زوج رجل ابنته الصغيرة من رجل غائب ثم مات الاب وبلغ الزوج النكاح فاجاز ذلك فهو جائز وهذا نص ان موت الاب لا يقطع نكاح الصغيرة كذا في الفصول للاستروشني م: واذا اجاز المالك ش: البيع م: كان الثمن مملوكا له ش: اي للمالك م: امانة في يده ش: اي في يد الفضولي م: بمنزلة الوكيل ش: فان الوكيل بالبيع اذا باع وقبض الثمن فانه امانة في يده م: لان الاجازة اللاحقة ش: في بيع الفضولي م: بمنزلة الوكالة السابقة ش: في البيع بالوكالة من حيث ان كلا منهما يثبت الحكم ويرفع المانع والمال في يد الوكيل امانة فكذا في يد الفضولي فان قلت ليس كذلك لان المشتري من الفضولي اذا باع ثم اجاز المالك البيع بطل البيع الثاني ولو كان البيع الاول صدر من الوكيل لا يبطل البيع الثاني قلت الملك البات اذا طرأ على ملك موقوف ابطله وقد طرأ الملك البات للمشتري الاول فابطل الملك الموقوف الذي كان للمشتري الثاني ونظيره تزوج امة بغير اذن مولاها فمات المولى فانه لا ينعقد باجازة الوارث لان ملك المتزوج للامة موقوف وملك الوارث فيها ملك بات فيبطل الملك الموقوف بطريان ذلك الملك البات م: وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة ش: اي قبل اجازة المالك البيع م: دفعا للحقوق عن نفسه ش: لما ان الحقوق ترجع الى الوكيل وهو بالاجازة يصير بمنزلته في رجوع الحقوق اليه فله ان يفسخه لدفع الضرر عن نفسه وكذلك للمشتري ان يفسخه فان قيل في القول بجواز فسخه قبل الاجازة ضرر للمالك لما ذكرنا ان للمالك فيه نفع فيفوت ذلك بالفسخ فكان ضرر المالك يحصل في ضمن دفع الضرر عن نفسه فلا يعتبر م: بخلاف الفضولي في النكاح ش: حيث لا يجوز له ان يفسخه قبل اجازة الموقوف له او فسخه لان الحقوق لا ترجع اليه لانه معبر محض وسفير فاذا عبر انتهى امره فصار بمنزلة الاجنبي بخلاف الفضولي في البيع لانه لا ينتهي امره بالبيع لما ذكرنا ان الحقوق ترجع اليه وقال الكاكي قال شيخي صاحب العلامة قال صاحب النهاية رحمه الله هذا اذا كان الفسخ بالقول اما اذا كان الفسخ بالفعل بان زوج الفضولي رجلا امراة برضاها فقبل اجازته زوجه اختها كان ذلك نقضا للنكاح الاول كذا ذكره في الفصول الاستروشني م: هذا ش: اي ما قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه م: اذا كان الثمن دينا ش: اي في بيع الفضولي كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف في الذمة بغير عينه م: فان كان عوضا ش: اي متعينا بالتعيين م: معينا ش: عينه في العقد م: انما تصح الاجازة اذا كان باقيا ايضا ش: فصار هنا قيام خمسة اشياء شرط البائع والمشتري والمالك والمبيع وقيام ذلك العرض وفيما اذا كان الثمن دينا تشترط قيام الاربعة من الخمسة المذكورة فقط والخامس وهو العرض ليس بشرط وفي الفصل الاول قيام الثمن ليس بشرط فان اجاز المالك بعد قيام الاربعة جاز البيع ولو لم يجز المالك البيع وفسخه انفسخ البيع وله ان يسترد المبيع ويرجع المشتري بالثمن على البائع ان كان نقد ولو مات المالك قبل الاجازة انفسخ البيع م: ثم الاجازة ش: اي الاجازة في بيع المقايضة يعني فيما اذا كان الثمن عرضا م: اجازة نقد ش: اي نقد الثمن من ماله لان كل العوضين اذا كانا عرضا كان العقد شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على الفضولي فيصير ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل الملك اليه فيكون تاثير الاجازة في ان ينقد الفضولي الثمن من مال المجيز وهذا استقراض حصل في ضمن الشراء فيصح حكما له كما لو قال اشتر لي عبد فلان بعبدك هذا فاشتراه جاز وعلى الامر قيمة عبد المامور لانه صار كالمستقرض لعبده فيجب عليه مثله ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن م: لا اجازة عقد ش: لانه نفذ م: حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي ش: كما ذكرناه الان م: وعليه ش: اي وعلى الفضولي م: مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن له مثل لانه ش: اي لان البيع بالعرض م: شراء من وجه ش: لانه بيع مقايضة م: والشراء لا يتوقف ش: اي على اجازة من اشترى له لان الاصل في التصرفات النفاذ والتوقف للضرورة ولان الاصل في تصرف الانسان ان يكون واقعا على نفسه فان قلت لو كان كذلك لما صح العقد اذا باع الوكيل بالعرض لان الموكل وكله بالبيع لا بالشراء قلت صح لان التوكيل بالبيع مطلق والبيع يكون بالدين والعين والموكل عالم بذلك فلما اطلق الوكالة صار كانه قال بعه بأي طريق شئت فيجوز باي طريق باع م: ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث ش: اي وارث المالك م: في الفصلين ش: اي فيما اذا كان الثمن عرضا او دينا فان قلت هو في الفصل الثاني مشتري فكان ينبغي ان ينفذ الشراء في حق الفضولي

مكت لا ينفذ لعجزه عن تسليم الثمن لانه ملك الغير وقد مات المالك قبل الاجازة م لانه ش اي لان بيع الفضولي م توقف
على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ش لان الاجازة عبارة عن اختيار العقد الذي باشره الفضولي والاختيار لا يحتمل
النقل لانه لا يتصور في الاعراض فان قلت يشكل بامة تزوجت بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازة الوارث
اذا لم يحل له وطيها قلت الامة تتصرف باهليتها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الادمية والنكاح من خواصها
وانما يتوقف على اجازة المالك كيلا يتضرر به والوارث مالك كالمورث ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف م ولو اجاز
المالك في حياته ش ثم مات م ولم يعلم حال المبيع ش يعني باق او غير باق م جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان
الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة ش وهو بقاء المبيع م فلا يثبت
مع الشك ش فان قلت الشك لتساوي الطرفين وقد ترجح جانب الوجود هنا قلت استصحاب الحال لا يصلح للاثبات فسقط
اعتبار ترجح جانب الوجود فصار متساوي الطرفين ليتحقق الشك م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري فالعتق جائز م من المشتري ش استحسانا وهو عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكر هذه المسالة في الجامع الصغير
ولم يذكر فيها الاختلاف ولهذا قالوا في شرح الجامع الصغير ان العتق جائز استحسانا في قول ابي حنيفة وابي يوسف م وقال محمد لا
يجوز ش قياسا وبه قال زفر والشافعي ومالك واحمد وهو رواية عن ابي يوسف وهذه المسالة هي المسالة التي جرت المحاورة بين
ابي يوسف ومحمد حين عرض هذا الكتاب عليه فان ابا يوسف قال ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق
باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز م لانه ش اي لان الشان م لا عتق بدون الملك قال عليه السلام ش اي قال النبي
صلى الله عليه وسلم م لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ش هذا الحديث اخرجه ابو داود والترمذي واللفظ للترمذي عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما
لا يملك وقال حديث حسن صحيح وقد تقدم في كتاب العتق مع الكلام فيه مستقصى م والموقوف لا يفيد الملك ش اي الموقوف
نفوذه على اجازة مالك ظاهر الملك وهو المغصوب منه الاترى ان بيع الفضولي لا يفيد الملك للمشتري في الحال بالاجماع
ولا ملك للمشتري من الغاصب في الحال م ولو ثبت في الاخرة ش بالتحالف يعني الاخير م يثبت مستندا ش اي الى سببه وهو بيع
الغاصب منه م وهو ش اي الملك الثابت بطريق الاسناد م ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا
ش وهو قوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم م ولهذا ش هذا استيضاح من المصنف بتوضيح تفسير ذلك فيما قوله
م لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الثمن ش وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك فالغاصب اذا اعتق ثم ادى
الضمان لا يعتق وان كانت المضمونات تملك مستندا الى اول السبب لما قلنا ان الملك المستند ثابت من وجه دون
وجه م ولان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ش هذا راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك حاصله انه لا
ينفذ عتق المشتري العبد والحال ان البائع كان بالخيار ثم اجاز البيع م وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب ش يعني ان المشتري
من الغاصب اذا باع العبد المغصوب من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي
ان يكون كذلك واورد بقوله م فيما نحن فيه ش المسالة المصدرة بقوله ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري الى اخره
فالعتق لا يصح عند محمد كما ذكر م مع انه ش اي ان البيع م اسرع نفاذا من العتق ش اي اقل احتياجا الى الملك في النفوذ من
العتق م حتى ينفذ ش اي البيع م من الغاصب اذا ادى الضمان ش يعني اذا باع الغاصب ثم ادى الضمان لصح بيعه ولو اعتق ثم ادى
الضمان لا ينفذ عتقه. وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الضمان ش يعني المشتري من الغاصب اذا اعتق
العبد الذي اشتراه منه ثم ملكه الغاصب باداء الضمان واجاز العتق لا ينفذ م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان
الملك ثبت موقوفا ش اي ثبت ملك المشتري من الغاصب موقوفا على اجازة مالك العبد م بتصرف مطلق ش بفتح اللام وقيل
بالكسر والاول واحترز به عن البيع بشرط الخيار لان الملك ثمة لم يثبت اصلا لا موقوفا ولا باتا ووصف المطلق بوصفين
احدهما هو قوله م موضوع لافادة الملك ش واحترز به عن الغصب فانه لم يوضع لافادة الملك والاخر بقوله م ولا ضرر فيه
اي في اعتاق المشتري م على ما مر ش اشار به الى قوله ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله الى اخره قلت
الاول اظهر م فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه ش اي على الملك الموقوف م وينفذ ش اي الاعتاق م بنفاذه ش اي بنفاذ الملك
لانه من حقوقه والشيء اذا نفذ نفذ بحقوقه واذا توقف توقف بحقوقه م وصار ش اي اعتاق المشتري من الغاصب م كاعتاق
المشتري من الراهن ش فانه يتوقف نفاذه على اجازة المرتهن او فك الرهن والجامع بينهما انه اعتاق في بيع موقوف م وكاعتاق
الوارث عبدا من التركة وهي ش اي التركة اي والحال ان التركة م مستغرقة بالديون يصح ش اي الاعتاق موقوفا م وينفذ
اذا قضى الديون بعد ذلك ش اي بعد اعتاق الوارث ثم شرع المصنف في الجواب عن المسائل المذكورة التي ذكرها محمد تاييدا
لما ذهب اليه فقال م بخلاف اعتاق الغاصب نفسه ش حيث لا ينفذ بعد ضمان القيمة م لان الغصب غير موضوع لافادة الملك

لانه عدوان محض وهذا التعليل لا يتم لانه يرد عليه انه لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك لانه لم يوضع لافادة الملك
فلا ينفذ عتقه لما ان كلا من جواز البيع والعتق يحتاج الى الملك ولكن وجه تمام التعليل ما ذكر في المبسوط بخلاف
الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم
الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري في وقت العقد حقيقة
الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة جميعا لان الملك ثبت مطلقا لا لضرورة اداء الضمان م وبخلاف
ما اذا كان في البيع خيار البائع ش حيث لا ينفذ العتق م لانه ش اي لان البيع بالخيار م ليس بمطلق ش اي غير تام م وقران
الشرط به ش اي بالبيع او بالعقد م يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا ش فكان الملك معدوما مع وجود الخيار المانع له فلم يصادف
اعتاق المشتري محلا مملوكا له فيلغو م وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع ش هذا جواب عن المسالة الثانية بيانه
ان الذي اشترى من الغاصب اذا باع مما اشتراه لا يتوقف بيعه بل يبطل م لان بالاجازة ش اي باجازة البيع الاول م
يثبت للبائع ش وهو المشتري من الغاصب م ملك بات ش اي من كل وجه م فاذا طرأ ش اي الملك البات م على ملك موقوف
لغيره ش اي لغير المشتري من الغاصب وهو المشتري من المشتري من الغاصب م ابطله ش اي ابطل الملك الموقوف
لغيره لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد والبيع بعد باطل لا تلحقه الاجازة وكذا لو وهبه مولاه
للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله لا تلحقه الاجازة فكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به
عليه الاصل بما اذا باع الغاصب ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي يثبت للغاصب
باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتراه منه وهو موقوف قلنا ان ثبوت الملك للغاصب ضروري يثبت
لضرورة وجوب الضمان فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري فان قيل لو كان الملك البات يبطل الملك الموقوف
فاولى ان يمنعه لان المنع اسهل من الدفع فعلى هذا يجب ان لا ينعقد بيع الفضولي لان للمالك ملكا تاما فيجب ان يمنع
بيع الفضولي عن الانعقاد لعدم اجتماع ملك الموقوف مع البات قلنا البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل
وجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود اي وجود المعارض ولا معارض هنا بخلاف ما نحن فيه فان الملك
البات ثبت الفضولي فالملك الموقوف ظهر في حقه فوقع التعارض بين الملكين فيدفع البات والموقوف وقال
الاكمل وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود دفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة وان كلامنا في ان طرو الملك البات
يبطل الموقوف وقال الاكمل وفيه نظر حتى يتوجه السؤال م واما اذا ادى الغاصب الضمان ش هذا جواب عن المسالة
الرابعة بيانه ان الغاصب اذا ادى الضمان فلا نسلم انه ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ كما قال محمد بل م ينفذ اعتاق
المشتري منه ش اي من الغاصب م كذا ذكره هلال ش وهو هلال الرأي بن يحيى البصري صاحب الوقف ومن قال انه [illegible]
فقد صحف م وهو الاصح ش اي نفاذ اعتاق المشتري من الغاصب هو الاصح وفيه اشارة الى ان فيه اختلاف المشايخ وقال علاء الدين
العالم في طريقة الخلاف فيه اختلاف المشايخ والاصح انه ينفذ واليه اشار في وقف هلال فانه ينفذ وقف المشتري من الغاصب
اذا ملكه الغاصب بالضمان والوقف تحرير الارض كالاعتاق تحرير العبد م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م فان قطعت
يد العبد ش اي في يد المشتري من الغاصب م فاخذ ش اي المشتري م ارشها ثم اجاز ش اي المولى م البيع ش اي بيع الغاصب
م فالارش ش اي فارش اليد م للمشتري لان الملك قد تم له ش بعد الاجازة م من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على
ملكه قال الاكمل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون
والفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان
ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف
وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف يتوقف حكمه
ينبغي ان يجعل معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه
فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متراخيا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله
فيجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الان فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة م وهو حجة
على محمد ش قال الاترازي اي كون ارش اليد للمشتري بعد الاجازة حجة عليه يعني لما تم الملك من وقت الشراء حتى كان الارش
للمشتري كان ينبغي ان ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب ايضا عنده لان الاعتاق يكون حينئذ في الملك وفي نسخة شيخي هو
العلاي وهذه حجة على محمد قال الكاكي اي هذه المسالة وفي بعض النسخ وهو اي قوله فتبين ان القطع الى اخره والاول
اصح وجه كونها حجة ان الملك الثابت عنده بطريق الاسناد لا يكفي لنفوذ العتق ويكفي لاستحقاق الارش وعندهما يكفي لهما
وفي نسخة الاكمل وهذا اي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لانه لو لم يكن للمشتري

ثم من الملك فما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند ادا الضمان م والعبد له ش اي لمحمد
قال الكاكي اي الجواب عن هذه المسئلة وقال الاتراري اي جواب محمد عن هذا بان يقول م ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش ش والثابت بالاستناد ملك من وجه دون وجه م كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون
الارش للمولى ش وكذا اي وكذا الحكم م اذا قطعت يد المشتري ش بفتح الرا وهو العبد م في يد المشتري ش بكسر الرا م والخيار
للبائع ش الواو فيه للحال م ثم اجيز البيع فالارش للمشتري ش بكسر الرا م بخلاف الاعتاق ش اي حيث لا ينفذ اعتاق المشتري
فيما اذا كان فيه الخيار للبائع م على ما مر ش اشار الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وفي
النهاية قوله على ما مر هو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده وقال
الاكمل وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد
الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر اشارة الى قوله
والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر من الوجه الذي ذكر في النهاية وجه الاول بعيد
ما ذكرناه وهو الذي ذكره الشراح م ويتصدق ش اي المشتري من الغاصب م بما زاد ش من ارش اليد م على نصف الثمن ش لان
ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمان المشتري ما يقابله اليد المقطوعة
نصف الثمن وما زاد عليه لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل فهو حاصل معنى قوله م لانه لم يدخل في
ضمانه ش اي لان ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمان المشتري م او فيه شبهة عدم الملك تعليل اخر اي او في احد الا
بعد القبض شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم القطع مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فيكون
فيه شبهة عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به وقال الاتراري وفيه نظر لانه اذا كان لشبهة العدم اعتبار ينبغي ان
يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وحده انتهى قلت كان ينبغي ان لا يتصدق بشيء نظرا الى ثبوت الملك من وجه ولكن
لما كان غير تام من كل وجه يتصدق بالربح فقط نظرا الى عدم ثبوت الملك من كل وجه م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م
فان باعه المشتري من اخر ش اي فان باع المشتري من الغاصب العبد من شخص اخر م ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز
البيع الثاني لما ذكرنا ش ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرا على ملك موقوف لغيره ابطله م
ولان فيه ش اي في البيع الثاني غرر الانفساخ على اعتبار عدم الجواز في البيع الاول والبيع يفسد به ش اي بالغرر لورود
النهي عن بيع فيه غرر م قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما
وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي
حصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر جوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا
بهما م بخلاف الاعتاق عندهما ش اي عند ابي حنيفة وابي يوسف حيث ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة على قولهما
م لانه ش اي لان الاعتاق م لا يؤثر فيه الغرر ش بدليل ان المشتري لو اعتق المبيع قبل القبض يجوز ولو باعه لا يجوز فقد
روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يتوقف الاعتاق م قال ش اي المصنف لان محمدا لم يذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير
ولكن الشراح ذكروها وصاحب الهداية ذكرها تفريعا كما ذكرها الشراح م فان لم يبعه المشتري ش اي من المشتري من
الغاصب م فمات ش اي العبد م في يده ش اي في يد المشتري م او قتل ثم اجاز ش اي المالك م البيع ش اي بيع الغاصب م لم يجز
ش بالاتفاق م لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب
البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا باعتبار البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل البدل فيتحقق الفوات
بخلاف البيع الصحيح ش يعني في البيع الصحيح اذا قتل العبد قبل القبض يمكن ايجاب البدل للمشتري م لان ملك المشتري
ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه ش وهو القيمة والمشتري بالخيار فان شاء اختار البدل كان البدل
له م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن باع عبد غيره بغير امره ش صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل باع عبد رجل بغير امر صاحبه فقال المشتري اريد رد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك م واقام
المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد ش اي او اقام البينة على رب العبد م انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع
لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى ش لان صحة البينة تعتمد صحة الدعوى م اذ الاقدام ش اي لان اقدام المشتري
م على الشراء اقرار منه على صحته ش اي صحة الشراء وان البائع مالك المبيع م والبينة مبنية على صحة الدعوى ش والدعوى
صحيحة كما قلنا م وان اقر البائع بذلك ش اي بانه باعه بغير امره م عند القاضي او عند غير القاضي لان البينة تختص
بمجلس القاضي فلهذا ذكر عند القاضي م بطل البيع ان طلب المشتري ذلك ش اي ابطال البيع م لان التناقض لا يمنع
صحة الاقرار ش لان من اقر بما انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة فاعتبر في حق المقر خاصة م والمشتري

ان ساعده على ذلك ش اي يوافق البائع على اقراره فاذا ساعده م فيتحقق الاتفاق بينهما ش فينفذ عليهما م فلهذا ش اي فلاجل ذلك
م شرط طلب المشتري ش حتى يكون نقضا باتفاقهما ثم ذكر المصنف مسالة الزيادات تفقها على مسالة الجامع الصغير بقوله م
قال ش اي المصنف م ذكر في الزيادات ش في الباب الثالث من الكتاب م ان المشتري اذا صدق مدعيه ش صورته رجل ادعى على
المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك م ثم اقام البينة على اقرار البائع انه ش اي ان المبيع م للمستحق ش
اي لهذا المستحق م تقبل ش بينته وان تناقض في دعواه م وفرقوا ش اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات م
ان العبد في هذه المسئلة ش اي في مسالة الجامع الصغير م في يد المشتري ش فيكون سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن
مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع م وفي تلك ش اي في مسالة الزيادات م في يد غيره ش اي العبد
المبيع في يد غيره وهو يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري ش وههنا لم يسلم فله الرجوع
لوجدان شرطه وقال الاتراري ولنا في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري
ولئن سلمنا ان العبد في يد المستحق فلا نسلم ان البينة تقبل حينئذ لان التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ومبنى
البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع او رب العبد
قبل البيع في مسالة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفي مسالة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع
فلم يلزم التناقض فقبلت البينة انتهى وقد نقل الاكمل هذا بقوله قيل هذا الفرق ونظر الى اخره ثم قال قال صاحب النهاية
ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا العذر ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن
لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشرا ولم يعلم باقرار البائع بعد ما لا ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل
البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع وهذا الموضع موضع تامل م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن
باع دار الرجل ش اي عرصة غيره بغير امره وفي جامع فخر الاسلام ومعنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب ولدنه المشتري
م وادخلها المشتري في بنائه ش يعني قبضها وادخلها م لم يضمن البائع ش اي قيمة العرصة لان هذه المسئلة هكذا وقعت
م عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد وهي مسئلة غصب
العقار وستجيئه في الغصب ش اي في كتاب الغصب م ان شاء الله تعالى والله القادر على ذلك من وقع عقدان موقوفان
اجيزا دفعة واحدة كالبيعين معا ولو تعاقبا ثبت اول احكاما كالبيع والنكاح والا بطلا كالنكاحين ولو اجتمع الطلاق في عقد
من فضوليين واجيزا معا اخذ كل واحد النصف او ترك لان كل واحد شرع في العقد على ان العبد كله له فاذا ناله
نصفه تخير والبيع احق من النكاح والاجارة والرهن حتى لو باعه فضولي والاخر رهنه او اجره او زوجه فاجاز
المالك جاز البيع وبطل غيره لان البيع اقوى لانه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره والعتق والكتابة والتدبير
احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والهبة والاجارة احق من الرهن لان الهبة تفيد ملك الرقبة والاجارة ملك
المنفعة ولا كذلك الرهن والهبة احق من الاجارة والبيع احق من الهبة في الدار لان الهبة تبطل بالشيوع وفي البيع لا
وان كان في العبد استويا لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك فكل واحد ياخذ بالنصف لان هبة المشاع فيما
لا يقسم صحيحة

باب السلم

ش اي هذا باب في بيان احكام السلم ولما فرغ
من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون
الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب والمفرد مقدم وقال الكاكي والثمرة منه للسلف اي
الا لسلامة الدوام الى التسليم الى مفلس في موجل وهو من التسليم لان تسليم راس المال فيه لازم وفيه تامل وفي
الايضاح السلم لغة عبارة عن استعجال والسلم والسلف بمعنى واحد وخص هذا النوع بهذا الاسم لان شرعيته
لا بمعنى بحسب راس المال وهو استعجاله وتحصيله قبل وجود المبيع لان الحاجة اليه وقيل سمي به لكونه معجلا على وقته
فان اوان البيع بعد وجود المبيع المعقود عليه في ملك العاقد والسلم عادة انما يكون فيما ليس بموجود في ملكه فيكون
معجلا على وقته كذا في الكافي وقال صاحب التحفة السلم عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن اجلا فسمي سلما وسلفا
واسلافا لما فيه من تسليم راس المال للحال وفي عرف الشرع عبارة عن هذا ايضا مع زيادة شرائط ورد الشرع
لم يعرفها اهل اللغة وقال الاكمل السلم في اصطلاح الفقهاء اخذ عاجل باجل ورد بان السلعة اذا ابيعت بثمن موجل
وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع اجل بعاجل لا يدفع ذلك وكذا قال الاتراري فعن هذا عرفت فساد ما
قيل في بعض الشروح ان السلم اخذ عاجل باجل لان السلعة اذا ابيعت بثمن موجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم انتهى قلت
لكلام الفقها نسبه الى الخطا وفي كلام الاتراري نسبة بعض الشراح اليه ولا ينبغي هذا والظاهر انه لم ينقل هذا هكذا
احد منهم وانما هذا وقع هكذا تحريفا من النساخ الجهلة فاستمر النقل على هذا التحريف وانما قالوا السلم اخذ اجل بعاجل

فلا يرد عليه شيء م وركن السلم الايجاب والقبول بان يقول رجل لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او
قال اسلفت وقال الاخر قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم ايضا ويسمى الاخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه
ولو قال المسلم اليه لاخر بعت منك كر حنطة بكذا وذكر شرائط السلم ينعقد ايضا لان السلم نوع بيع وشرائطه تذكر عند
قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا بسبعة شرائط وحكمه ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلا مقابلة
ثبوت الملك في راس المال المعين والموصوف للمسلم اليه معجلا بطريق الرخصة ودفعا لحاجة الناس م والسلم عقد مشروع بالكتاب
وهو اية المداينة ش وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الاية وهي اطول اية في القران يعني اذا تداينتم
بدين مؤجل الى اجل مسمى فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما ومعنى تداينتم بدين اذا داين
بعضكم بعضا يقال داينت الرجل اذا عاملته بدين معطيا او اخذا كما تقول بايعته اذا بعته او باعك م فقد قال ابن عباس
رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيه اطول اية في كتابه وقرأ قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا
تداينتم بدين الاية ش هذا رواه الحاكم في مستدركه في تفسير سورة البقرة عن ايوب عن قتادة عن ابي حسان
الاعرج عن ابن عباس قال اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في الكتاب واذن فيه قال الله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه
وكذلك رواه الشافعي في مسنده وكذا من طريقه رواه البيهقي في المعرفة ورواه عبد الرزاق وابن ابي شيبة في
مصنفيهما وقال مخرج الاحاديث ورايت بعض مصنفي زماننا عزا هذا الحديث الى البخاري وهو غلط ولم يخرج
البخاري في صحيحه لابي حسان الاعرج شيئا واسمه مسلم قوله احل السلف المضمون اي المؤجل ولهذا جاء في رواية ان
الله تعالى احل السلف المؤجل وقيل اي السلف الواجب في الذمة وقوله المضمون صفة للسلف مؤكدة لا مميزة كما
في قوله تعالى النبيون الذين اسلموا وكقولهم الحبشي الاسود والكافور الابيض وهذا لان السلم فيه واجب في الذمة
لا محالة وقيل مميزة لان السلف مطلق ايضا على معنى اخر يقال سلف الرجل اباؤه الاقدمون قوله وانزل فيه وفي
بعض النسخ وانزل فيها وكذا في نسخة شيخي العلاء وقال الاترازي اي في السلف وانما انث الضمير على تأويل المداينة ومثل
ذلك جاء كما روى صاحب الجمهرة عن ابي حاتم عن الاصمعي قال قال ابو عمرو بن العلاء سمعت اعرابيا يمانيا يقول فلان
لغوب جاءته كتابي فاحتقرها فقلت اتقول جاءته كتابي فقال اليس بصحيفة فقلت له ما اللغوب قال الاحمق م وبالسنة
ش هو عطف على قوله بالكتاب اي ومشروع بالسنة م وهو ما روي انه عليه السلام ش اي النبي صلى الله عليه وسلم
م نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ش هذا غريب بهذا اللفظ وقوله ورخص في السلم من تمام الحديث
لا من كلام المصنف وقال الاكمل هذا نقل الحديث بالمعنى ولفظ الحديث لا تبع ما ليس عندك والصحابة رضي الله عنهم
رووه بهذا اللفظ والمراد بما ليس عندك ما ليس في ملكه بجوز وان لم يكن حاضرا اذا اجاز المشتري راه مثل ذلك
انتهى قلت الظاهر ان هذا الحديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان اخرجه اصحاب السنن الاربعة
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك وقال الترمذي حديث حسن صحيح
واما الرخصة في السلم فاخرجه الائمة الستة في كتبهم عن ابي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي صلى الله
عليه وسلم المدينة والناس يسلفون في الثمر السنتين والثلاث فقال من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى
اجل معلوم م والقياس وان كان يأباه ش اي القياس م ولكنا تركناه ش اي جوازه م بما رويناه ش وهو الحديث الذي
ذكرناه الان م ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المسلم فيه هو المبيع ش وفي اكثر النسخ اذ المبيع هو المسلم فيه وهو معدوم
وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم اولى واجدر وانعقد الاجماع على جوازه
باعتبار الحاجة والضرورة فانه يحتاج اليه الفقير والغني لانه ربما لا يكون عنده عين مال يبيعها وينفق على نفسه
فيحتاج الى اخذ السلم والغني يحتاج الى ان ينفق على نفسه وعياله فيحتاج الى الاسترباح والاسترباح يحصل بهذا
الطريق اكثر مما يحصل بشراء الاعيان لان الاعيان يشترى بثمن والدين باقل منه فجوز باعتبار الحاجة م قال ش اي
القدوري م وهو ش اي السلم م جائز في المكيلات ش يعني في كل كيلي م والموزونات ش يعني كل وزني م لقوله عليه السلام
ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ش هذا الحديث
اخرجه الائمة الستة في كتبهم عن ابي المنهال قال سمعت ابن عباس رضي الله عنهما الحديث وقد مضى الان ورواه احمد في
مسنده بلفظ فلا تسلف الا في كيل معلوم قال البيهقي قال الشافعي رضي الله عنه معناه اذا اسلف احدكم في كيل فليسلف
في كيل معلوم وان اسلف فليسلف في وزن معلوم واذا سمى اجلا فليسم اجلا معلوما م والمراد ش اي مراد القدوري

م بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد وان يكون مثمنا ش لكونه مبيعا م فلا يصح السلم
فيهما ش اي في الدراهم والدنانير صورته ان يسلم عشرة اذرع من الكرباس او غيره من المكيل او الموزون في عشرة دراهم
او في دنانير اما لو اسلم عشرة دراهم في عشرة دنانير لا يجوز بالاجماع لانه ربوا واختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير
اشار المصنف الى بيانه بقوله م ثم قيل يكون باطلا ش اي يكون السلم باطلا وهو قول عيسى بن ابان وقال الكاكي هذا ان
الاختلاف فيما اذا اسلم الحنطة او غيرها من العروض وفي المبسوط لو اسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا
وعند الشافعي في القديم يجوز وبه قال مالك بناء على ان النقد يصلح ان يكون مبيعا عنده ولكن ذكر في كتبهم انه يصح
مطلقا وبذكر سنه او صفات النوع واللون والجودة وانه حدث او عتيق صغار او كبار وعندنا لا يصح م وقيل
ينعقد بيعا ش وهو قول ابي بكر الاعمش فعنده ينعقد بيعا م بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والعبرة
في العقود للمعاني لا للالفاظ م والاول ش وهو قول عيسى بن ابان م اصح لان التصحيح ش اي تصحيح العقد م انما يجب في
محل اوجباه ش اي البائع والمشتري م العقد فيه ش وهو الدراهم او الدنانير م ولا يمكن ش اي تصحيحه في محل اخر لانهما
ما اوجبا العقد فيه م قال ش اي القدوري رحمه الله م وكذا ش اي يجوز م في المذروعات ش ولا خلاف فيه للائمة الاربعة
م لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع ش اي طولا وعرضا م والصفة والصنعة ولا بد منها ش اي من الصفات الثلاث م لترتفع
الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ش والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لانه لا يفضي الى المنازعة المانعة
عن التسليم والتسلم وفي المجتبى والقياس ان لا يجوز السلم في المذروعات كالثياب والحصر والبواري لعدم ثبوتها في الذمة
لانها لا تضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر لكن ترك ذلك باجماع الفقهاء انتهى وقيل الحقت المذروعات بالمكيلات
والموزونات بدلالة النص لان قوله عليه السلام من اسلم منكم الحديث يقتضي الجواز في المكيلات والموزونات باعتبار
التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه والتسوية تحقق في المذروعات فيجوز الحاقها بهما بطريق الدلالة فان قيل
انما يجوز العمل بالدلالة اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا عبارة قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
نافية لالحاقها بهما لان تلك العبارة لما خصت بالكيلي والوزني بالحديث اختص الجواز فيهما وبقي ما وراءهما تحت نفي
عبارة قوله عليه السلام لا تبع الحديث والمذروع فيما وراءهما فلا يصح العمل بالدلالة قلنا هذا الذي ذكرته
حجة عليك لان العام في الكتاب اذا خص منه البعض لا يبقى الباقي حجة اصلا عند الكرخي فكيف في السنة وعلى القول المختار
انه يبقى حجة ولكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد ولا شك ان دلالة النص اقوى من القياس وخبر الواحد
فلم يكن ذلك العام معارضا للدلالة فثبتت الدلالة سالمة عن المعارض فيجوز السلم في المذروعات والعدديات الثابت
مساويا لما ثبت بالنص او اقوى وفي الايضاح جواز السلم في الثياب بطريق الاستحسان لانها مصنوع للعباد والعبد
يصنع بالالة فاذا اتحد الالة والصانع يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الا تفاوت يسير وذا يتحمل في المعاملات
دون الاستهلاكات الا ترى ان الاب اذا باع مال ولده الصغير بغبن يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا يجب
الضمان م وكذا ش اي وكذا يجوز السلم م في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتفاوت
ش وهو ما لا تتفاوت احاده بالقيمة وبعض المثل م معلوم مضبوط الصفة مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير
والكبير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ش فان المسامحة تجري فيما بينهم في صغيره وكبيره فانك لا ترى جوزة
تباع بفلس وجوزة بفلسين وانما تتفاوت انواعه في المالية وذلك التفاوت يزول بذكر النوع ولهذا جوزوا السلم في
الباذنجان والكاغد عددا وبه قال الشافعي وفي شرح الطحاوي وصغير البيض وكبيره سواء العددان كان من جنس
واحد وقال الشافعي يجوز السلم في كل المعدودات المتقاربة والمتفاوتة وزنا وهل يجوز كيلا له فيه وجهان وقال
في الجوز واللوز يجوز وزنا ولا يجوز كيلا وقال الاوزاعي في المعدودات المتقاربة مثل مذهبنا واسمه عبد الرحمن
بن عمرو وفي وجيز الشافعية ولا يكفي العد في المعدودات بل لا بد من ذكر الوزن م بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت
احاده تفاوتا فاحشا ش فانك ترى بطيخة بدرهم وبطيخة بدرهمين وبين الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت
بقوله م وتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت ش اي بتفاوت احاد العددي في المالية دون الانواع
يعرف العددي المتفاوت وهو المروي عن ابي يوسف وابين ذلك بقوله م وعن ابي حنيفة انه ش اي ان السلم م لا يجوز
في بيض النعامة لان احاده تتفاوت في المالية ش وقال الاترازي وتفسير العددي المتفاوت ما نقل عن ابي يوسف
ما اختلف احاده في القيمة واتفق اجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالعددي الجواهر واللآلي والادم والجلود والخشب
والرؤوس والاكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذوع
شيئا معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما واتى بجميع شرائط السلم والتحق بالمتقارب يجوز وكذا السلم في الجوالق

والشراء كذا في المحيط وقال الكاكي والحد الفاصل بين المتفاوت والمتقارب ان ضمان مستهلكه بالمثل يكون
متقاربا وبالقيمة يكون متفاوتا م ثم كما يجوز السلم فيه ش اي في العددي المتقارب م عددا ش اي من حيث العدد م يجوز
كيلا ش اي من حيث الكيل م وقال زفر لا يجوز لانه عددي وليس بكيلي وعنه ش اي وعن زفر انه لا يجوز عددا للتفاوت
ش في الآحاد م ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير كيلا
باصطلاحهما ش اي باصطلاح المتعاقدين فلا يفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم م وكذا ش اي وكذا يجوز السلم
م في الفلوس عددا ش اي من حيث العدد وهو ظاهر الرواية وقيل هذا ش اي الجواز م عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز لانها اثمان والسلم في الثمن لا يجوز م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان الثمنية في حقهما
ش اي في حق المتعاقدين م باصطلاحهما ش لعدم ولاية الغير عليهما م وقد ابطلاها باصطلاحهما فانما اذا ابطلا الثمنية تعين
سلعا فتتعين بالتعيين فجاز السلم م ولا يعود وزنيا ش هذا رد لقول محمد انها بعد الكساد يعود وزنيا لانها قطع
صغار موزونة م وقد ذكرناه من قبل ش اي في باب الربوا في مسالة بيع الفلس بالفلسين م ولا يجوز السلم في الحيوان
ش سواء كان دابة او رقيقا وبه قال الثوري والاوزاعي م وقال الشافعي يجوز ش وبه قال مالك واحمد الا في الخلفات
فان الخلفة اسم لمجهول الحال واما الحيوان المطلق بلا صفة فيجوز بالاتفاق ثم الخلفة بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام
وبالقاف الحامل من النوق وتجمع على خلفات وخلائف وقد خلفت اذا حملت واخلفت اذا حالت م لانه ش اي لان الحيوان
م يصير معلوما ببيان الجنس ش بان قال ابل م والسن ش بان قال بنت مخاض او جذع او ثني م والنوع ش بان قال بختي
او عربي م والصفة ش بان قال سمين او هزيل يعني يضبط ما يثبته هذه الاربعة والوصف بمنزلة المرئي م والتفاوت
بعد ذلك ش اي بعد بيان هذه الاربعة م يسير فاشبه الثياب ش في الجواز وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه
وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه
والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض م ولنا انه بعد ذكر ما ذكر ش اي من الجنس والسن والنوع والصفة م يبقى تفاوت
فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة ش كالصباحة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكياسة وحسن
السير والعلجية في الدواب وهي معنى سهل وشدة العدو فانك ترى عبدين مستويين في الاوصاف المذكورة ومع ذلك
يساوي احدهما الفا والآخر العشرين قال الشاعر الا رب فرد يعدل الالف زائدا والف قوام لا يساوي واحدا
م وهذه معاني لا تنضبط بالوصف فيفضي ش اي هذا م الى المنازعة ش فلا يجوز م بخلاف الثياب ش جواب عن قياس
الشافعي السلم في الحيوان على السلم في الثياب فاجاب بان هذا القياس غير صحيح م لانه ش اي لان الثياب ويذكر
الضمير باعتبار المذكور م مصنوع العباد فقل ما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد ش لان العبد انما يصنع
بآلة فاذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع ولا يتفاوت في المالية الا يسيرا ولا يعتبر بخلاف العبد والحيوان
صنع الله تعالى وذلك يكون على ما يريده تعالى فقد كان على وجه لا يوجد له نظير وفي مثله لا يجوز السلم بالاتفاق
والجواب عن حديث عمرو بن العاص انه كان قبل نزول آية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي
فيها وتجهيز الجيش ان كان في دار الاسلام فقبل الربا الا ان كان في دار الحرب لعونه في دار الاسلام يومئذ والجواب
عن الحديث الثاني انه لم يكن القرض من ماله وانما من رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة
حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك م وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان ش هذا الحديث اخرجه
الحاكم في المستدرك والدارقطني في سننه عن اسحق بن ابراهيم بن جوتي حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا سفيان الثوري
عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان
وقال الحاكم صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقال ابن حبان اسحق بن ابراهيم منكر الحديث جدا يأتي عن الثقات بالموضوعات
لا يحل كتب حديثه الا على جهة التعجب م ويدخل فيه ش اي في قوله في الحيوان م جميع اجناسه ش اي اجناس الحيوان م حتى
العصافير ش اي حتى يدخل العصافير ايضا لاطلاق النهي عن الحيوان عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه
فلا يصلح محل النزاع لانا نقول ان محمد بن الحسن ذكر هذا الحديث في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله
عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود
اردد مالنا لا نسلم اموالنا في الحيوان فعلم ان عدم جواز السلم في الحيوان لم يكن فيه باعتبار ترك الوصف لان القلائص
كانت معلومة فكان المنع لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور يعني قوله ولنا منقوض بالعصافير
لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة
فان قلت السلم في الحيوان انما لا يصح للتفاوت بحسب التابع والتفاوت من العصافير غير معتبر فينبغي ان يجوز

السلم فيها قلنا العبرة في المنصوص لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان كذا في الكافي م قال
ش اي قال القدوري م ولا في اطرافه ش اي ولا يجوز السلم ايضا في اطراف الحيوان م كالرؤوس والاكارع ش وهو جمع
كراع الشاة والبقر ويجمع على اكرع ايضا م للتفاوت اذ هو عددي متفاوت لا مقدار له ش اي لا معيار له لاختلافها بالصغر
والكبر والسمن والهزال وتذكير الضمائر باعتبار المذكور وبقولنا قال الشافعي في الاظهر م قال ش اي القدوري م ولا
في الجلود عددا ش اي ولا يجوز السلم في الجلود ايضا من حيث العدد لانها عددية وفيها الصغير والكبير فيفضي السلم
فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيد عددا لانه معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى
لانه لا يوزن عادة وبه قال الشافعي في الاظهر وقال مالك واحمد في قول يجوز السلم في الجلود والرؤوس والاكارع عددا
ووزنا وفي الذخيرة ولو بين للجلود ضربا معلوما يجوز السلم فيه م ولا في الحطب حزما ش اي ولا يجوز السلم ايضا في الحطب
من حيث الحزم وهو جمع حزمة قال في الجمهرة كل شيء جمعته كالاضبارة فقد حزمته ومنه سميت حزمة الحطب وانما
لا يجوز لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط م ولا في الرطبة جرزا ش اي ولا
يجوز السلم ايضا في الرطبة من حيث الجرز بضم الجيم وفتح الراء وبعدها الزاي جمع جرزة وهي الحزمة والرطبة
الاسفست والجمع رطاب قاله في المغرب وهي التي يسميها اهل مصر برسيما واهل البلاد الشامية بيجا وفي الشامل
لا يجوز السلم في الرطبة لانها تباع حزما ويجوز في القت لانه يباع وزنا وفي المبسوط ولا يجوز اوقارا اي احمالا
للجهالة م للتفاوت ش اي لاجل التفاوت في عدد الجلود وحزم الحطب وجرز الرطبة م الا اذا عرف ذلك ش هذا
الاستثناء متعلق بمسالة الرطبة جرزا لان ما بعده من كلام المصنف يدل على ذلك لا يخفى على المتامل قوله
عرف يجوز فيه التخفيف والتشديد فعلى التخفيف يكون على صيغة المجهول ويكون قوله م ذلك ش اي في محل
الرفع وهو اشارة الى ما ذكر من الجرز واما على التشديد من التعريف فعلى صيغة المعلوم والفاعل فيه هو الضمير
الذي يرجع بالقرينة الى المسلم اليه ويجوز ان يرجع الى رب السلم ويكون قوله ذلك حينئذ في محل النصب
على انه مفعول عرف ثم بين المصنف وجه التعريف بقوله م بان بين طول ما يشد به الحزمة ش وكلمة ان مصدرية
اي ببيان طول ما يشد به الحزمة ولفظ بين ايضا يحتمل الوجهين المعلوم والمجهول بحسب الوجهين المذكورين في
عرف فعلى كون عرف مجهولا يكون لفظ بين مجهولا ايضا وعلى كونه مشددا معلوما يكون بين ايضا معلوما فان
ابقا والضمير يرجع فيه الى رب السلم او المسلم اليه كما ذكرنا الا ان في عرف وقوله م انه ش بفتح الهمزة بدل من
قوله طول وقوله م شبر ش مرفوع لانه خبر ان وقوله م او ذراع ش عطف على قوله م فحينئذ ش اي حين يبين طول
ما يشد به الحزمة م على وجه لا يتفاوت ش اي بالتشديد اما اذا كان متفاوتا كالشوك ونحوه فلا يجوز لافضائه
الى المنازعة ولم ار احدا من الشراح حرر هذا الموضع كما ينبغي بحمد الله حررناه كما هو المطلوب م قال ش اي القدوري
م ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل الاجل ش حاصل هذا انه يشترط وجود
المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما م حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا وقت المحل او على
العكس ش بان كان موجودا عند العقد ومنقطعا عند المحل م او منقطعا ش اي او كان منقطعا فيما بين ذلك
ش اي فيما بين وقت العقد ووقت المحل م لا يجوز ش اي السلم م عندنا ش واصل المسالة ان المسلم في المنقطع لا يجوز عندنا
خلافا للشافعي اذا كان موجودا وقت المحل ش فانه يقول يشترط ان يكون وجوده عند المحل فحسب وبه قال مالك واحمد
واسحق وقال الكاكي فالشافعي يعتبر وجوده عند المحل ومالك عند العقد وعند المحل ولا يعتبر الانقطاع فيما
بين ذلك م له ش اي للشافعي م انه ش اي ان المسلم فيه م مقدور التسليم عند وجوبه ش وهو بان حلول الاجل والعجز
قبل ذلك لا يعتبر لانه ليس باوان توجه المطالبة م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم م
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ش هذا الحديث اخرجه ابو داود وابن ماجه واللفظ له عن ابي اسحق عن رجل
قال قلت لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما الحديث وفي آخره ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحها انتهى وقال
المنذري في اسناده رجل مجهول وذكره عبد الحق في احكامه من جهة ابي داود وقال اسناده منقطع واخرج
الطبراني في الاوسط حديثا عن ابي هريرة وفي آخره ولا تسلموا في ثمرة حتى يأمن عليها صاحبها العاهة م ولان القدرة
على التسليم ش اي على تسليم المسلم فيه م بالتحصيل ش اي بتحصيل المسلم فيه م فلا بد من استمرار الوجود ش اي وجود المسلم
فيه م في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ش ولا تعتد المسلم اليه على كتاب المنقطع وقول الشافعي القدرة على التسليم
عند المحل موجودة قلنا انما تكون القدرة حينئذ موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت وفي بقائه حيا
شك فلا تثبت القدرة بامر مشكوك فان قال الاصل هو الحياة وما ثبت يبقى الى ان يوجد دليل الزوال قلنا الاصل

يعتبر لابقاء ما كان عليه كان والعقد في الحال معدوم فلا يعتبر الاصل لاثبات شي يوجد في المستقبل قال الولوالجي
في فتاواه وحد الانقطاع ما قاله الفقيه ابو بكر البلخي ان لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان كان يوجد في
البيوت وفي مبسوط ابي الليث ولو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد فيه لانه لا يمكن احضاره
الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب بخاري لا يجوز وان كان يوجد بسجستان م ولو انقطع بعد
المحل ش ذكر هذا تفريعا على مسالة القدوري اراد ان المسلم فيه كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل ثم
انقطع بعد المحل اي بعد حلول الاجل م فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم ش ويأخذ راس المال م وان شاء انتظر وجوده
ش اي وجود المسلم فيه م لان السلم قد صح ش ولكنه قد عجز عن التسليم م والعجز الطارئ على شرف الزوال ش فيتخير الطالب
م فصار ش حكم هذا م كاباق المبيع قبل القبض ش في بقاء العقد وبقولنا قال الشافعي في الاصح وقال زفر يبطل العقد وبه
قال الشافعي في قول وهو رواية عن الكرخي ويسترد راس المال للعجز عن التسليم فصار كهلاك المبيع قبل القبض في
بيع العين وقال الاكمل رحمه الله وفي قوله والعجز الطارئ عن التسليم على شرف الزوال اشارة الى الجواب عن قياس
المنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا
كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا م قال ش اي محمد في
الجامع الصغير م ويجوز السلم في السمك المالح قال الكاكي السمك المالح بالفارسية ماهي خشك وفي المغرب سمك مليح
ومملوح وهو المقدد الذي فيه ملح ولا يقال سمك مالح الا في لغة رديه ولكن قال الناصري في تفسيره نوحت
بقصيدة طعمها المالح والطريا وقال الامام الوبرجي وكفى بذلك حجة للفقه قلت قال بن دريد سمك مالح ومليح
ولا تلتفتن الى قول الراجز بطعمها المالح والطريا ذلك مولد لا يوخذ بلغته وقال في ديوان الادب سلخ
القد وطرح الملح فيه فهو معقد وعلى هذا يجوز ان يقال سمك مملوح م وزنا معلوما ش اي من حيث الوزن المعلوم م وضربا
معلوما ش اي من حيث الضرب اي النوع المعلوم م لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو ش اي لان السمك
م غير منقطع ش عن الوجود م ولا يجوز السلم فيه ش اي في السمك م عددا ش اي من حيث العدد م للتفاوت ش اي لتفاوت احاده
فان منه الصغير والكبير وقال صاحب التحفة فاما السلم في السمك فقد اضطرب عبارة الروايات عن اصحابنا في الاصل
والنوادر والصحيح من المذهب ان السلم يجوز في السمك الصغار وزنا وكيلا ويستوي فيه المالح والطري في حينه واما
في الكبار منه روايتان عن ابي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيف ما كان وفي رواية ابي يوسف في الامالي عنه انه لا يجوز
وعلى قول ابي يوسف ومحمد يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم وفي رواية اخرى عنهما لا يجوز بخلاف اللحم وقال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة لا يجوز السلم في السمك الطري الا ان يكون في حينه ضربا معلوما قال الفقيه ابو الليث
للسمرقندي رحمه الله قال بعض الناس هذا الحرف خطأ يعني قوله في حينه لان السمك صيد والصيد لا يكون له حين
بل في كل وقت يمكن صيده ثم قال الصحيح ما ذكر في الكتاب لان صفة الانقطاع لا يوجد لا يوجد في الاسواق والسمك الطري
ربما يوجد في السوق لا يجوز م ولا خير في السلم في اللحم ش اي لا يجوز السلم في اللحم م عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش وعن العلامة
شمس الائمة الكردري رحمه الله ان المجتهد اذا استخرج حكما بالراي فان كان في حيز عدم الجواز يقول لا خير وان كان
في حيز الجواز يقول لا باس تحرزا عن القطع في حكم الله تعالى بالراي وفي المبسوط وانما قال لا خير لانه مختلف في قول اهل
وقال الاكمل خير نكرة وقعت في سياق النفي فتفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة م وقالا ش
اي وقال ابو يوسف ومحمد م اذا وصف ش اي رب السلم م من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز ش يعني اذا بين جنسه
ونوعه وصفته وموضعه كشاه خصي ثني سمين من الجنب او الظهر مائة من وبه قال الشافعي وفي الحقائق والعيون
والفتوى على قولهما م لانه ش اي لان اللحم م موزون ش في عادة الناس م مضبوط الوصف ش ببيان هذه الاشياء وفي المبسوط
قيل لا خلاف بينهما وبين ابي حنيفة بل جواب ابي حنيفة فيما اذا اطلقا السلم في اللحم وهما لا يجوزان ذلك ايضا وجوابهما
اذا بينا موضعا معلوما وابو حنيفة يجوز ذلك ايضا والاصح ان الخلاف ثابت فان عنده لا يجوز السلم وان بين موضعا
معلوما وعندهما يجوز اذا بينا موضعا معلوما م ولهذا ش اي ولاجل كونه موزونا مضبوط الوصف م يضمن بالمثل ش في ضمان
العدوان او الكفه الغاصب بعض المثل وزنا وما فيه من العظم غير مانع لجواز لانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر
فلهذا يجوز السلم في الالية وان كانت لا تخلو عن ادنى عظم ويجوز السلم في الشحم والالية بالاجماع لانه موزون معلوم الوصف
م ويجوز استقراضه ش اي استقراض اللحم م وزنا ش اي من حيث الوزن م ويجري فيه ربوا الفضل ش بعلة الوزن م بخلاف لحم الطير
ش فانه لا يجوز السلم فيه م لانه لا يمكن وصف موضع منه ش لقلة لحمه م وله ش اي ولابي حنيفة م انه ش اي ان اللحم م مجهول للتفاوت
في قلة العظم وكثرته ش فيؤدي الى المنازعة م او في سمنه ش اي او للتفاوت في سمنه وهزاله لان هذا يختلف باختلاف فصول

السنة

السنة وقلة الكلاء وكثرته م وهذه الجهالة ش اشار به الى الجهالة في الوجهين م مفضية الى المنازعة ش والمفضي الى
المنازعة مانع م وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني ش وهو وجه السمن والهزال قال صاحب المختلف وهو رواية ابن
شجاع عن ابي حنيفة م وهو الاصح ش اي وهذا الوجه هو الاصح لانه يجوز ان يكون الحكم معلولا بعلتين ولا يلزم من انتفاء
احدى العلتين انتفاء الحكم م والتضمين بالمثل ممنوع ش هذا جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل المنع وبعد التسليم ان
المثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى وقال الامام ظهير الدين كان والدي يقول ان كان اللحم
نضيجا فهو من ذوات القيم وان كان نيا ففيه روايتان وذكر في الجامع الكبير ولو ان رجلا غصب من رجل لحما فشواه
او جاء انسان واستهلك ذلك لا يستطيع صاحبه الغصب وكان للمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم وقال الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد في هذه المسالة كان للمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم نص على ان اللحم مضمون
بالقيمة دون المثل ولا يوجد الرواية انه من ذوات القيم وليس يشكل الى هذا الموضع يعني في الجامع الكبير ولهذا
قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال وفي رواية وسط غصب المنتقى روى ابو يوسف عن ابي
حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته م وكذا الاستقراض ش اي ممنوع ايضا م وزنا م وبعد التسليم ش اي وبعد تسليم
الجواز في التضمين بالمثل م فالمثل اعدل من القيمة لان الاصل في ضمان العدوان المماثلة والمماثلة من مثل الشي صورة ومعنى
يكون اعدل من القيمة لانها مثل معنى لا صورة م ولان القبض ش يعني في الاستقراض م يعاين ش فيقبض حالا فترتفع
الجهالة فلا تفضي الى المنازعة وهو معنى قوله م فيعرف مثل المقبوض به في وقته ش اي لان القبض محسوس معاين م اما
الوصف فلا يكتفى به ش اي السلم يقع على الموصوف في الذمة ولا يكتفى بالوصف لان بالوصف عند العقد لا يعرف
الموجود عند المحل فلا يكتفى به لبقاء الجهالة المفضية الى المنازعة م قال ش اي القدوري م ولا يجوز السلم الا موجلا ش
يعني السلم الحال وهو السلم بغير اجل لا يجوز عندنا وبه قال مالك واحمد م وقال الشافعي لا يجوز حالا ش وفي بعض النسخ
وقال الشافعي يجوز اي السلم بدون الاجل وبه قال عطاء وابو ثور واختار ابن المنذر وصورة السلم الحال ان يقول
اسلمت عشرة في كر حنطة ولم يذكر الاجل م لاطلاق الحديث ش وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فالنبي صلى الله عليه وسلم اجاز السلم مطلقا فاشتراط التاجيل زيادة على النص
م ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ش يعني في اوايل الكتاب وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في
كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وقد مر الكلام فيه هناك وقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم الاجل كما
ترى فان قيل معناه من اراد سلما موجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق عندنا فيحمل عليه
قلنا والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شي واحد فكان معناه
في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقيد الى اجل معلوم ان كان موجلا فالجواب
ان قضية العقل كون مؤثر التمييز فلا حاجة الى النقد ولانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور
لغرض تحمله لا للضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال لا تحمل ضرورة فيتحمل التقدير لاجله
لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون للضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق
الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتامل م ولانه ش اي ولان السلم م شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد
من الاجل ليقدر ش اي المسلم اليه م على التحصيل ش اي تحصيل المسلم فيه م فيه ش اي في الاجل الذي عيناه للتحصيل م فيسلم ش
اي المسلم اليه يسلم المسلم فيه م ولو كان قادرا على التسليم في الحال لم يوجد المرخص ش لان الرخصة شرعت لعدم
قيام المانع وهو بيع المعدوم والعذر هو العجز عن التسليم ولو قدر على تسليمه لم يوجد المرخص فيه وهو عجز المسلم اليه
مبني على الثاني وهو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك فان قيل لو كانت شرعية السلم دفعا لحاجة المفاليس
لكان اختص بحالة الافلاس لانه ثبت على خلاف القياس فيقتصر عليه وليس كذلك الا ترى انه يجوز بيع الحنطة سلما وعنده
اكرار حنطة قلنا ان الشي لا يباع سلما الا بادنى الثمنين والتاجر لا يبيع الا للربح فلذا البيع بادنى الثمنين على انه لا بيع
الا للعجز عن الربح ولا عجز الا بان يحصل ما عنده مستغرقا للحاجة ولان حقيقة العدم امر باطن لا يمكن الوقوف عليه حقيقة
فالشرع بنى هذه الرخصة على العدم فيبنى على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكننا تعليق الحكم به والشيخ
الخسران دليل العدم والجواب عن الحديث الذي استدل به الشافعي انه يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة
ونحن نقول به ولكن لا ضرورة في سلم الحال لانه اذا كان قادرا انتفت الضرورة وان لم يكن قادرا اقتضى العجز والمقصود
فان قلت معاوضة محضة فلا يكون التاجيل فيها شرطا كما في بيوع الاعيان قلت ينتقض ذلك بالكتابة عند الخصم فانه يشترط
الاجل فيها ويبطل ايضا بالسلم المعدوم م قال ش اي القدوري م ولا يجوز ش اي السلم م الا باجل معلوم لما رويناه ش وهو قوله عليه

السلام من اسلم منكم الحديث وفيه الى اجل معلوم فعلم منه ان الاجل من الباب وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يجوز الى
الاجل الى الحصاد لعدم افضائه الى المنازعة غالبا م ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع ش فيفسد العقد
بها م وادنى الاجل ادناه شهر ش قال صاحب التحفة لا رواية عن اصحابنا في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات منهم
والاصح ما روي عن محمد انه مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل م وقيل ثلاثة ايام ش اي ادنى المدة ثلاثة ايام
وهو قول الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران شيخ الطحاوي اعتبارا للاجل بالخيار الذي ورد الشرع بتقديره ثلاثة ايام
وهو رواية عن محمد وفي شرح المجمع وهذا ليس بصحيح لان الثلاث هناك اقصى المدة وادناه غير مقدر وهكذا في الايضاح
م وقيل اكثر من نصف يوم ش وبه قال ابو بكر الرازي وبعض اصحاب الشافعي رحمه الله لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس
والموجل ما تاخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وفي الذخيرة عن الكرخي انه ينظر الى مقدار
المسلم فيه والى عرف الناس في التاجيل فيه فان كان يؤجل مثله في العرف والعادة يجوز السلم وما لا
فلا م والاول اصح ش اي تقدير الاجل بالشهر هو الاصح وقال الصدر الشهيد في طريقة المطولة والصحيح ما رواه الكرخي
انه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه قال ش اي القدوري م ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه
ش وقال المصنف م معناه اذا لم يعرف مقداره ش يعني اذا كان لا يعرف مقدار المكيال او الذراع لا يجوز لانه تاخر فيه
التسليم ش اي تسليم المسلم فيه م فربما يضيع ش اي المكيال او الذراع م فيؤدي الى المنازعة ش وفي شرح الطحاوي
ولو اسلم قدر ملء هذا الاناء لم يجز اذا كان لا يدري كم يسع فيه بخلاف بيع العين فانه اذا قال بعت منك من هذه الحنطة
ملء هذا الاناء بعشرة دراهم ولا يدري كم يسع في الاناء يجوز وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز بيع العين
ايضا والاصل هنا اذا كان الاناء من حديد او خزف او خشب او ما اشبه ذلك مما لا يحتمل الزيادة والنقصان فاما
اذا كان الاناء يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجوالق والغرائر وما اشبه ذلك فانه لا يجوز بيع العين ايضا
الا ان ابا يوسف استحسن في قرب الماء واجازه وان كان يحتمل الزيادة والنقصان وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا
قربة من ماء هذه القربة وعينها جاز البيع فيه م وقد مر من قبل ش اي في اول كتاب البيوع في مسالة ويجوز البيع
بانائه بعينه م ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس ش من كبس النهر اي طمه
بالكبس م كالزنبيل ش بكسر الزاي وسكون النون وكسر الباء الموحدة وسكون الياء اخر الحروف وباللام وقال الزبيل بلا نون
كذا في بعض النسخ وفي المغرب والصحاح الزبيل والزنبيل بالفتح بدون التشديد وبالكسر مع التشديد لانه ليس في كلام
العرب فعليل بالفتح م والجراب ش بكسر الجيم م لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف
من بيانه الآن قال ش اي القدوري م ولا في طعام قرية بعينها ش اي ولا يجوز السلم في طعام قرية بعينها ش لاحتمال الآفة
عنها م او ثمرة نخلة ش اي ولا يجوز السلم ايضا في ثمرة نخلة بعينها لانه قد لا يصيبه ش اي يصيبه م آفة سماوية فلا يقدر ش
حينئذ م على التسليم واليه ش اي الى هذا المعنى م اشار عليه السلام ش اي اشار النبي صلى الله عليه وسلم م حيث قال
ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ش هذا الموضع يحتاج الى تحرير حسن ولم ار احدا من الشراح
حرر هذا الموضع كما ينبغي والمصنف استدل بهذا الحديث لما ذكره القدوري وليس بمستقيم لان هذا الحديث بهذا
اللفظ ورد في البيع كما اخرجه البخاري ومسلم عن حميد عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ثمر النخل حتى تزهو فقلت لانس ما زهوها قال تحمر او تصفر ارايتك ان منع الله الثمرة بم تستحل مال اخيك ولم يكن
ورود هذا الحديث في السلم فقال الاترازي وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز السلم في طعام من موضع بعينه لانه ورد به
الخبر وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن السلم في ثمر فلان فقال اما من ثمر حائط فلان فلا ارايت لو
اذهب الله ثمره فيم يستحل احدكم مال اخيه فنهى عن ذلك انتهى ولم يبين من الذي رواه من الصحابة ومن الذي اخرجه
من اصحاب الصحاح او السنن وفيه ايضا حجة للخصم بذلك فان قلت في الصحيحين عن انس ايضا ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل احدكم مال اخيه فهل يؤخذ باطلاق هذا اللفظ فيدخل فيه السلم ايضا قلت
الظاهر انه ينصرف الى البيع ولا يؤخذ منه السلم لان ما ذكرنا بين ان الاول الذي رواها حميد وهذه الرواية جزء
واحد وورده في البيع قوله ارايت معناه اخبرني م ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة ش اي لبيان ان العقد
تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان لان المراد الجودة م لا باس به على
ما قالوا ش اي على ما قال المشايخ م كالخشمراني ش اي كالحنطة المنسوبة الى الخشمران بضم الخاء وسكون الشين المعجمة
وضم الميم وبالراء وفي اخره نون وهي قرية من قرى بخارى ونبه عليه المصنف بقوله م ببخارى ش وبخارى مدينة مشهورة
بما وراء النهر م والبساخي ش اي كالحنطة المنسوبة الى البساخ بكسر الباء الموحدة وبالسين المهملة وبعد الالف خاء

معجمة وهي قرية من قرى فرغانة نبه عليه بقوله م بفرغانة ش بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة وبعد الالف نون
مفتوحة وهاء وهي مملكة وراء الشاش والشاش بالمعجمتين مدينة فيما وراء جيحون م قال ش اي القدوري م ولا يصح السلم
عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط ش يذكر في العقد وفي بعض النسخ بسبعة وهو الاصح الاول م جنس معلوم كقولنا
حنطة او شعير ش والثاني م نوع معلوم كقولنا سقية ش اي مسقية وفي المغرب المسقية ما يسقى سيحا م وبخسية ش بفتح الباء
الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر السين المهملة وتشديد الياء اخر الحروف وبالهاء وهي الحنطة المنسوبة الى
البخس وهي الارض التي تسقيها لانها مبخوسة الحظ من الماء والثالث هو ما ذكر بقوله م وصفة معلومة كقولنا
جيد او رديء ش واشار الى الرابع بقوله م ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا ش واشار الى
الخامس بقوله م واجل معلوم ش وهذه خمسة متفق عليها فلذلك ذكرها مقتصرا عليها ولم يذكر السادس والسابع
عقيب هذه الخمسة للاختلاف فيهما وذكرهما بعد بعض الالفاظ وبين الخلاف فيهما م والاصل فيه ش اي في اشتراط
الشرائط المذكورة م ما رويناه ش وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم الحديث وقد مضى م والفقه ما بينا ش ان
الجهالة فيه مفضية الى النزاع م ومعرفة مقدار راس المال ش هذا هو الشرط السادس من الشروط السبعة
التي شرطها ابو حنيفة وهو عطف على قوله واجل معلوم وقوله والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بينا جمل معترضة
بين العطف والمعطوف عليه وقيد بقوله م اذا كان ش اي راس المال م يتعلق العقد على مقداره ش احترز به عما لا
يتعلق العقد بمقداره كالمذروعات فانه لم يجب بيان مقداره عند ابي حنيفة وعندهما ايضا وهو قول مالك
واحمد ايضا وبه قال الشافعي في قول وبين قوله اذا كان العقد يتعلق بمقداره بقوله م كالمكيل ش من المكيلات
م والموزون ش من الموزونات م والمعدود ش من المعدودات ووجب في كل منها اعلام مقداره وان كان مشارا
اليه وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما وقول الفقيه من الصحابة
رضي الله عنهم مقدم على القياس م وتسمية المكان ش هو الشرط السابع وهو عطف على قوله ومعرفة مقدار راس
المال م الذي يوفيه ش اي المسلم فيه م فيه ش اي في المكان م اذا كان له حمل ش بالفتح ذكره في المغرب وهو مصدر
حمل الشيء يعنون به ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر واجرة حمال م ومؤنة ش اي كلفة وهذان الشرطان من السبعة
عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي في وجه م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان
معينا ش اي اذا كان مشارا اليه لا يحتاج الى تسمية قدره م ولا ش اي ولا يحتاج ايضا م الى مكان التسليم ش اي الى بيان
مكان التسليم المسلم فيه م ويسلمه ش اي ويسلم المسلم اليه م في موضع العقد ش وبه قال ابو حنيفة اولا والشافعي
في الاصح واختاره المزني وقال احمد لا يجب ذكر بيان مكان الايفاء ولو ذكر فهل يبطل السلم عنده روايتان م فهاتان
مسالتان ش اي المسالتان اللتان فيهما اختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه م ولهما ش اي ولابي يوسف ومحمد م في الاولى
ش اي في المسالة الاولى وهي اعلام مقدار راس المال م ان المقصود ش اي من اعلام قدر راس المال القدرة على التسليم
م يحصل بالاشارة ش الى العين فيكتفى بذلك عن الاعلام بالقدر م فاشبه الثمن ش يعني في البيع م والاجرة ش
يعني في الاجارة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشار اليها جاز وان لم يعرف مقدارها
فكذا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا م وصار كالثوب ش اي وصار هذا كما اذا كان راس
المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه م وله ش اي ولابي حنيفة م انه ربما يوجد بعضها
زيوفا ش ثابت لفظ بعضها للتبس له وجه لان المراد اذا وجد بعض راس المال زيوفا م ولا يستبدل في المجلس ش
اي في مجلس الرد م فلو لم يعلم قدره ش وفي بعض النسخ ولو لم يعرف قدره اي قدر راس المال م لا يدري كم بقي ش
بعد اخراج الزيوف وان كان معلوما بعددنا لو يوجد فيعلم في كم انتقض وتحقيقه ان جهالة قدر راس المال
تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل
في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي
كم بقي فجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وكذا اذا استحق بعض راس المال ينفسخ العقد بقدره
او بما ش اشارة الى وجه اخر لفساده م لا يقدر ش اي المسلم اليه م على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال
ش لانه ليس لرب المال حينئذ الا راس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم
لا يعتبر به فما بني على الرخص اجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بقوله م والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه
ش اي لشرع السلم م مع المنافي ش اذ القياس يخالفه الا يرى انه اذا اسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك
ذلك المكيال وعوده الى الجهالة فان قيل في هذا اعتبار لشبهة الشبهة وذلك ان وجود بعض راس المال

ذيوفا فيه شبهة واحتمال لانه يحتمل ان لا يجد زيوفا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل فلعله لا يرد وترك الاستبدال في مجلس
الرد محتمل والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وهي شبهة الشبهة فلنا هذه شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجوده زيفا
فكانت شبهة واحدة معتبرة بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا ش هذا جواب عما قاسا عليه من الثوب والفرق اي
الثوب الذي جعل راس المال الذي قاسا المتنازع فيه عليه لا يصح م لان الذرع وصف فيه ش اي في الثوب المعين م لا يتعلق
العقد على مقداره ش ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن والتبر ان
كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا بالفارق ولم يجب عن الثمن في الاجرة اذ الدليل يشمل
ذلك فكان البيع والاجارة لا يستحقان بوجود الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد م ومن فروعه ش اي ومن فروع
الاختلاف في معرفة مقدار راس المال م اذا اسلم في جنسين ش بان قال اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة وكر
شعير او في ثوبين مختلفين م ولم يبين راس مال كل واحد ش فعنده لا يجوز وعندهما يجوز م او اسلم من جنسين ش بان قال
اسلمت اليك هذه الدراهم العشرة وهذه الدنانير او على العكس م ولم يبين مقدار احدهما ش اي الدنانير والدراهم فعند
ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز لما ان اعلام راس المال شرط عنده والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة
وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار راس كل واحد منهما معلوما وكذلك في المسألة الثانية كذا في المبسوط م ولهما ش اي
ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله في الثانية ش اي في المسألة الثانية م ان مكان العقد يتعين ش اي للايفاء لان مكان العقد
مكان الالتزام فيتعين لايفاء ما التزمه في ذمته لوضع الاستقراض والاستهلاك م لوجود العقد الموجب للتسليم فيه
ش اي في مكان العقد وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد م ولانه ش اي ولان
مكان العقد م لا يزاحمه مكان آخر ش لعدم ما يوجبه وما هو كذلك م فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر ش
لان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وهذا على قول الكرخي في الامر المطلق فانه يتعين وجوب الاداء في اول
اوقات المكنة عنده م وصار كالقرض والغصب ش فانه يتعين مكان القرض والغصب للتسليم بالاجماع قال الاكمل رحمه الله
ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان
لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين بطل العقد بيان
مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله فسد عقد اشتراها في المصر
او خارجه بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والبيع في السلم
خاص لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قد لم يذكر في التعليل
وشمله بعد القطاع وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها يبطلها وانما فسد في بيع العين لان قابل
الثمن المبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة م ولابي حنيفة ان التسليم ش اي تسليم السلم م غير واجب في الحال ش لانه
الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال م فلا يتعين ش مكان العقد فيه للتسليم م بخلاف القرض والغصب
ش والاستهلاك م فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين بموضعه م فاذا لم يتعين ش اي مكان العقد للايفاء بقي
مكان الايفاء مجهولا م فالجهالة مفضية الى المنازعة ش لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع
يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك م فلا بد من البيان ش دفعا للمنازعة م وصار كجهالة الصفة ش في اختلاف
القيم باختلافها يعني صار اختلاف المكان كجهالة الصفة يعني ان اختلاف الصفة في المسلم فيه يختلف القيمة فكذلك
باختلاف المكان يختلف ايضا ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم لافضائه الى المنازعة فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا
المعنى فلا بد من البيان م وعن هذا ش اي عن هذا الذي قلنا وهو اختلاف المكان كجهالة الصفة م قال من قال من المشايخ
ان الاختلاف فيه ش اي في مكان الايفاء م عنده ش اي عند ابي حنيفة م يوجب التحالف كما في الصفة ش اي كما اذا اختلفا في
صفته الجودة والرداءة في احد بدلي السلم م وقيل على عكسه ش اي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه وعندهما
يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية لان المكان يتعين عندهما وهو معنى قوله خلافا له
م لان تعين المكان قضية العقد ش اي مقتضاه م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد مكان الاختلاف في المكان كالاختلاف
في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف م وعلى
هذا الخلاف ش وهو انه هل يشترط بيان مكان ايفاء الثمن في بيع العين اذا كان له حمل ومؤنة م صورته جعل الحمل والمؤنة
دينا في الذمة كما في البيع فيشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما م والاجرة ش صورته منصوص في كتاب
الاجارات اذا كان الشيء الذي يحمل اجرة ثيابا وله حمل ومؤنة عند ابي حنيفة لا يصح الا بتعيين مكان الايفاء وعندهما يجوز
من غير تعيين كما يجيء الآن م والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة ش اشتراط

بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط ويتعين مكان القسمة وقيل لا يشترط ذلك اي بيان مكان الايفاء
عندنا بالكل والصحيح انه م ش اي ان بيان مكان الايفاء م يشترط اذا كان مؤجلا ش عند ابي حنيفة وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي ش وبه قال الشافعي م وعندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد يتعين مكان الدار ش في اجارة الدار م
ومكان تسليم الدابة ش في اجارة الدابة م للايفاء ش اي لاجل ايفاء الاجرة م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير م وما لم
يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ م لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع ش اي باجماع
الائمة الاربعة واصحابهم م لانه ش اي لان ما ليس له حمل ومؤنة م لا تختلف قيمته ش لان الاماكن كلها سواء والاماكن لا تختلف
باختلاف الاماكن فيما لا حمل ولا مؤنة له وانما تختلف بعزة الوجود وكثرة الوجود وكثرة رغبات الناس وقلتها وقيل ما له
حمل ومؤنة هو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة م ويوفيه ش
اي ويوفي المسلم اليه المسلم فيه م في المكان الذي اسلم فيه ش لانهم اتفقوا على ان بيان المكان للايفاء فيه ليس بشرط لصحة
السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان اشار المصنف الى احداهما بقوله م قال ش اي المصنف
رحمه الله وهذا ش اي قوله ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه م رواية الجامع الصغير والبيوع ش اي بيوع الاصل وهو المبسوط
م وذكر في الاجارات ش اي في كتاب الاجارات م يوفيه في اي مكان شاء ش اي المسلم اليه م وهو الاصح ش اي المذكور واشار في
الاجارات هو الاصح وبه قال الشافعي في الاصح م لان الاماكن كلها سواء ش وقد ذكرناه الآن م ولا وجوب في الحال ش جواب
عن سؤال وهو ان يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال لا يحتاج التسليم في الحال ليتعين ضرورة
انتفاء م ولو عين مكانا ش اي فيما لا حمل له ولا مؤنة م قيل لا يتعين لانه ش اي لان التعيين م لا يفيد ش من حيث لا يلزم بنقله
مؤنة م وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ش عن رب السلم م ولو عين المصر ش اي رب السلم ش فيما له حمل ومؤنة
اكتفى به ش وفي بعض النسخ يكتفي به اي بتعيين المصر م ولانه ش اي لان المصر م مع تباين اطرافه كبقعة واحدة ش اي كمكان واحد
لان القيمة لا تختلف باختلاف المصر عادة حتى قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه فرسخ فلم يبين ناحية
لا يجوز لان هذه جهالة مفضية الى المنازعة كذا في المحيط م فيما ذكرنا ش قال الكاكي اي في اختلاف القيمة وقال الاترازي
اي فيما ذكرنا اي المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة في القيمة حيث لا تختلف باختلاف المحال ولهذا لو دفع المالك
مقاربة ليعمل بالكوفة كان له ان يعمل في اي مكان شاء منها وقال الاكمل فيما ذكرنا من انه لا يختلف القيمة باختلاف المحلة
وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي الثمن والاجرة والقسمة م قال ش اي القدوري م ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارقه فيه ش اي في المجلس والمراد منه المفارقة بالابدان الا ترى الى ما قاله في شرح الطحاوي فتسليم راس المال
ليس بشرط في مجلس العقد وانما جعل تسليمه الى المسلم اليه شرطا قبل الافتراق بالابدان الا ترى انهما لو تعاقدا اعقد
السلم واعلم ان تسليم راس المال قبل المفارقة شرط م اما اذا كان في النقود ش مثل الدراهم والدنانير وامثالها قبل
قبض راس مال السلم فانه لا يصح م فانه افتراق عن دين بدين ش وذلك لا يجوز م وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي
بالكالي ش وهذا الحديث قد تقدم في اي النسيئة بالنسيئة م ولان كان ش اي راس المال م عينا ش كالتبر والمصوغ والثوب
والحيوان م فلان السلم احد عاجل باجل ش لانه عقد يثبت الملك عاجلا وفي الثمن آجلا فاشترط تعجيل راس المال فيتحقق
المعنى الذي وضع له الاسم م اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل ش لان السلم اخذ عاجل باجل والمسلم فيه اجل فيجب
ان يكون راس المال عاجلا ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود تثبت
احكامها بمقتضيات اساميها لغة كذا في المبسوط فاذا كان الامر كذلك فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم
م ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب ش اي ليتصرف م المسلم اليه فيه ش اي في راس المال
ش الذي هو السلم او السلف م فيقدر ش بالنصب عطفا على ليتقلب م على التسليم ش اي تسليم المسلم فيه ش ولهذا ش ايضاح لاشتراط قبض راس مال
السلم م قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما ش للمتعاقدين م او لاحدهما ش اي او كان خيار الشرط لاحدهما م لانه ش اي
لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم ش وهو ثبوت الملك م وكذا لا يثبت فيه ش اي في المسلم فيه
م خيار الرؤية لانه غير مفيد ش اذ فائدة الخيار رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه
لم يرد عين ما تناوله العقد لان العقد لم يتناول هذا المقبوض وانما تناول مثله دينا في الذمة فلا ينفسخ العقد برده
العود مثله فاذا لم يفد فائدة لا يثبت بخلاف بيع العين فانه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد لانه رد
عين ما تناوله العقد فينفسخ العقد برده كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله وقال الاترازي قوله
وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية فيه اشكال لان الضمير في قوله منه اما ان يراد به راس المال او المسلم فيه فلا يجوز

هذا حكم بقيد الاسلام وكما يسلم في دراهم الى الاسد يلزم ان ينحل عن صاحبه حتى يقبض راس المال وينتقض

الاول لان خيار الرؤية ثابت في راس المال وبه صرح في التحفة ولا يجوز الثاني ايضا لانه لا يوجد شرط الكلام لان سوق كلامه ان
تسليم راس المال شرط قبل المفارقة واوضح ذلك لعدم صحة السلم بخيار الشرط وبقي قوله ولذا لا يثبت خيار الرؤية به
احتجت انتهى وقال الاكمل انه يعود الى المسلم فيه وذكر اشتراطه او يجوز ان يعود الى راس المال م بخلاف خيار العيب لانه
لا يمنع تمام القبض ش اي لان خيار العيب لا يمنع تمام القبض لان تمام القبض يتعلق بتمام الصفقة وتمام الصفقة يتعلق
بتمام الرضى وما لرضا تمام وقت العقد كذا في المبسوط م ولو اسقط ش اي رب السلم م خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال
قائم ش اي والحال ان راس المال قائم بعد في يد المسلم اليه م جاز ش اي السلم عندنا وانما قيد بكون راس المال قائما لانه اذا اسقط
الخيار بعد هلاك راس المال في يد المسلم اليه او انفاقه لا يعود السلم جائزا بالاجماع م خلافا لزفر رحمه الله ش والشافعي رحمه الله
ايضا م وقد مر نظيره ش اي من نظير هذا في باب البيع الفاسد وهو انه اذا باع الى اجل مجهول كالحصاد والدياس ونحوهما ثم
تراضيا باسقاط الاجل قبل الاجل جاز عندنا خلافا لهم م وجملة الشروط ش اي جملة شروط السلم م جمعوها ش اي جمعها الاصحاب
م في قولهم اعلام راس المال ش هو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته م وتعجيله ش المراد به التسليم قبل الافتراق واعلام
المسلم فيه ش اي وفي اعلام المسلم فيه وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر م وتاجيله ش يعني الى اجل معلوم م وبيان
مكان الايفاء ش اي وفي بيان مكان ايفاء المسلم فيه م والقدرة على تحصيله ش اي وفي القدرة على تحصيل المسلم فيه وهو ان لا ينقطع
وهذه الشروط ستة على ما بيان جميعها عند قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط م فان اسلم ش وفي بعض النسخ
الشرعية ومن اسلم مائتي درهم في كر حنطة ش قال الازهري الكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف
وفي الجامع الصغير الحسامي الكر اسم لاربعين قفيزا كذا في المغرب م مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في
حصة الدين باطل ش وبه قال الشافعي م لفوات القبض ش اي في قدر الدين اذ العقد لا يتعلق بالدين المضاف اليه
وانما ينعقد بمثله وهو غير مقبوض م ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ش اي شرائط السلم م ولا يشيع الفساد
جواب عن قول زفر فانه يقول يشيع الفساد ويبطل العقد في حصة النقد ايضا لان هذا فساد قوي تمكن في صلب العقد
فيفسد به الكل وقال المصنف لا يشيع الفساد م لان الفساد طارئ ش لانه ما اقترن باصل العقد لان كونه دينا صفي في الطلب
الا ترى انهما لو اجزا التسليم والسلم الى اخر المجلس يكون العقد صحيحا م اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق
صح ش السلم م الا انه يبطل بالافتراق لما بينا ش اشارة الى قوله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي م وهذا
اشارة الى قوله اذ السلم وقع صحيحا م لان الدين لا يتعين في البيع ش لان النقود لا تتعين في العقود واذا كانت عينا فكذا
اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء م الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع
فينعقد صحيحا ش ويستدل بهذه المسالة على ان الدين لا يتعين باضافة العقد اليه فيكون الاطلاق والتقييد فيه سواء
وفي النهاية وانما قيد بقوله مائة منها على المسلم اليه لانه لو كان دينا على الاجنبي فالمسالة بحالها يشيع الفساد في الكل
لانها لبث بما لا في حقهما ومذهبنا مروي عن ابن عباس فان قيل هذا منقوض بثلاث مسايل احدها انه لو حلف اذا قال ان
بعت هذا العبد بهذا الكر من الحنطة وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعهما بعينهما يحنث بالكر والدراهم وهذا انه
تعيين النقود وثانيها ان الرجل اذا باع دينارا بالعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبا فان
البيع فاسد وثالثها اذا باع عبدا بدين وهما يعلمان ان لا دين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقييد سواء لجاز العقد
قلنا اما المسالة الاولى فقلنا اما الاول فنحن ندعي ان النقود لا تتعين في العقود استحسانا فالاجوار فلا يلزم لانها تتعين
جوازا لا استحسانا واما الثانية فلا يتعلق من الصرف باختلاف الجنس الاستبدال بالعقد لانه فيستحق البيع بلا ثمن واما
الثالثة فانما فسد البيع لمكان الهازل به لان هذا بيع بلا ثمن فيكون بينهما هازلا به وهي تعين في الجواز م قال ش اي
القدوري م ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض ش هذا باتفاق الفقهاء اما الاول ش اي التصرف
في راس مال السلم قبل القبض م فلما فيه من تفويت القبض المستحق ش لان قبض راس المال في المجلس حق الله تعالى والتصرف
يبطله وانما شرط القبض احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط
م واما الثاني وهو التصرف في المسلم فيه قبل القبض ش فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز فلو دفع
اليه اردى او اجود برضا المسلم اليه جاز لانه جنس حقه فلم يكن استبدالا ولو ابراه عنه فقبل بطل العقد لعدم القبض
ولو رد الابراء لم يبطل والتعليق فيه قبض عند محمد خلافا لابي يوسف فاما قيد بقوله قبل القبض احترازا عما بعد القبض
ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا باس ان يبيع رب السلم سلعة بعد قبضه اياه مرابحة على راس المال وان يبيعه تولية وان
يبيعه مواضعة وان يشرك فيه غيره م ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه قبل قبضه لانه ش اي لان كل واحد من الشركة

والتولية

والتولية م تصرف فيه ش اي في المسلم فيه والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز وهذا ايضا من لفظ القدوري وانما خصهما
بالذكر بعد ما عمهما بقوله ولا يجوز التصرف الى اخره لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والمواضعة وقيل احترازا عن قول
البعض انه يجوز عنده التولية في بيع العين والسلم وحكى ذلك عن مالك م فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من
المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله ش هذه من مسائل الجامع الصغير وصورة المسالة فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم فاراد رب السلم ان يشتري براس
مال السلم شيئا قبل ان يقبضه قال ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه وقوله لم يكن له ان يشتري ش وفي الايضاح هذا
استحسان والقياس ان يجوز وهو قول زفر والشافعي لانهما لما تقايلا بطل السلم وبقي راس المال دينا في ذمته
فيجوز الاستبدال به كسائر الديون لانه لا يجب قبضه في المجلس ودليلنا قول المصنف رحمه الله م لقوله عليه السلام
ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لا تاخذ الا سلمك او راس مالك ش لم ار احدا من الشراح يخرج هذا الحديث
غير الاترازي قال روى اصحابنا عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال لا تاخذ الا سلمك او راس مالك
والحديث اخرجه ابو داود عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه
الى غيره ورواه الترمذي في علله الكبير وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه وهو حديث حسن ورواه ابن ماجة في
سننه عن عطية عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ولم يذكر فيه ابا سعيد ورواه الدارقطني في سننه بلفظ فلا ياخذ
الا ما اسلم فيه او راس ماله وهذا اقرب من لفظ المصنف وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن قتادة عن
ابن عمر رضي الله عنهما قال اذا اسلفت في شيء فلا تاخذ الا راس مالك او الذي اسلفت فيه م اي عند الفسخ ش
هذا التفسير من المصنف والمعنى لا تاخذ الا سلمك اي المسلم فيه حال قيام العقد او راس مالك عند الانفساخ اذ
لا يمكن اخذه حال قيام العقد فعند حلول حق رب السلم اخذ المسلم فيه وبعده اخذ راس المال م ولانه ش اي ولان
راس المال م اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه ش اي في راس المال قبل قبضه وهذا ش اي كونه مشابها للمبيع
لان الاقالة بيع جديد ش اي بيع ابتداء م في حق ثالث ش اي غير المتعاقدين م ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه
ش اي بالاقالة هذا جواب سؤال وهو ان يقال لم لا يجوز ان يجعل بيعا جديدا في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لراس
المال حكم المبيع فقال لا يمكن جعله مبيعا لسقوطه لانه دين يثبت بالسلم ويسقط بالاقالة ولهذا ان الاقالة
في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد وقوعها لسقوط المسلم فيه عن الذمة فلو صح فسخها لعاد المسلم فيه واجبا والساقط
لا يعود م فجعل راس المال مبيعا ضرورة اذ لو لم يجعل مبيعا تبطل الاقالة الا ترى انهما لو تقايلا في باب البيع وهلك
المبيع بعد الاقالة قبل القبض تبطل الاقالة وهاهنا لما تقايلا سقط المسلم فيه وصار كالهالك فلو لم يجعل راس المال
مبيعا لبطلت الاقالة وقد صحت هاهنا فلا بد من قيام المعقود عليه وليس ذلك الا راس المال لسقوط المسلم فيه م
الا انه لا يجب ش جواب سؤال وهو ان يقال لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب ان يقبض راس المال في المجلس لان
الاقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفيه القبض شرط وبالاجماع لا يجب قبضه في المجلس فاجاب بقوله م الا انه ش
اي ان راس المال م لا يجب قبضه في المجلس لانه ش اي لان الاقالة على ما قيل تصرف الاقالة م ليس في حكم الابتداء ش
اي ابتداء عقد السلم م من كل وجه ش لان السلم عقد من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث
فكان عقدا من وجه م دون وجه ش اي وفي جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا م خلاف زفر ش والشافعي ايضا فانهما يقولان
لو تقايلا السلم واشترى رب السلم براس المال شيئا قبل القبض يجوز ذلك وهو القياس لانهما لما تقايلا ارتفع
العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك فجاز الاستبدال عنه ولهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض
والغصب م والحجة عليه ش اي على زفر م ما ذكرناه ش اي من الحديث والمعقول اما الحديث فهو قوله عليه السلام
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك واما المعقول فهو ما ذكر من قوله ولانه اخذ شبها بالمبيع الى اخره وعكس ربيانه م
قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اسلم في كر فلما حل الاجل ش اي اجل السلم م اشترى المسلم اليه من رجل كرا
ش وهو ستون قفيزا م وامر رب السلم بقبضه ش اي بقبض الكر الذي اشتراه من رجل م قضاء ش اي لاجل القضاء
بحقه م لم يكن قضاء ش اي لم يكن اداء لحقه وفي الكافي اذا امره بقبضه قضاء رب السلم لم يكن قبضا عن المسلم فيه حتى
لو هلك المقبوض في يد رب السلم هلك من مال المسلم اليه م وان امره ان يقبضه له ش اي وان امر المسلم اليه رب السلم
م ان يقبضه ش يقبض المسلم فيه لاجل المسلم اليه م ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ش اي لاجل المسلم اليه م ثم اكتاله لنفسه
جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل ش احدهما صفقة عقد السلم والثانية هي الصفقة التي جرت بين المسلم
اليه مع رب السلم م فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ش تقدم

هذا الحديث في المرابحة والتولية م وهذا هو محمل الحديث ش يعني معنى قوله عليه السلام حتى يجري فيه صاعان هو محمل الحديث
يعني اجتماع الصفقتين المذكورتين م على ما مر ش في الفصل الذي بعد باب المرابحة والتولية وهو قوله ومحمل الحديث
اجتماع الصفقتين على ما بين والاصل في هذا ان العقد اذا وقع مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري ان يتصرف حتى
يعيد الكيل او الوزن ثانيا للحديث المذكور وهو ما رواه ابن ماجه في سننه عن جابر رضي الله عنه قال نهى النبي صلى
الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري والسلم بيع بشرط الكيل فلا بد من
الكيل ثانيا لانه اذا كاله ثانيا ربما يزيد على قدر الكيل فلا يسلم له الزيادة فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانيا يلزم التصرف
في مال الغير وهو حرام م والسلم وان كان سابقا ش هذا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شرا
المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد المشتري فلم يتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي وتقرير الجواب
القول بموجب العلة سلمنا ذلك ولكن السلم وان كان سابقا على شرا المسلم اليه من بايعه م ولكن قبض المسلم فيه لاحق
ش اي التقدير فتجتمع الصفقتان في التقدير م وانه ش اي وان قبض المسلم فيه م بمنزلة ابتداء البيع ش تحقيق
هذا ما قاله السرخسي المقبوض في باب السلم عين المسلم فيه حقيقة فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض غير ما تناوله
العقد فلا بد من طريق يحصل به ذلك الطريق كان عين المعقود عليه وذلك بان يجعل عند القبض كانه جدد العقد
العقد على المقبوض وانما قال بقوله ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين
وهو معنى قوله م لان العين غير الدين حقيقة ش وهو ظاهر لقوله م وان جعل ش كلمة ان واصلة بما قبله اي وان
جعل الدين م عينه ش اي وان جعل المقبوض عين الدين م في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ش لانه لو لم يجعل
حق الاستبدال عن حصه يلزم استبدال المبيع قبل قبضه وذا لا يجوز واذا جعل الدين عين المقبوض الذي هو
الدين صورة حرمة الاستبدال فلا يتعدى فيبقى ما وراءه كالبيع م فيتحقق البيع بعد الشرا ش اي بيع المسلم اليه
من رب السلم بعد شرا المسلم اليه من بايعه بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان
لم ش اي الكر م سلما وكان قرضا فامره ش اي فامر المستقرض م بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ش اي
ولاجل كون القرض اعارة م ينعقد ش اي القرض م بلفظ الاعارة ش بان يقول اعرتك هذا المبلغ من الدراهم او
الدنانير فاذا كان اعارة م فكان المردود عين المأخوذ ش اي عين المقبوض م مطلقا ش اي سواء كان في حق الاستبدال
او غيره م حكما ش اي تقديرا والا يلزم تملك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربوا فاذا كان كذلك م فلا تجتمع الصفقتان
ش فيكتفى بكيل واحد وفي الشامل في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد وان كان بحضرة الآخر وفي كل موضع
وجد عقد واحد يكتفى فيه بكيل واحد وكذلك اذا اشترى موازنة لا يتصرف ما لم يزنه فان اشترى مجازفة
او اخذ قرضا جاز ان يترك الكيل والوزن ولو اشترى المعدود عدا هل يشترط العد ثانيا فيه روايتان م قال ش
اي محمد في الجامع الصغير م ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ش الغرائر
جمع غرارة بكسر الغين المعجمة قال الجوهري الغرارة واحدة الغرائر التي للتبن وما اظنه عربيا م ففعل وهو
اي رب السلم م غائب لم يكن قضاء ش اي قبضا يريد به اذا كان الطعام عينا وانما قيد بقوله وهو غائب لانه اذا
كان حاضرا صار المسلم اليه قابضا سواء كانت الغرائر له او للبائع او كانت مستأجرة وبه صرح الفقيه ابو الليث رحمه الله
وانما لم يكن قضاء م لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر ش لانه تناول عينا مملوكة للبائع م لان حقه
اي حق رب السلم م في الدين دون العين ش لان محل الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال وحقه
في العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد م فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه ش اي من رب السلم م وقد جعل
ملك نفسه فيها ش اي وقد جعل المسلم اليه ملك نفسه في الغرائر فلم يصر رب السلم قابضا حتى اذا هلك الكر هلك
من مال المسلم اليه وبقي الدين في ذمته كما كان م فصار ش اي رب السلم م كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه ش اي
فدفع المداين الى المديون م كيسا ليزنها المديون فيه ش اي في الكيس م لم يصر قابضا ش يريد فيه م ولو كانت الحنطة
مشتراة ش بان اشترى حنطة بعينها م والمسألة بحالها ش وهي انه دفع غرائره الى البائع وقال اجعلها فيها ففعل
والمشتري حاضر او غائب م صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ش يعني
بنفس العقد فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر
في يد المشتري حكما فصار الواقع فيها واقعا في يد المشتري حكما لان فعل نائبه كفعله حتى لو كانت الغرائر للبائع
لا يصير قابضا في رواية عن محمد وقال الشافعي لا يصير قابضا سواء كانت الغرائر للمشتري او للبائع كما في
السلم م الا ترى ش توضيح لتملكه بالبيع م انه ش اي ان المشتري م لو امر البائع بالطحن ش اي بطحن

الحنطة

الحنطة المشتراة م كان الطحين في السلم للمسلم اليه ش لان الامر بالطحن في السلم لم يصح لانه لاقى ملك المسلم اليه فلا يصح م
وفي الشراء ش اي وكان الطحين في الشراء للمشتري لصحة الامر ش لانه لاقى ملك المشتري م وكذلك الحكم اذا امره ش اي
المشتري ان يصبه في البحر ش يعني م في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري لصحة الامر وتقرر
الثمن عليه ش وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره م لما قلنا
ش اشارة الى قوله لصحة الامر م ولهذا ش اي ولكون الامر قد صح م يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح ش احترز به عما
قيل في الشراء لا يكتفى بكيل واحد بل يشترط كيلان وعلل الصحيح بقوله لانه ش اي لان البائع م نائب عنه ش اي عن المشتري
م في الكيل ش يكتفى بكيل واحد م والقبض ش اي م وقع بفعله مع رأي وحصل القبض بالوقوع في غرائر المشتري
وهذا جواب عما يقال البائع مسلم فكيف يكون متسلما وتقرير الجواب ان القبض يتحقق بالوقوع في غرائر المشتري فلا
يكون مسلما ومتسلما م ولو امره ش اي ولو امر المشتري البائع م في الشرا ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا
لانه ش اي لان المشتري م استعار غرائره ش اي غرائر البائع م ولم يقبضها ش اي والحال ان المشتري لم يقبض الغرائر
فلا تصير الغرائر في يده ش لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض م وكذا ما يقع فيها ش اي تكن الا يصير المشتري
قابضا ما في الغرائر وفي بعض النسخ فيه قال الكاكي اي في الغرائر على تأويل الظرف او المذكور وذلك لعدم صحة
العارية لعدم القبض وكذا لا يصير الواقع فيها مقبوضا م فصار ش اي حكم هذا م كما لو امره ش اي كحكم ما لو امر المشتري
البائع م ان يكيله ش اي يكيل الكر م ويعزله في ناحية من بيت البائع ش اي امره بان يعزل الكر في جانب من بيت البائع
يعزله لا يكون المشتري قابضا فكذا هذا م لان البيت بنواحيه ش اي بجوانبه الاربعة م في يده ش اي في يد البائع فاذا
كان كذلك فلم يصر المشتري قابضا م ولو اجتمع الدين والعين ش صورته اشترى كرا معينا وله على البائع كر آخر دين
وهو المسلم فيه م والغرائر للمشتري ش اي والحال ان الغرائر للمشتري م وامره ان يجعل الدين والعين فيها ش اي في
الغرائر م ان بدأ بالعين ش اي ان بدأ البائع وهو المسلم اليه م بالعين ش اي بالمشترى بيعا اولا م صار ش اي المشتري
بجميع الكر قابضا ش اي صار قابضا للكل العين والدين م اما العين ش اي اما صحة قبض العين م فلصحة الامر فيه ش اي
في العين م واما الدين ش اي واما صحة قبض الدين م فلاتصاله بملكه ش اي بملك المشتري لان العين في يده حكما م وبمثله
يصير قابضا ش اي وبمثل اتصال الدين بالملك بالرضا يثبت القبض فيصير المشتري قابضا م كمن استقرض حنطة ش
اي نظير الحكم المذكور نظير من استقرض كرا من حنطة م وامره ان يزرعها في ارضه ش اي وامر المستقرض المقرض
ان يزرع الحنطة في ارض المستقرض صح القرض وصار المستقرض قابضا باتصاله بملكه فكذلك ههنا م وكمن دفع
ش اي ونظير الحكم المذكور ايضا نظير من دفع م الى صائغ خاتما وامره ان يزيده ش اي يزيد الخاتم م من عنده ش اي
من عند الصائغ م نصف دينار ش جاز لانه يصير قرضا ويصير بالاتصال الى ملكه قابضا م وان بدأ بالدين ش ثم بدأ
بالعين م لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر ش لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا يعني
فكان المأمور يجعله في الغرائر مستعيرا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر م واما العين ش اي واما عدم صحة
القبض في العين م فلانه خلطه بملكه ش اي فلان البائع خلط كر المشتري م بملكه ش اي بملك نفسه م قبل التسليم ش
تحت لا امانته م فصار ش اي البائع م مستهلكا ش اي المبيع م عند ابي حنيفة رضي الله عنه فينتقض البيع ش اي ينفسخ
م وهذا الخلط ش هذا جواب عما يقال ان الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع وتقرير الجواب ان الخلط على هذا
الوجه م غير مرضي به من جهته ش اي من جهة المشتري اراد ان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط
على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان مأذونا به وههنا لم يصر بخلط مأذونا مرضيا به وانما اذن له بان الخلط
على وجه يصير قابضا بالبداءة بالعين وقال الاكمل وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزما
واستدل بقوله م لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين ش فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص
ويجوز ان يقال كلامه في مقام الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند المنع فاتم
الكلام م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م هو ش اي المشتري م بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في
المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ش وقال الامام قاضي خان ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد اما عند ابي
ابي يوسف اذا بدأ بالدين يصير قابضا كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين اذ الخلط ليس
باستهلاك وعند محمد يصير قابضا للعين دون الدين وعند الشافعي لا يصير قابضا سواء بدأ بالعين او بالدين
م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا ش اي المسلم م فماتت ش
اي الجارية م في يد المشتري ش اي المسلم اليه وانما سماه مشتريا بالنظر الى شراية الجارية بالحنطة لان كلا من العينين

الثمن والمثمن م فعليه ش اي فعلى المشتري م قيمتها ش اي قيمة الجارية م يوم قبضها ش يعني لما ثبت الاقالة وجب ردها وقد عجز فيجب رد بدلها وبه قال الشافعي وانما قال يوم قبضها لان السبب الموجب للضمان انما هو القبض فصار كالغصب م ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز ش اي التقايل م لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد ش وذلك لعرض الفسخ وهو يعتمد قيام العقد م وذلك ش اي بقاء العقد م بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه ش اي حال بقاء المعقود عليه م واذا جاز ش اي التقايل بعد موتها م ابتداء اولى ان يبقى ش بعد موتها م انتهاء ش لان البقاء اسهل من الابتداء فان قيل ينبغي ان لا يصح الاقالة بعد هلاك الجارية لانها بعد الهلاك بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينا في الذمة والمسلم فيه قد سقط ايضا بالاقالة فصار بمنزلة العوضين في بيع المقايضة فانه اذا هلك احد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك العوض الآخر بطل الاقالة فكذا هنا ينبغي ان يمتنع التقايل لهلاك العوضين كما في بيع المقايضة قلنا الرد واجب لعقد الاقالة وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة الجارية مقامها فلم يكن رد عين الجارية واجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية م واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا ش يعني تبعا لانفساخ العقد في المسلم فيه وان لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها هكذا قرره شيخي العلامة وقال تاج الشريعة هذا جواب من يقول ان الانفساخ في حق الجارية الميتة كيف يتحقق وانه ليس بمحل لذلك فقال الانفساخ بطريق التبعية وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا م فيجب ردها عليه ش اي رد الجارية على المسلم اليه م وقد عجز ش اي والحال ان المسلم اليه قد عجز عن رد الجارية بسبب موتها م فيجب رد قيمتها ش وقامت القيمة مقام الجارية م ولو اشترى جارية ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة ش ايضا م لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله ش اي محل البيع لان الاقالة فسخ العقد ولا قيام له الا بقيام العقد ولا قيام للعقد الا بقيام المبيع لانه هو الاصل في البياعات م وهذا ش اي الذي ذكرنا م بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ش فيه م وتبقى ش اي الاقالة م بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه ش اي في بيع المقايضة والحاصل انه اشار بهذا الكلام الى الفرق بين السلم حيث يصح الاقالة فيه بعد هلاك الجارية وبين المسلم اليه قبل الرد الى رب السلم سواء هلكت قبل الاقالة او بعد هلاكها وقد اوضحنا هذا في السؤال والجواب الذي ذكرناهما الآن م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير م ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا ش اي طعاما رديا م وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه ش بالاتفاق وبه قال الشافعي وفي الكافي وكلام المتعنت مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض م لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة ش المتعنت في اللغة من يطلب العنت وهو الوقوع فيما لا يستطيع الانسان الخروج عنه والمراد بالمتعنت شرعا من ينكر ما ينفعه ويريد الاضرار بغيره والمخاصم من ينكر ما يضره كذا في الفوائد الظهيرية م لان المسلم فيه يربو ش اي يزيد م على راس المال في العادة ش هذا دليل على قوله لان رب السلم متعنت لربو المسلم فيه على راس المال عادة فكان الحظ له في صحة العقد فاذا انكر صحته فقد كان متعنتا فان قيل لا نسلم ان المسلم فيه يزيد بل راس المال خير وان قل من المسلم فيه وان جل لما ان راس المال نقد والمسلم فيه نسيئة وفي المثل السائر النقد خير من النسيئة قلنا بلى كذلك الا ان ذلك متروك بالعرف والعادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون في عقد السلم وما ذاك الا لفائدة رأوها فكان النقد بمقابلة زيادة فائدة مع كونه نسيئة وانما فسر ربو المسلم فيه لاثبات المعادلة بينه وبين راس المال لان المسلم فيه وان كان اكثر ما فيه عادة الا انه اجل وراس المال وان قل ما فيه عاجل والعاجل خير من الاجل فيتخير فتصور كل واحد منهما بوفور كل واحد منهما فيتعادلان وذكر الامام السرخسي ان القول قول المسلم اليه لانه هو الذي يلتزم الطعام بعقد السلم فالقول قوله في بيان صفة ما التزم ثم اتفاقهما على اصل العقد اتفاق على ما هو شرط جواز العقد ومن شرط جوازه بيان صفة الطعام فقول رب السلم لم تشترط صفة الطعام يكون رجوعا عما اقر به وسعيا منه في نقض ما تم من جهته م وفي عكسه ش اي وفي عكس الحكم المذكور والحكم المذكور هو قول المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا وعكسه ان يقول رب السلم شرطت لك رديا ويقول المسلم اليه لم اشترط لك شيئا وقال الفقيه ابو الليث لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب يعني في الجامع الصغير وقال المصنف رحمه الله م قالوا ش اي قال المتاخرون في شرح الجامع الصغير مثل فخر الاسلام وغيره م يجب ان يكون القول قول رب السلم عند ابي حنيفة ش وبه قال الشافعي م لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا ش لان

الظاهر شاهد له لان العقد الفاسد معصية والظاهر من المسلم التحامي عن المعصية م وعندهما ش اي وعند محمد وابي يوسف م القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة ش كلمة ان واصلة بما قبله ولذلك اتى بالواو م وسنقرر ش اي وسنقرر اصل هذا الخلاف م من بعد ان شاء الله تعالى ش قال الاترازي اي في المسالة التي تلي هذه عند قوله القول لرب السلم عندهما لانه منكر حقا عليه وقال الاكمل قوله وسنقرره من بعد يريد به ما ذكره في خطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعد اي لان السين والمطابق في تعريبه بمعنى بدون السين م ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل ش اي انه لم يكن للسلم اجل م وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم ش اي بالاتفاق وبه قال الشافعي رحمه الله م لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له ش اي لرب السلم م وهو ش اي الحق م هو الاجل ش حاصله ان الكلام اذا خرج مخرج التعنت لا مخرج الخصومة بطل وكان القول لمدعي الصحة لان كلام المتعنت مردود فاذا رد بقي كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله م والفساد لعدم الاجل غير متيقن ش هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون المسلم اليه متعنتا في انكاره الاجل لانه يرد راس المال لفساد العقد لعدم الاجل ويرد راس المال ويبقى له المسلم فيه والمسلم فيه خير من راس المال وانفع منه وتقرير الجواب ان فساد العقد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد ش فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متعنتا بعدمه لم يلزم من انكاره رد راس المال م فلا يعتبر النفع في رد راس المال ش ولا يعتبر جهة كونه متعنتا بهذا الانكار معارضا لجهة التعنت والتقرير اذ الظني لا يعارض القطعي م بخلاف عدم الوصف ش قال صاحب النهاية اي لو قال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا وهي المسالة الاولى كان القول قول المسلم اليه لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن غير مجتهد فيه فكان رب السلم هناك متعنتا وقال غيره فان الفساد فيه قطعي وقال الاكمل وفيه نظر لان بناء المسالة على خلاف مخالف لم يوجد عنده وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق كما ذكره صاحب النهاية وغيره م وفي عكسه ش يعني فيما اذا ادعى المسلم اليه الاجل وانكر رب السلم م القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة ش كلمة ان واصلة بما قبله واعلم ان الاختلاف في الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل ففيه القول قول المدعي للاجل مع يمينه طالبا كان او مطلوبا وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعيا للاجل او منكرا والثاني في مقدار الاجل مثل ان يدعي احدهما انه شهر وقال الآخر انه شهران ففيه القول قول الطالب مع يمينه لانه ينكر الزيادة وان قامت بينة لاحدهما تقضى ببينته وان قامت لهما تقضى ببينة المطلوب لانه يثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل فان قال الطالب كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المطلوب كان شهرا ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة فان اقام احدهما البينة تقضى ببينته وان اقاما البينة فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل ثم ينبغي لك ان تعرف ان الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لان التحالف في البيع يثبت بخلاف القياس عند اختلافهما في عين المعقود عليه او بدله والاجل بمعزل من ذلك بخلاف ما اذا اختلفا في الوصف فانهما يتحالفان لان الاوصاف جارية مجرى الاصل لان الدين يعرف ويختلف اصله باختلافه وليس كذلك الاجل م ولو قال رب المال اذا قال للمضارب ش نظير المسالة المذكورة بمسالة رب المال اذا قال للمضارب م شرطت لك نصف الربح الا عشرة ش قال الكاكي وفي بعض النسخ شرطت لك نصف الربح زيادة عشرة وهذه النسخة ليست بصحيحة لان على ذلك التقدير القول للمضارب بالاجماع والصحيح النسخة الاولى لانه على ذلك التقدير كان القول لرب المال م وقال لا ش اي وقال المضارب ليس الامر كما ذكرت م بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة ش اي صحة العقد م وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد ش لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر م فكانا متفقين على الصحة ظاهرا ش اي بحسب الظاهر لوجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعد ذلك ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود والقول لابي حنيفة قال الشافعي م بخلاف مسالة المضاربة ش جواب عن قياسهما المسالة المذكورة على مسالة المضاربة فانه قياس غير صحيح وقال الاكمل لانهما اذا اختلفا فيها على اي في المضاربة يتنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع للعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد ليست

اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وجدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا فلا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب السلم وهو ينكر فالقول قول المنكر م لانه ش اي لان عقد المضاربة ليس بلازم ش ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شراء المضارب برأس المال شيئا وكذا المضارب يتمكن من فسخه واذا كان غير لازم لم يرتفع باختلافهما م فلم يعتبر الاختلاف فيه ش ولا الدعوى تعتبر فيه م فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح ش والآخر ينكر فالقول قول المنكر م اما السلم ش فانه عقد م لازم ش فلا ينفسخ بفسخ احدهما فبالاختلاف لا يرتفع فاذا بقي العقد كان القول لمدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما جعل القول قول المسلم اليه في الاجل كان القول قوله ايضا في مقدار الاجل م فصار الاجل ش اي الاصل في مسئلة السلم المذكورة م ان من خرج كلامه تعنتا ش اي من حيث التعنت لا يخرج الخصومة وقد مر تفسيره عن قريب م فالقول لصاحبه ش وهو مدعي الصحة م بالاتفاق ش لان كلام المتعنت مردود م وان خرج ش اي كلامه م خصومة ش اي من حيث الخصومة بان ينكر ما ينفعه م ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده ش اي عند ابي حنيفة م وعندهما للمنكر ش اي القول قول المنكر م وان انكر الصحة ش كلها ان واصله بابا قبلها وقد مر الكلام فيه مستوفى م قال ش اي القدوري في مختصره م ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ش اي من حيث الطول ومن حيث العرض م ورقعة ش اي من حيث الغلظة والثخانة كذا في المغرب وقيل المراد عدد الكرباس حتى انه كثير الرقاع او قليل الرقاع وقيل يعرف بكونه خماسيا او سداسيا وقال تاج الشريعة ورقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانته وهو مجاز م لانه ش اي ولان هذا السلم م سلم معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا ش اي عند قوله في اول الباب وكذا في المذروعات م وان كان ش اي السلم م ثوب حرير لا بد من بيان الوزن ايضا لانه ش اي لان الوزن م مقصود فيه ش اي في السلم في الثوب الحرير واذا كان كذلك م فلا بد من بيانه ش اي بيان الوزن وعند الشافعي واحمد ومالك بيان الوزن ليس بشرط وفي الايضاح وتحتاج الى الوزن في ثياب الحرير والديباج اذا كان التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه انتهى وقال الشيخ ابو نصر البغدادي قالوا اذا كانت الثياب مما يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن ايضا كثياب الحرير وقال الولوالجي في فتاواه ولو بين الذرعان ولم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير اختلف المشايخ فيه منهم من قال ليس بشرط ومنهم من قال شرط وفي الينابيع قال شمس الائمة السرخسي وهو الصحيح بخلاف سائر الثياب فانه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع فانه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ولا كذلك الكرباس وفي المنتقى اذا اسلم في ثوب حرير ابيض لا يجوز الا وزنا وفي المحيط لو شرط لذلك اذرعا فله ذراع وسط واختلف في تفسير الوسط قيل اراد به الفعل يعني لا يمد كل المد ولا يرخي كل الارخاء وقيل اراد به الخشب لانه يتفاوت في الاسواق قال شيخ الاسلام والصحيح انه يحمل عليهما نظرا للجانبين وقال الكاكي وكذا يجوز السلم في البواري والجوالق والمسوح والاكسية والبسط استحسانا اذا بين طوله وعرضه وصنعته وقال الولوالجي السلم في الكاغد يجوز عددا لانه عددي كالجوز والبيض وكذا الاسفيداج عددا م ولا يجوز السلم في الجواهر ش نحو الياقوت والبخش والعقيق ونحو ذلك م ولا في الخرز ش اي ولا يجوز السلم ايضا في الخرز بفتح الخاء المعجمة والراء ثم الزاي وقال الجوهري الخرز بالتحريك الذي ينظم والواحدة خرزة وخرزات الملك جواهر تاجه وعند مالك يجوز م لان آحادها ش اي آحاد الجواهر والخرز م تتفاوت تفاوتا فاحشا ش لان كل معدود متفاوت آحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والذي لا تتفاوت آحاده في المالية جاز السلم فيه كالجوز والبيض اذا كان من جنس واحد وفيه خلاف زفر وقد مر بيانه في اول الباب م وفي صغار اللؤلؤ الذي يباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ش لانه يدق ويجعل في الدواء ولا خلاف فيه للفقهاء م ولا بأس بالسلم في الآجر ش بفتح الهمزة وضم الجيم وتشديد الراء وهو الطوب المشوي م واللبن ش بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وبالنون وهو الطوب النيء م اذا سمى ملبنا معلوما ش الملبن يحتمل ان يكون اسم ما يضرب منه اللبن ويحتمل ان يكون المراد به الآلة وفي المحيط يشترط بيان مكانه والآلة م وقيل لا يشترط بيان مكانه وبقولنا قال الشافعي رحمه الله م لانه ش اي لان كل واحد من الآجر واللبن م عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن ش بكسر الميم وهو الآلة وقال الولوالجي في فتاواه ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه متى بين ملبنا معروفا فما يقع من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيرا لكونه ساقط الاعتبار فيلتحق بالعدديات المتقاربة فيجوز فيه السلم بخلاف ما لو باع مائة آجرة

من اتون لم يجز لان التفاوت في النضج يتفاوت فاحشا فالحقناه بالمتفاوتة في حق السلم وفي المتقاربة في حق البيع عملا بها وفي شرح الجامع الصغير لقاضي خان اما السلم في اللبن والآجر فجاز عددا وان لم يذكره محمد رحمه الله وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يجوز والحقه بالجوز والبيض م قال ش اي القدوري رحمه الله م وكلما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه ش هذا اصل كلي فيتخرج منه المسائل قال الاكمل رحمه الله فيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا ينضبط صفته ولا معرفة مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم اوصاف ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة الى الفروع يليق بموضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة م لانه لا يفضي الى المنازعة ش كما في الاجناس الاربعة من المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة وقال الكاكي لا خلاف للفقهاء في جواز السلم في كل ما هو من ذوات الامثال كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة وفي الجذوع لا بد من ذكر الطول والعرض والغلظ وكذا الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب والغزل ويجوز السلم في التبن كيلا وكيله الغرائر وقيل انه موزون وقيل المعتبر هو العادة كذا في المجتبى م وما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين ش اي لان السلم دين والدين يعرف بوصفه م وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ش فلا يجوز لان جهالة المعقود عليه تفسد العقد م ولا بأس بالسلم في طست ش وفي المغرب الطست مؤنثة وهي اعجمية والطس تعريبها والجمع طساس وطسوس وقد قالوا الطسوت ذكره في الشين المعجمة وقال الجوهري الطست الطس بلغة طيء ابدل من احدى السينين تاء للاستثقال فاذا جمعت او صغرت رددت السين لانك فصلت بينهما بالف او ياء فقلت طساس وطسيس م او قمقمة ش قال الجوهري القمقمة بالضم معروفة وقال الاصمعي هو رومي والجمع قماقم م او خفين او نحو ذلك ش مثل الكوز والآنية من النحاس والصفر والقلنسوة وبه قال الشافعي ان كان يساوي جوانبه ويكون العيار عن تحاسنه بطوله وعرضه وما يختلف العرض فاما ان يكون اجزاؤه تختلف كالعمائم والطواجن والاواني المتخذة من الصفر والزجاج والكيزان والحباب فلا يجوز لتفاوت اجزائها فانها ما يكون اعلاه اوسع واسفله اضيق او بالعكس وقد يكون وسطه كذلك كذا في تتمتهم والشرط عندنا في جواز ذلك م اذا كان يعرف ش لاجتماع شرائط السلم م وان كان لا يعرف فلا خير فيه ش اي لا يجوز م لانه دين مجهول ش والجهالة في الدين تمنع م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وان استصنع شيئا من ذلك الثابت بالتعامل ش في هذه الاشياء م قال ابو الليث في جامعه صورة الاستصناع ان يجيء رجل الى خفاف ويقول له اخرز لي خفا صفته كذا وقدره كذا بكذا او يسلم الدراهم كلها او بعضها او لا يسلم م وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم ش وبه قال زفر والشافعي وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل اشار اليه بقوله بغير اجل وجه الاستحسان هو ما ذكره بقوله م الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعاملوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان الخلاف لما كان ثابتا في الصدر الاول وهنا لا ش والصحيح انه ش اشار به الى انهم اختلفوا في جواز الاستصناع بانه بيع او عدة فقال م والصحيح ان الاستصناع م يجوز بيعا ش اي من حيث البيع م لا عدة ش اي لا من حيث الوعد وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة لانه سماه في الكتاب شراء واثبت له خيار الرؤية وهو يثبت في البيع لا في الوعد م والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما ش هذا جواب عما يقال كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا ونقض والجواب ان المعدوم قد يعتبر حكما ش اي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعدم النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوة للاستصناع الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما لتعامل الناس فقد يكون الشيء موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء المستحق للعطش حتى يجوز التيمم مع وجوده م والمعقود عليه هو الصنع فاجاب بان المعقود عليه هو العين ش لان المقصود هو المستصنع م دون العمل ش وعند بعض لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل والتسمية

المعقود عليه دليل على انه هو المعقود عليه والاديم والصرم فيه بمنزلة الالة العمل ش لكن الاصح ان المعقود عليه هو العين لان المقصود هو المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف والدليل عليه ان محمدا اثبت خيار الرؤية فيه وهو انما يكون في بيع العين فكذا ايدل عليه قول المصنف بقوله م حتى لو جاء به مفروغا ش اي لو جاء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغا لا من صنعته او من صنعته ش اي او جاء به حال كونه من صنعته قبل العقد ش اي قبل عقد الاستصناع م فاخذه ش اي فاخذه المستصنع م جاز ش فلا يجبر على قبوله ولو كان المعقود العمل يجبر الامر على القبول كذا في المبسوط م ولا يتعين الا بالاختيار ش اي ولا يتعين المستصنع الذي اعده لاجل المستصنع الا باختيار المستصنع واوضح ذلك بقوله م حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز ش لانه لو تعين لما جاز بيعه قبل اختياره م وهذا كله ش اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه العين دون العمل وكونه لا يتعين الا باختياره م هو الصحيح ش لما ان في كل واحد منها قولا اخر كما في بعضها. وهو اي المستصنع م بالخيار ش اي اذا رآه م ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ش فله الخيار اذا رآه م ولا خيار للصانع ش بل يجبر على العمل لانه بائع باعه ما لم يره م كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح ش اشار به الى نفي ما ذكره في الذخيرة من ان للصانع الخيار واشار بقوله م وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ش اي ان للصانع الخيار ايضا كما للآمر ذكره هنا في الذخيرة من رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وكذا في رواية ابي الليث وقاضي خان م لانه لا يمكنه ش اي ان الصانع لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم ش بفتح الصاد المهملة وسكون الراء والميم وهو الجلد وفي المغرب هو معرب چرم م وغيره ش اي وغير الصرم مثل اتلاف الخيط في خرزه م وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما ش اي الصانع والآمر اما للصانع فلما ذكرنا انه لا خيار له لما ان الاستصناع بيع ولا خيار للبائع فيما لم يره م واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتري به غيره بمثله اي مثل ما اشتراه المستصنع وقد لا يشتريه غيره اصلا لما لو ا واعظم سيرا لعظ الناس عليه فلم ياخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن المستصنع مجبور على القبول فلما علم عدم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك لجهله وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب ان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا فلم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في خيار اجتهاد المجتهدين وقال الاكمل فيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم بلغت كان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار يبطل خيارها لان الجهل ليس بعذر مع انه ليس بجهل الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها م ولا يجوز ش اي الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب. وفي الكافي كالجباب والثياب وصورته ان يدفع الى حائك دينارا لينسج له ثوبا من غزل نفسه ابقاه على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع م لعدم المجوز ش بكسر الواو من التجويز والمجوز هو التعامل م وفيما فيه تعامل ش مثل الذي ذكرناه م انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم ش اي تسليم المستصنع م وانما قال ش اي محمد في اول المسئلة م بغير اجل ش في قوله وان استصنع في شيء من ذلك بغير اجل م لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة ش فلا يجوز الا بشرائط السلم من تعجيل راس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية وبه قال الشافعي ومالك واحمد لانهم لا يجوزون الاستصناع م خلافا لهما ش اي لابي يوسف ومحمد فان عندهما استصناع م ولو ضربه ش اي الاجل فيما لا تعامل فيه م يصير سلما بالاتفاق ش المراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال بان قال على ان تفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لانه ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم وحكي عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكر على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر ادنى مدة يمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف المدة فلا يمكن تقديره بشيء معلوم م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد في المسئلة الخلافية م ان اللفظ ش اي لفظ الاستصناع م حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ش اي قضية الاستصناع او اللفظ م ويحمل الاجل على التعجيل ش لان ذكر الاجل محتمل لانه يحتمل ان يكون للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال والاستصناع محكم في تناوله ما وضع له غير محتمل لشيء اخر فيحمل المحتمل على المحكم فيكون ذكر الاجل للتعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ش لان الاجل تصحيحا لتصرف العاقل ما امكن م ولابي حنيفة انه ش اي ان المستصنع مبيع م دين والمبيع دين ش يحتمل السلم كما ذكر لفظ السلم م وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه لانه ثابت بالكتاب والسنة م وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة ش لكونه مختلفا فيه ولان فيه خلاف زفر فكان

فكان الحمل

م فكان الحمل على السلم اولى ش لكونه اقرب الى الجواز واحق بالرخصة م **مسائل منثورة** ش مسائل مرفوعة على انها خبر مبتدأ محذوف اي هذه مسائل ومنثورة صفتها من نثرت الدراهم اذا فرقتها يعني هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت من ابوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هاهنا م قال ش اي القدوري م ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع ش مثل الاسد والذئب ونحوهما فالقدوري اطلق بيع الكلب وما ذكر معه لبيانه ولم يقل المعلم وغير المعلم واوضحه المصنف بقوله م المعلم وغير المعلم في ذلك سواء ش اي المعلم من المذكور من الكلب والفهد والسباع وغير المعلم منها في جواز البيع سواء وفي الايضاح بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فيساوي المعلم في الانتفاع به م وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وفي شرح الارشاد يجب قتله ويحرم اقتناؤه فلا يجوز بيعه كما في الخنزير وقال شمس الائمة السرخسي ولو كان الكلب العقور بحال يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب ولا يجوز الذي لا يقبل التعليم ونقل الناطفي في الاجناس عن مسائل الفضل بن غانم قال ابو يوسف اجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا اجيز بيع الكلب العقور وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور وفي الكيسانيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته الى هنا لفظ الاجناس ونقل في الاجناس ايضا عن شرح اختلاف زفر رواية ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لا يجوز بيع الاسد حيا ويجوز ان كان مذبوحا وجاز بيع الفهد وفي البيوع الحسن جاز بيع القرد وذكر في الاجناس قال ابو يوسف اكره بيع القرد فانه لا منفعة به وانما هو للهو م وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب ش مطلقا وبه قال احمد وبعض اصحاب مالك وقال بعض اصحاب مالك يجوز بيع الكلب الماذون بامساكه ويكره ويجوز الشافعي اجارة الكلب المعلم في اصح الوجهين اما اقتناء الكلب للصيد والزرع والبيوت والمواشي فيجوز بالاجماع م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ش هذا الحديث بعين هذا اللفظ رواه ابن حبان في صحيحه عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت واخرجه الدارقطني ايضا ولفظه ثلاث وكلهن سحت اجر الحجام ومهر البغي وثمن الكلب وقال الاترازي وجه قول الشافعي ما روي في صحيح البخاري والسنن مسندا الى ابن مسعود الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وذكر احاديث اخر من هذا الباب ولكن هذا غير مناسب للحديث الذي ذكره المصنف ورعاية المناسبة من الكتاب السحت الحرام المحض الخالص وقيل السحت الحرام المستاصل من سحته واسحته اي استاصله سمي الحرام سحتا لانه يستاصل دين الاكل ومهر البغي اجرة الزانية يقال بغت المراة بغاء بالكسر والمد اي زنت ومهر بغي اي زانية ومن حقه ان يقال بغية لانه فعيل بمعنى فاعل والحكم فيه ان يفرق بين المذكر والمؤنث الا انه قد يشبه فعيلا بمعنى مفعول ولا يفرق كما في قولهم ملحفة جديد قوله وثمن الكلب سماه ثمنا باعتبار صورة البيع وحلوان الكاهن اجرته من الحلاوة وهو الذي يخبر عن الاشيا بالقاء الشيطان اليه م ولانه ش اي ولان الكلب م نجس العين ش يريد لانه نجاسة سوره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه م والنجاسة تشعر بهوان المحل ش اي بذلته م وجواز البيع باعزازه ش اي يشعر باعزازه م فكان منتفيا ش اي فكان جواز البيع منتفيا والاسلم اجماع المتنافيين فلا يجوز م ولنا انه عليه السلام ش اي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ش هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ولكن روى الترمذي عن ابي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب الصيد ثم قال لا يصح في هذا الوجه وروى النسائي عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور الا كلب صيد وقال حديث منكر وقال مرة ليس بصحيح وقال الكاكي المدعي جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية فلا المقصود من ايراد الحديث ابطال مذهب الخصم فانه يدعي شمول عدم الجواز في الكل اما اثبات المدعي والمذ بما ذكر في الاسرار حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فانه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بالعين ديما من كن مطلقا من غير تخصيص في انواع الثلاث بالتضمين والتضمين المتلف دليل على التقوم وما اوتقول يثبت جواز بيع الكلب المعلم بقوله الا كلب صيد وجواز بيع الكلب الغير المعلم سوى العقور بقوله او ماشية فان كل كلب يصلح لحراسة الماشية اذ من عادته النباح عند حس الذئب او السارق

شرح العتق برحمت المستثنى منه كذا في الاسرار وقلت حديث عبد الله بن عمرو بن العاص اخرجه الطحاوي باسناد
صحيح مرسلا حيث قال وقد روي في ذلك عن من بعد النبي صلى الله عليه وسلم اي من الصحابة والتابعين ثم قال حدثنا
يونس قال ثنا ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في
كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وقضى في كلب ماشية بكبش واخرج ابن ابي شيبة عنه انه قال في كلب الصيد
اربعون درهما وفي كلب الماشية شاة من الغنم وفي كلب الحرث فرق من طعام وفي كلب الدار فرق من تراب حق على
الذي اصابه ان يعطيه وحق على صاحب الكلب ان يقبله ولانه اي ولان الكلب منتفع به حراسة واصطيادا
حقيقة وشرعا فكان مالا فيجوز بيعه لان المال غير الادمي خلق لمصالح الادمي فيكون محلا للبيع فان قيل
الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالادمي فانه ينتفع بمنافعه اجارة وغيرها ولا يدل على انه محل للبيع فلنا
الانتفاع بمنفعة الكلب تبع فيها الملك للعين لا قصدا في المنفعة الا انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري
يجري الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب ولا يقال شعر الخنزير ينتفع به للخرز للضرورة ولا يجوز بيعه لانا نقول ان
الخنزير محرم العين شرعا لا يباح امساكه لمنفعة بوجه فثبتت الحرمة في كل جزء منه وسقطت القيمة ثم الاباحة
للضرورة الخرز لا يدل على دفع الحرمة عن اصله فيما عدا الضرورة كاباحة لحم حال الضرورة لا يدل على صحة تموله
وجواز بيعه فاما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق واباحه للضرورة يعني ما دلها على التحريم كذا في الاسرار بخلاف
الهوام الموذية اي من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض جميعها لانه اي لان المذكور
من الهوام الموذية لا ينتفع بها بل هي مضرة قطعا والهوام جمع هامة بتشديد الميم وفي المغرب العامة من الدواب
ما يقتل من ذوات السموم كالعقارب والحيات والحديث اي الحديث المذكور الذي استدل به الشافعي محمول على
الابتداء اي على حالة الابتداء الاسلام ويعرض من ما روي عن ابراهيم انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقديم نهي النسخ فانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان
والغرباء فنهوا عن اقتنائها وهو معنى قولهم منعا لهم عن الاقتناء وفي بعض النسخ قلعا لهم فشق ذلك عليهم فامروا
بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب
فالحديث الذي رواه الشافعي كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن
بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلال الشافعي بالقول بالمنع فان يملكه في حالة
الاحيا ويجوز بالهبة والوصية وليس بنجس العين كذلك ولو سلمنا فيحرم التناول دون البيع اي دون الانتفاع واما
نجاسة العين في ذاته ان سلم له فنافيها في تحريم التناول ووجوب الاجتناب عنه حتى صونا للنفس وتنابه عن النجاسة
فاما في حق جواز الانتفاع بها اصطيادا او حراسة فلا وفي جامع قاضي خان وعلى هذا مثل السرقين عندنا فانه يجوز بيعه لان
الناس به من غير نكير وعند الشافعي لا يجوز لنجاسة عينه كالعذرة فلنا العذرة لا ينتفع بها الا اذا اختلط بالتراب
محمد يجوز بيعها معا ولا يجوز بيع الخمر والخنزير هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى انما الخمر والميسر
الآية قال رجس والرجس اسم للحرام النجس ولا يجوز التصرف في الحرام لقوله عليه السلام اي لقول النبي صلى الله عليه
وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها هذا في حديث مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما ولفظه قال ان الذي
حرم شربها حرم بيعها ولانه اي ولان كل واحد من الخمر والخنزير ليس بمال في حقنا اي ليس بمال متقوم في حق المسلم
لما ذكرناه اي في باب البيع الفاسد قال اي قال القدوري في مختصره وقال الاكمل قال محمد في الاصل الا
من اهل الذمة في الربا ولا يبيع الحيوان بالحيوان وقيل سطر لا من الاصل وكان ينبغي له ان يقول او لا قال القدوري
ثم يقول ما قاله محمد في الاصل تحرزا عن اللبس واهل الذمة في البياعات بكسر الباء الموحدة وتخفيف الياء آخر
الحروف قال الجوهري البياعة السلعة انتهى فيصدق الدليل على ان البياعات جمع بياعة والظاهر من هذا ان المعنى ان
اهل الذمة في بيع السلع كالمسلمين ولكن الظاهر ان الفقهاء ارادوا بالبياعات البيوع وكثيرا في اللغة ما يدل
على هذا لقوله عليه السلام اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين اراد بذلك الحديث اول حديث معاذ رضي الله عنه لما بعثه النبي عليه السلام الى اليمن فانه حديث
اخرجه الائمة الستة في كتبهم وليس فيه ما ذكره المصنف من قوله فاعلمهم الى اخره وقال مخرج احاديث الهداية
لم اعرف الحديث الذي اشار اليه المصنف ولم يتقدم في هذا المعنى الا حديث معاذ وهو في كتاب الزكوة وحديث
بريدة وهو في كتاب السير وليس فيهما ذلك ولم يتعرض احد من الشراح الى تحرير هذا تقصيرا منهم ولانهم اي
ولان اهل الذمة مكلفون اي بالايمان محتاجون اي في المعاملات كالمسلمين فكانوا محتاجين الى ما يبقى

الغنم ولا يبقى لا نفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه الاشياء الا بالتسبب الاشياء له
المشروعة منها البيع فيجب ان يكون مشروعا في حقهم ليتمكنوا من تبقية النفس قال اي القدوري الا في الخمر والخنزير
خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلمين على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلمين على الشاة حاصل الكلام يحل
لهم ما يحل لنا ويحرم عليهم ما يحرم علينا من البيوع سوى الخمر والخنزير لانهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما لهم وعليهم
الا الخمر والخنزير فانهم اقروا بعقد الامان على ان يكون ذلك مالا لهم فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من ان يكون مالا وفيه
نقض الامان لانها اي لان الخمر والخنزير اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه
اي على ما ذكرناه من انا امرنا ان نتركهم وما يعتقدون قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
هذا رواه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع اخبرنا سفيان الثوري عن ابراهيم بن عبد الاعلى الجعفي عن سويد بن
غفلة قال بلغ عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان عماله يأخذون الجزية من الخمر فناشدهم ثلاثا فقال له بلال رضي الله عنه
انهم ليفعلون ذلك قال فلا تفعلوا ولوهم بيعها فان اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها ورواه ابو عبيد
في كتاب الاموال وقال فيه ولوهم بيعها وخذوا انتم من الثمن ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم
على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز هذه من مسائل الجامع الصغير صورة المسألة ان يطلب
انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجيء آخر ويقول
لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول
صاحب العبد بعت كذا فالبيع جائز ويأخذ الالف اي يأخذ البائع الالف من المشتري والخمسمائة اي ويأخذ
الخمسمائة من الضامن وهو الفضولي الذي لا تعلق له في الوسط وان كان اي الرجل الآخر لم يقل من الثمن جاز
البيع بالف ولا شيء على الضمين ذكر الامام السرخسي رحمه الله الفرق بين المسألتين ان في المسألة الاولى ضمن للاجنبي
وعبر بنفسه زعيما حيث قال من الثمن فيجب عليه وفي الثانية انه رشاه على البيع بما سماه من المال والرشوة حرام
لا يلزم بالضمان واصله اي واصل ما ذكر من هذه المسائل ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق اي
الزيادة باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه اي لان الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع وهو كونه
اي كون الثمن عدلا اي بان يكون مساويا لقيمة المبيع او خاسرا اي بان يكون الثمن اقل من قيمة المبيع او رابحا اي بان
يكون الثمن زائدا على قيمة المبيع وكل ذلك مشروع فان قيل كيف يجب عليه شيء من الثمن والبيع ولم يدخل في ملكه
شيء من المعقود عليه قلنا التزم الثمن والبيع مقصود اضافة كبدل الخلع وقال صاحب النهاية فان قلت لو ثبت
لان الزيادة هنا لثبتت المطالبة بها على المشتري ثم الضامن يتحمل ولا يطالب المشتري بها لانه لو طولب بها ما
يطالب بها من التزم بها لانها من الثمن في حق من التزم بها لا في حق من لم يلتزم بها وثبوت الحكم بحسب السبب كالرجل يقول
لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل فانكر الاصيل ذلك يصير الكفيل ملتزما دون الاصيل لهذا المعنى انتهى
قال بعضهم القياس ابى جواز الزيادة من الاجنبي لانها بدل مال معاوضة من غير ان يحصل بازائه عوض
لذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا انا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث
ابي قتادة حين امتنع النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلوة على رجل من الانصار لمكان دين عليه قال ابو قتادة هو علي
واني ادي يا رسول الله وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك القضاء منه بذل المال عوضا عن دين من غير
ان يحصل له عوض بازائه والزيادة في الثمن من الاجنبي في معناه فيلحق به دلالة وقال صاحب النهاية الاولى ما
قاله العلماء الا انا لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الاجنبي بهذا الحديث ينبغي ان يجوز من الاجنبي التزام
اصل الثمن ايضا اذ حكم الحديث لا يفرق بينهما وبالاتفاق لا يجوز التزام اصل الثمن من الاجنبي ولان حكم الحديث
كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي وقت العاقد قبل وجوب اصل الثمن على المشتري فعلم ان بينهما
فرقا ثم لا يستفيد المشتري بها اي بالزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو اي والحال ان الثمن يساوي
المبيع به اي بدون الزيادة فاذا كان كذلك فيصح اشتراطه اي اشتراط الثمن وفي بعض النسخ فيصح
اشتراطها اي اشتراط الزيادة على الاجنبي كبدل الخلع لان في الخلع لا يسلم شيء للمرأة بمقابلة بدل الخلع لانه
اسقاط محض واشتراط البدل على الاجنبي فيه جائز فكذلك اشتراط الضمان هنا على غير المشتري لكن من شرطها
اي من شرط الزيادة المقابلة تسمية بان يشكل المتكلم بلفظ من الثمن وصورة اي بان يكون المسمى مقابلا بالمبيع صورة
ذلك مقابل من حيث المعنى لكونه جميع المبيع حاصلا للمبيع عليه فاذا قال من الثمن وجد شرطه اي شرط المقابلة فيصح واذا
لم يقل من الثمن لم يوجد اي شرطه فلم يصح لانه ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مبتدأ فيكون بمقابلة

الرشوة وهو حرام م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج
فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية ش اي ولاية التزويج م وهو الملك في الرقبة على الكمال لانه لو ملك نصفها لا يملك
التزويج فان قيل ملك الرقبة سبب ولاية التزويج فكذلك سبب ولاية التصرف ايضا فلم لا يجوز البيع قبل القبض
كما قال مالك فان عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض وعندنا لا يجوز البيع وبه قال الشافعي واحمد ويجوز التزويج
والعتق قلنا لورود النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه ولا يثبت حكم البيع فيه الا ترى ان البيع
ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض بخلاف النكاح وشرط البيع ان يكون مقدور التسليم بخلاف النكاح فانه لا يعتبر
شرط فيه ولهذا لا يجوز بيع الآبق ويجوز انكاحها وذكر الصدر الشهيد في فتاوى الاكبر ان نكاحها قبل القبض
ان تم البيع وان انتقض بطل النكاح في قول ابي يوسف خلافا لمحمد والمختار قول ابي يوسف وذكر الامام القاضي
الزرنجري لو تقايلا الجارية قيل لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومتى لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري م وإن
ش اي وطئ الزوج م فقبض ش وعند الشافعي ومالك واحمد لا يصير قبضا م لان القبض حصل بتسليط من جهته ش اي
من جهة المشتري م فصار فعله كفعله ش اي فعل الزوج كفعل المشتري م وان لم يطأها ش اي الزوج م فليس بقبض
والقياس ان يصير قابضا ش اي يصير المشتري قابضا بمجرد النكاح م لانه ش اي لان التزويج م تعييب حكمي حتى
لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها معتبرا بالتعيب الحقيقي م كقطع اليد وفقء العين م وجه الاستحسان
ان في الحقيقي ش اي في التعيب الحقيقي م استيلاء على المحل ش بايصال فعل سراية وبه يصير قابضا ش اي وبالتعيب
الحقيقي يصير قابضا م ولا كذلك الحكمي ش اي التعيب الحكمي فلا يصير قابضا فان قيل يشكل هذا بالاعتاق والتدبير
فانه ليس باستيلاء على المحل بالفعل الحسي ومع انه يصير قابضا بهما بالاجماع للعلماء قلنا هذا اتلاف من وجه لان الاعتاق
انهاء للملك والاتلاف للمالية ولهذا تثبت الولاية له من ضرورته ان يصير قابضا وكذا التدبير في استحقاق الولاء
وثبوت حق الحرية كذا في المبسوط م وافترقا ش اي بالوجه المذكور افترق الحكمان المذكوران م ومن اشترى عبدا
فغاب ولم ينقد الثمن ش اي فغاب المشتري والحال انه لم يدفع الثمن الى البائع م فاقام البائع البينة ش عند القاضي
م انه باعه اياه ش اي ان البائع باع العبد اياه ش اي للذي اشتراه ثم غاب قبل نقد الثمن وهو معنى قوله ولم ينقد
الثمن ش وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه م فان كانت غيبته ش اي غيبة المشتري معروفة لم يبع ش على صيغة
المجهول اي العبد لم يبع م لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع م وفيه ش اي وفي بيع العبد م ابطال حق المشتري
لان البيع يبطل حقه في العبد م وان لم يدر ش اي وان لم يعلم م اين هو ش اي المشتري يعني في اي مكان هو م بيع العبد
ش اي من البائع م واوفى الثمن ش اي ثمن العبد الذي اشتراه الرجل يوفي من ثمنه الذي يباع لاجل دين البائع م لان
ملك المشتري ظهر باقراره ش اي باقرار البائع انه باعه اياه م فيظهر على هذا الوجه الذي اقر به ش حال كونه م مشغولا
بحقه ش اي بحق البائع م واذا تعذر استيفاؤه ش لاجل غيبة المشتري وعدم معرفة مكانه م يبيعه القاضي ش لانه
نصب ناظرا لمصالح المسلمين م فيه ش اي في استيفاء حقه م كالراهن اذا مات ش فان المرتهن احق بالمرهون فيباع
في دينه اذا تعذر الاستيفاء م والمشتري ش اي وكالمشتري اذا مات مفلسا والمبيع ش اي والحال ان المبيع لم يقبض
فان المبيع يباع بثمنه م بخلاف ما بعد القبض ش اي بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان حق البائع لم يبق لانه
ش اي حق البائع م لم يبق متعلقا به ش اي بالعبد بل صار دينا في ذمة المشتري م ثم ان فضل شيء ش من ثمن العبد م
يمسك للمشتري ش لان الفاضل له م لانه بدل حقه ش اي لان الفاضل بدل حق المشتري م وان نقص ش حق البائع
من ثمن العبد م يتبع ايضا ش اي يتبع البائع المشتري ايضا يعني يرجع البائع بالنقصان اذا ظفر به م فان كان
المشتري اثنين ش اي فان مشتري العبد اثنين م فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه ش اي ويقبض
العبد م فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا ش اي المذكور من الحكم م عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متبرعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره
بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ش ذكر هذه المسألة تفريعا لما تقدم والخلاف
في موضعين في قبض الكل وفي ولاية الرجوع واعلم اولا ان الحاضر ليس له ان يقبض العبد حتى يؤدي كل الثمن
بالاتفاق لان البائع حبس المبيع بكل الثمن فاذا ادى كل الثمن لا يقبض الا نصيبه ولا يرجع عليه بما ادى عند ابي
يوسف وعندهما يقبض الكل ويرجع بما ادى م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م انه ش اي ان الحاضر م مضطر فيه ش
اي في دفع كل الثمن م لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة م وله ش اي وللبائع
م حق الحبس ش اي حبس المبيع لاجل قبض جميع الثمن م ما بقي شيء منه ش اي من الثمن فيكون مضطرا في ذلك م والمضطر

يرجع ش فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار معولا عليه لما تفاوت الحكم بين ان يكون الشريك حاضرا او غائبا كما في
صاحب العلو فانه يبني السفل ليبني عليه علوه فانه لا يكون متبرعا ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضرا او غائبا
وههنا لو كانا حاضرين فاراد احدهما نقد الثمن وقبض نصيبه ليس له ذلك بالاجماع ولو نقد نصيبه كان متبرعا
فيما نقد بالاجماع قلنا الملك للغائب انما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر لان من خاطب الاثنين بالبيع فقبل
احدهما دون الآخر لم يملك شيئا منه واذا ثبت ان الملك له باعتبار قبول الحاضر كان الحاضر بمنزلة الوكيل عنه في
الشراء واذا انتقد الثمن يتمكن من نقد المبيع ويثبت له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه واما صاحب العلو فانه مضطر
الى ان يتوصل الى حقه من بناء العلو سواء كان صاحب السفل حاضرا او غائبا لانه ليس له ان يخاصمه في ان يبني السفل
ليبني هو علوه فلذلك افترقا فان قيل ما بين هذا وبين ما اذا استأجر الرجلان دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجر
فنقد الحاضر الاجر كله فانه يكون متبرعا بالاجماع قلنا انه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجر من قبل
انه ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجر كذا ذكره التمرتاشي م كمعير الرهن ش صورته رجل اعار انسانا شيئا
ليرهنه فرهنه المستعير ثم افلس او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى عنه عليه وان كان ذلك الاداء بغير امره لانه
مضطر لكن افتكاكه فيه م واذا كان له ش اي للبائع م ان يرجع عليه ش اي على المشتري م كان له الحبس ش اي حبس
نصيبه م الى ان يستوفي حقه ش وهو الذي ادى عنه م كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن ش اي ثمن الذي اشتراه
من مال نفسه ش دون مال الموكل فانه يرجع عليه بما ادى من الثمن م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى
جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما ش اي الذهب والفضة م نصفان ش يعني من ذهب خمسمائة مثقال ومن فضة
خمسمائة مثقال ولم يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ولم يترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات لانهما لما تعادلا
لم يوجد المرجح فصير الى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد منهما خمسمائة م لانه اضاف المثقال اليهما على السواء
فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية ش للترجيح م وبمثله ش اي وبمثل المذكور م لو اشترى جارية
بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة ش يعني كل عشرة وزن سبعة م لانه
اضاف اليهما ش اي الى الذهب والفضة م فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما ش وفي بعض النسخ الا انه ينصرف
الى المعهود والمعهود في الذهب المثاقيل وفي الفضة دراهم وقال التمرتاشي لو قال بالف مثقال ذهب وفضة
فهما نصفان لانه اضاف العقد اليهما على السواء ولم يشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف الى
الجيد وكذا لو قال علي مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف وهكذا في جميع ما يعين من الكيل
والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او جعلا في خلع او وصية
او كفالة وكذا لو قال علي كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير
م ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا ش اي دراهم زيوفا م وهو لا يعلم ش اي والحال ان صاحب الدراهم
الذي لا يعلم زيافته م فانفقها ش اي فانفق تلك الزيوف رب الدين م او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد
ش يعني يكون مؤديا ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء م وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه
لان حقه في الوصف م وهو الجودة والرداءة مرعي كهو في الاصل ش اي حقه في العقد مرعي حتى لو كان دون حقه في القدر
الذي هو الاصل لم يسقط مطالبته فكذا اذا كان دون حقه وصفا فيرد المقبوض ان كان باقيا ويسلمه ان كان مستهلكا
م ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف ش منفردا لعدم انفكاكه م لانه ش اي لان الوصف م لا قيمة له عند المقابلة
بجنسه ش لانه يؤدي الى الربوا فاذا كان الامر كذلك م فوجب المصير الى ما قلنا ش وهو قوله يرد مثل زيوفه ويرجع
بدراهمه م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م انه ش اي المؤدي م من جنس حقه ش واوضح ذلك بقوله
م حتى لو تجوز به ش اي بالمؤدي يعني لو اخذه مساهلا لنقصان حقه م فيما لا يجوز الاستبدال فيه ش كما في الصرف
والسلم م جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا ش اشار الى
قوله لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه م وكذا بايجاب ضمان الاصل ش اي وكذا لا يمكن تداركها بايجاب ضمان
الاصل م لانه ش اي لان ايجاب ضمان الاصل م ايجاب له عليه ش اي ايجاب للانسان عليه م ولا نظير له ش اي في الشرع
وحاصل الكلام ان الجودة لا يمكن فيها الضمان شرعا لانها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك
ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والغرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان اعتبار
ايجاب له عليه ولا نظير له في الشرع واعترض من وجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا
لم يتعلق به حق الغير وههنا تعلق بمال كسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى

مع والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول
ان الفائدة انما هي للغرما فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان
يكون الاصل تابعا له م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا فرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا ش اي
وكذا المأخذ ه اذا باض ش طير في ارض رجل م وكذا اذا تكسر ش وفي بعض النسخ تكنس اي دخل في كناسه وهو موضعه
وقيد بقوله يتكسر لانه لو كسره احد يكون له م فيها ش اي في ارض رجل م ظبي ش مرفوع لانه فاعل يتكسر لانه ش اي لان
كل واحد من الفرخ والبيض والظبي مباح سبقت يده اليه ش ما يستحق ذلك بالسبق م ولانه ش اي ولان كل واحد من
الفرخ والظبي م صيد ش فالذي ياخذه هو احق به بالحديث وان كان يوخذ بغير حيلة ش كلمة ان واصلة بما قبله
م والصيد لمن اخذه ش بقوله عليه السلام الصيد لمن اخذ م وكذا البيض ش حكمه حكم الصيد م لانه ش اي بيض ان البيض
م اصل الصيد ش او وضح ذلك بقوله م ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره ش اي بكسر البيض م او شيه ش اي او شي
البيض واشار الى ان الحكم المذكور فيما اذا لم يعد صاحب الارض موضعا لفراخ الصيد ليأخذ واما اذا اعد في ارضه
موضعا لذلك فهو له واشار اليه بقوله م وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك ش اي لاجل فراخ الصيد والواو فيه
للحال م فصار ش حكم هذا م كنصب شبكة للجفاف ش اي لاجل الجفاف فتعلق بها صيد فهو للاخذ وكذا اذا نصب حبالة
م وكذا ش اي وكذا الحكم م اذا دخل الصيد داره ش فهو للاخذ وقال الاترازي ولو ان صيدا دخل دار رجل فاغلق عليه
الباب فان كان يقدر على اخذه بغير صيد فقد ملكه ولو انه اغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فاذا
خرج منه فهو لمن اخذه م او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ش فهو لمن اخذه م ما لم يكفه ش اي ما لم يضم صاحب الثياب
ثيابه فاذا كان كفه فهو له دون غيره وكذا ش اي وكذا يكون لصاحب الثياب اذا كان مستعدا له ش بان تصدى وهيأ
له محيليه يكون له ما وقع في ثيابه ش بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه حيث يكون للشيخ شاه رجيل معسل اي جعل
فيه العسل وعسلت القوم اذا زودتهم العسل ش يعني يكون العسل له مطلقا م لانه ش اي لان العسل م عد من
انزاله ش اي من انزال الارض ودكر العيني وان كان راجعا الى الارض باعتبار المكان فالانزال جمع النزل بفتح النون جمع
النزل وهو الزيادة والفضل كذا في المغرب والحاصل انه من ريع الارض وما فضل منها فاذا كان كذلك م فيملكه
ش اي يملك صاحب الارض العسل م تبعا لارضه ش لان العسل عادة لا يحصل في مطلق المواضع ولا مطلق الاعداد
فاذا عسل في ارض علم انه من نبات تلك الارض م كالشجر النابت فيه ش يعني اذا نبت في ارضه فيكون له م والتراب
اي وكالتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء ش يكون ايضا لمالك الارض وان لم تكن الارض معدة لذلك بخلاف الصيد
لما ذكرناه ه

م كتاب الصرف ش اي هذا كتاب في بيان احكام الصرف ووجه تاخير
كتاب الصرف عن بيان انواع البيوع ذكر في اول باب السلم او لان الصرف بيع الاثمان والثمن في البياعات يجري
مجرى الوصف والبيع يجري مجرى الاصل لتوقف جواز البيع الى وجود المبيع دون الثمن والوصف تابع للاصل م قال
ش اي القدوري م الصرف هو البيع ش وفي المبسوط الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض اشار اليه
المصنف بقوله م اذا كان كل واحد من عوضيه ش اي من عوضي المبيع م من جنس الاثمان ش انما قال من جنس الاثمان ولم
يقل من الاثمان لان عقد الصرف يشمل التبر والمضروب والمخلوط وقال الامام الاسبيجابي رحمه الله الصرف
اسم لعقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او احدهما بالاخر فلما اختص اسم الصرف اختص بشرايط
ثلاثة وجود التقابض من الجانبين جميعا قبل التفرق بالابدان وعدم اشتراط الخيار فيه ولو ابطل صاحب
الخيار خياره قبل التفرق انقلب العقد جائزا عندنا خلافا لزفر ولا يكون فيه تاجيل فان ابطل صاحب الاجل الاجل
قبل التفرق انقلب العقد جائزا عندنا م سمي به ش اي سمي هذا العقد بالصرف م للحاجة الى النقل في بدليه من يد
الى يد ش اي لحاجة المتصارفين الى نقل الثمن من يد احدهما الى يد الاخر والصرف هو النقل والرد لغة ش اي معنى
الصرف لغة هو النقل والرد كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا وذكر في كتاب العين للخليل الصرف
فضل الدراهم على الدراهم في القيمة وقال ابن دريد في الجمهرة قال بعض اهل اللغة الصرف التوبة والعدل
النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل م او لانه ش اي او لان الصرف عقد م لا يطلب منه الا الزيادة
ش لانه عقد يرد على مال لا يطلب منه ذاته بل يطلب منه الفضل م اذ لا ينتفع بعينه ش اي بعين ما يكون ثمنا خلقة
فان عين الدراهم والدنانير لا ينتفع بعينه كاللحم والثوب وغيرهما من الاشياء غير النقدين فيجوز ان يكون الفائدة
والمقصود في بيعها الاسترباح لا الزيادة اما في بيع الصرف لو لم يكن المطلوب الزيادة فيخلو عن الفائدة م والصرف
هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ش فكانت ارادة الزيادة مطلوبة في بيعها فلهذا اختص هذا البيع بلفظ الصرف

وطرد

ولهذا قيل لمن يعرف هذا الفضل والزيادة صراف وصيرفي م ومنه ش اي ومن القول بان الصرف لغة الزيادة م سميت
العبادة النافلة صرفا ش لانها زائدة على الفرائض وقال الاترازي ولما قوله سميت العبادة النافلة صرفا ففيه
نظر لان الزمخشري اورد في فائقه في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ذكر المدينة من احدث فيها حدثا او اوى
محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرفا ولا عدلا فقال الصرف التوبة لانه صرف للنفس الى البر
عن الفجور والعدل الفدية من المعادلة انتهى قلت لا وجه لهذا النظر اصلا لان الصرف ورد لمعان كثيرة وقد
ذكرناها الان م قال ش اي القدوري م فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا
ش اي العوضان م في الجودة والصياغة ش اما في الجودة بان يكون احدهما اجود من الاخر في ذاته واما في الصياغة بان
يكون احدهما احسن صياغة من الاخر م لقوله ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الذهب بالذهب مثلا بمثل
وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا ش هذا الحديث قد تقدم في باب الربوا م الحديث ش بالنصب اي اقرا الحديث
بتمامه ويجوز بالرفع اي الحديث بتمامه وقد تقدم تمامه هناك م وقال جيدها ورديها سواء ش اي قال النبي صلى
الله عليه وسلم جيد الاموال الربوية ورديها سواء في حرمة الزيادة وهذا الحديث غريب ومعناه يوخذ من
اطلاق حديث ابي سعيد الخدري المتقدم وهو ما رواه مسلم عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب
بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن
زاد او استزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سواء وفي حديث عبادة بن الصامت الذهب بالذهب الى قوله
سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد م وقد ذكرناه ش اي الحديث
المذكور م في البيوع ش اي في كتاب البيوع م قال ش اي القدوري م ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق ش يعني
قبل الافتراق بالابدان اجماع العلماء م لما روينا ش اي وهو قوله يدا بيد م ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره ش هذا رواه محمد بن الحسن في اوائل كتاب الصرف وقال حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن
عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل
بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فاني اخاف عليكم الرباء وان استنظرك الى ان يدخل بيته
فلا تنظره انتهى قوله استنظرك يخاطب به احد عاقدي الصرف يعني ان سالك صاحبك ان تمهله الى ان يدخل بيته فلا
تمهله لاخراج بدل الصرف فلا تمهله وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وعن ابن عمر انه قال ان وثب من سطح
فثب معه وقال الاترازي الوما بالمد يعني الربوا وهذا الذي ذكرناه كله دليل على وجوب التقابض قبل
الافتراق وفي فوايد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية وهذا القبض شرط بقاء العقد
على الصحة لا شرط انعقاده صحيحا يدل عليه قوله فان افترقا بطل العقد والشي انما يبطل بعد وجوده م
ولانه ش اي ولان الشان م لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ش اي النسيئة بالنسيئة وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالي بالكالي رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث
ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالي بكالي يعني دينا بدين م ثم لا بد من قبض الاخر
تحقيقا للمساواة فلا يتحقق ش بالنصب وهو جواب النفي وهو قوله لا بد والمعنى كيلا يتحقق م الربوا ش اي في عدم قبض
الاخر شبهة بيع النقد بالنسيئة فيتحقق شبهة الربوا وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك وقال الاكمل رحمه
الله فيشكل على هذا التعليل ما اذا باع المصوغ بالمضروب مما يتعين بالتعيين ومع ذلك يشترط قبضهما
اذا النسيئة بالنسيئة انما تكون باعتبار عدم التعيين ومع ذلك يشترط قبضهما لكن فيه شبهة عدم التعيين
لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه باعتبار الشبهة في باب الربوا م ولان احدهما ش دليل اخر اي ولان احد العوضين
ليس اولى ش بالقبض م من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ ش والتبر م او لا يتعينان كالمضروب
او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا ش وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وهو
يتناول المصوغ وغيره م ولانه ش اي ولان بيع المصوغ بالمصوغ م ان كان يتعين ش يعني بالتعيين م ففيه شبهة
عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة ش اي لكونه خلق ثمنا فاذا كان كذلك م فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا
ش حاصل هذا ان قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال ان بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي
بكالي بيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين فاجاب بقوله ولانه الى اخره وقال الاكمل رحمه الله
فان قيل نقل هذا اي على الذي ذكره المصنف يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان في بيع
المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا

شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في الصرف
ثبت بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار
الشبهة م قال ش اي القدوري م والمراد منه ش اي من قوله قبل الافتراق م الافتراق بالابدان ش دون المكان م حتى لو ذهبا
ش اي المتعاقدان اي في الصرف حال كونهما م معا في جهة واحدة ش قيد بها لانهما لو مشيا في جهتين مختلفتين بطل الصرف
لوجود الافتراق بالابدان م او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر ش اي لقول عبد الله بن عمر بن الخطاب
رضي الله عنهما م وان وثب من السطح فثب معه ش والمقصود من الكلام في قول ابن عمر هنا عن قرب قوله فثب بكسر الثاء
المثلثة وسكون الباء امر من وثب يثب واصل يثب يوثب فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة والامر
يحذف على وزن عل لان المحذوف منه فاء الفعل م وكذا المعتبر ما ذكرناه ش اي وكذا الذي يعتبر ما ذكرناه
وهو الافتراق بالابدان م في قبض راس مال السلم ش اراد ان قبض راس المال قبل الافتراق بالابدان في السلم شرط
م بخلاف خيار المخيرة ش هذا ارتبط بقوله لا يبطل الصرف لا يبطل بذهاب العاقدين معا وخيار المخيرة يبطل
لانه ش اي لان خيارها م يبطل بالاعراض ش لان اشتغالها بالمشي وان كان مع زوجها دليل الاعراض عما جعل الا
فيبطل خيارها وان لم يفارق الزوج كذا قاله الاترازي في شرحه وعن محمد رحمه الله انه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة
حتى قال يبطل بما هو دليل الاعراض كالقيام عن المجلس كذا في الذخيرة م وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم
المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م الذهب بالورق ربوا الا
ها وها ش هذا الحديث رواه الائمة الستة في كتبهم عن مالك بن اوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن
النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا ها وها والورق بكسر الراء الفضة قوله ربوا اي حرام بطريق
اطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازا وذلك لان الربوا يستلزم الحرام قوله ها وها مقصوران وممدودان ومعناه
هاك خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه وقال الكاكي وفي بعض الروايات الا يدا بيد هاء وهاء وهو تأكيد
لقوله يدا بيد كانه قال الا بايجاب التقابض كذا في المغرب قلت ولم اقف على هذه الرواية في كتب الحديث م فان
افترقا في الصرف قبل قبض العوضين ش هذا متعلق بقوله ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق م او احدهما ش اي او
احد المتعاقدين م بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا ش اي ولان الافتراق بلا قبض مبطل م لا يصح شرط
الخيار فيه ش اي في الصرف قيد بشرط الخيار لان خيار العيب وخيار الرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان
خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لما قررنا ذلك في اول كتاب الصرف م ولا الاجل ش اي ولا يصح الاجل فيه ايضا
لان باحدهما ش وهو شرط الخيار م لا يبقى العقد مستحقا ش لان الخيار يمنع الملك م وبالثاني ش بان يقول اشتريت هذا
الدينار بعشرة الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او بعتها الى شهر ش اي الاجل م يفوت القبض المستحق ش فان العقد الا اذا
اسقط الخيار في المجلس ش يعني منهما ان كان الخيار لهما او ممن له ذلك م فيعود الى الجواز ش اي جواز العقد م لارتفاعه
قبل تقرره ش اي لارتفاع سبب الفساد قبل تقرره وهذا عند اصحابنا الثلثة بالاستحسان والقياس ان لا يجوز العقد
بعد وقوعه على الفساد وهو قول زفر م ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه ش هذا لفظ القدوري قال الاترازي
اعلم ان احد العاقدين في الصرف اذا ابرأ صاحبه مما عليه قبل القبض او وهبه او تصدق به عليه فقبل
الاخر بطل الدين وانتقض الصرف ولو لم يقبل من عليه لم يبطل م حتى لو باع دينارا ش ايضاح لما قبله يعني لو باع ش
دينارا ش لرجل اخر م بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق
ش اي واجب م بالعقد حقا لله تعالى ش حتى لا يسقط باسقاط المتعاقدين م وفي تجويزه ش اي وفي تجويز بيع الثوب م فوات
ش اي فوات حق الله تعالى فان قيل في عدم تجويزه فوات حق العبد وحق العبد مقدم على حقه تعالى قلنا انما يكون حق العبد
مقدما اذا لم يفت حقه وههنا لم يجز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدما م وكان ينبغي ان يجوز ش اي البيع في الثوب
م كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ش اي مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة
الى بدل الصرف سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب اصحابنا الثلثة م ولكنا نقول الثمن في باب
الصرف مبيع لان البيع لابد له منه ش اي من المبيع ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية
ش يعني ان عقد الصرف بيع لانه مبادلة مال بمال ولهذا لو حلف لا يبيع فصارف حنث في يمينه والبيع ما يشتمل على مبيع
وثمن وليس كل واحد من بدلي الصرف بان يجعل مبيعا اولى من الاخر فيجعل كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه
ضرورة انعقاد البيع م وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز ش كما قلنا في المقايضة ولكن من ضرورة كونه مبيعا
ان يكون متعينا كما في المسلم فيه قلت هذا جواب عن سؤال مقدر بان يقال لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعا لكان

متعينا اجاب عنه بمنع الملازمة كما في المسلم فيه لانه مبيع واجب في الذمة وليس بعين م ويجوز بيع الذهب بالفضة
مجازفة ش هذا لفظ القدوري واعلم ان بيع الذهب بالفضة او الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين
في الوزن او كان احدهما اكثر من الاخر لان المساواة ليست بمشروطة عند اختلاف الجنسين لما روي في حديث عبادة
بن الصامت رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان
يدا بيد فلما لم يكن المساواة مشروطة لم يكن المجازفة حراما لان حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل وهو معنى قوله م لان
المساواة غير مشروطة فيه ش اي في بيع الذهب بالفضة م ولكن يشترط القبض في المجلس ش اي يشترط التقابض قبل
الافتراق بالابدان لهذا الحديث وهو معنى قوله م لما ذكرنا ش اي الحديث الذي ذكره فيما مضى وفي البيوع ايضا م بخلاف
بيعه ش اي بيع الذهب م بجنسه ش اي بالذهب مجازفة م لما فيه ش اي في هذا البيع م من احتمال الربوا ش حاصل المسئلة ان
بيع الذهب او الفضة بالجنس لا يجوز اذا لم يعرف العاقدان وزن واحد منهما او كانا يعرفان وزن واحد منهما ولا
يعرفان وزن الاخر او كان احدهما يعرف الوزن دون الاخر وقال زفر رحمه الله اذا وزنا فوجد احدهما
سواء جاز سواء عرف في المجلس او بعدما تفرق وعندنا اذا وزنا في المجلس فكانا سواء جاز وان وزنا بعد التفرق
فوجدا سواء فسد م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته
الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الطوق لان قبض حصة الطوق
واجب في المجلس ش لكونه بدل الصرف م والظاهر منه الاتيان بالواجب ش تحرزا عن الذمة لان
من حال المسلم ان يؤدي الواجب ولا يخل به وهذا كما اذا ترك سجدة في الصلوة صلبية وسهى ايضا ثم اتى بسجدة في السهو
في اخر الصلوة ولم يصرف احدهما الى الصلبية فانه يصرفها لكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو طاف
بالصدر ولم يطف للزيارة ينتقل بطواف الصدر الى طواف الزيارة ليكون الاتيان بالحج على وجه الصحة والخروج
عن العهدة متعين م وكذا اذا اشتراهما ش اي الجارية والطوق م بالفي مثقال الفا نسيئة والفا نقدا فالنقد ثمن الطوق
لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية ش والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وهو معنى قوله
م والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما ش اي من العاقدين م وكذا ش اي وكذا الحكم م لو باع سيفا محلى بمائة درهم
وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما ذكرنا ش من قولنا
ان الظاهر منه الاتيان بالواجب م وكذلك ش اي الحكم م اذا قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما ش اي من ثمن الجارية ومن ثمن
الطوق لان امور المسلمين محمولة على الصلاح مهما امكن وقد امكن هنا لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد ش جاز عند
قيام الدليل وقد قام الدليل هنا لان اداء ثمن الطوق واجب في المجلس ونظر المصنف الى ذلك بقوله م قال الله تعالى
يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ش اي من البحرين العذب والملح وانما احدهما اذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون
العذب لان العذب والملح يلتقيان فيكون العذب كاللقاح للملح كما يقال الولد من الذكر والانثى مع ان الولد
يلد الانثى كذا في التيسير م والمراد احدهما ش اي احد البحرين وهو البحر الملح م فيعمل ش اي قوله خذ هذه الخمسين
من ثمنهما م على احدهما ش وهو الطوق م لظاهر حاله ش اي حال المسلم انه لا يباشر الا على وجه الجواز م فان لم يتقابضا حتى
افترقا ش بالابدان م بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه ش اي في العقد وقد فات شرطه م وكذا في السيف ش اي
وكذا بطل العقد في السيف ايضا م ان كان لا يتخلص ش اي الحلية م الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ش كما لا يجب
تسليم الجوهر على الغاصب اذا ركبه في حليته ولا يمكن تخليصه الا بضرر يلحق الغاصب مع انه جان فان قيل ينبغي ان
يجعل الحلية تبعا للسيف قلنا انما يجعل الشيء تبعا لغيره اذا كان محلا للمعنى المقصود وههنا المقصود من الحلية
غير المقصود من السيف فان قيل البائع رضي بضرر التخليص حيث باعه مركبا مع علمه ان البيع يقتضي ولم يوجد من الغاصب
رضا بضرر التخليص قلنا لا نسلم انه رضي به لانه باع كليهما فطلبه وجوب التسليم بالسيف لا يسقط عن الافتراق فان قيل فيه
تفريق الصفقة فينبغي ان لا يجوز في الكل قلنا التفريق انما يكون بعد العقد والعقد لم ينعقد في الحلية لعدم
الجواز فان قيل ليس كذلك فان العقد موجود فيهما بدليل قوله وبطل العقد قيل اختلف المشايخ فيه على ان الفساد
انما يكون ان لو كان هذا مضافا الى العاقد كما في الصابون ولم يوجد اذ المراد بالبطلان عدم الانعقاد م ولهذا ش
اي ولاجل عدم امكان تسليمه الا بضرر م لا يجوز افراده ش اي افراد السيف بالبيع كالجذع في السقف ش اي كما لا
يجوز افراد بيع الجذع في السقف لعدم امكان تسليمه الا بضرر ظاهر م وان كان يتخلص ش اي الحلية م بغير ضرر جاز
البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق مع الجارية ش اي فصار حكمه حكم بيع الجارية
التي في عنقها طوق فضة وقد مر بيانه م وهذا ش اي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما م اذا كانت الفضة

المفردة او بل عمانيه ش اي في السيف اي من فضة الحلية التي في السيف وهي الفضة المضمومة الى السيف لانه
حينئذ يكون الفضة بالفضة والباقي بمقابلة النصل والجفن والحمايل ولكن بطلانه في الحلية لفوات شرط جواز
العقد بقاء وهو التقابض قبل الافتراق م فان كانت ش اي الفضة المفردة م مثله ش اي مثل ما في السيف
منه ش اي مما في السيف من الفضة م او لا يدري ش اقل او اكثر او مثله م لا يجوز البيع للربوا ش في صورة الاقل م او الاحتمال
ش اي ولاحتمال الربوا في الصورة التي لا يدري م ووجه الفساد من وجهين ش في المساواة والنقصان م فترجح ش
اي جهة الفساد واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردري
رحمه الله بان مراده اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح
فما يحق الشبهة فيه بالحقيقة م قال ش اي القدوري م ومن باع اناء فضة وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه ش اي لان هذا العقد م صرف كله وصح فيما وجد شرطه ش اي شرطه
القبض م وبطل ش اي العقد م فيما لم يوجد ش اي الشرط وهو التقابض م والفساد طاري ش اي عارض لان العقد انعقد
صحيحا ثم فسد لعدم القبض وهو بمعنى قوله م لانه ش اي لان العقد م يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ش اي الفساد
كما اذا باع عبدين ومات احدهما قبل القبض فان البيع يبقى في الباقي ويبطل في الهالك ولا يثبت الخيار للمشتري
بفعله وهو عدم النقد في بدل الصرف م ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء
رده لان الشركة عيب في الاناء ش لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب لانها تنتقص بالتبعيض والاناء ينتقص
بالتبعيض بخلاف ما مر لان الشركة فيه وقعت بصنعه وقال زفر والشافعي لا يجوز وهو القياس وهو قول احمد ايضا
م وان باع قطعة نقرة ش وهي قطعة فضة مذابة كذا في مهذب الديوان قال الاترازي فعلى هذا يكون الاضافة
في قوله قطعة نقرة من قبيل اضافة الجنس الى النوع م ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
ش بخلاف الاناء فاذا لم يكن عيبا لم يثبت الخيار لان الخيار لا يثبت بلا سبب م قال ش اي القدوري م ومن باع درهمين
ودينارا بدينارين ودرهم جاز البيع م وجعل كل جنس بخلافه ش تصحيحا للعقد وكذا اذا باع كر حنطة وكر شعير
بكري حنطة وكري شعير او باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يعلم حليتهما يصح البيع عندنا وقال
زفر والشافعي لا يجوز وبه قال احمد م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي وزفر م اذا
باع كري حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير ش يصح عندنا خلافا لهما م لهما ش اي لزفر والشافعي م ان في الصرف
الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ش اي تصرف البايع م لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته ش اي ومن قضية التقابل م
الانقسام على الشيوع لا على التعيين ش ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الاخر م والتغيير
لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف ش لانه تصير المقابلة غير الاول ويكون التصرف تصرفا اخر والواجب تصحيح
تصرف العاقل على الوجه الذي باشره وتصحيحه لا على خلاف ذلك والعاقد انما قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة
الجنس الى خلاف الجنس وهي انشاء تصرف آخر ونسخ التصرف الاول م كما اذا اشترى قلبا ش بضم القاف وسكون
اللام وبالباء الموحدة وهو السوار ذكر هذه المسئلة دليلا على صحة وقوع مثل المسئلة المذكورة صورتها اذا
اشترى قلبا م بعشرة ش يعني سوارا وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم م وثوبا بعشرة ش اي ثوبا قيمته عشرة
دراهم بعشرة دراهم م ثم باعهما مرابحة ش يعني بعشرين درهما م لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب ش خاصة
تصحيحا للتصرف م وكذا ش اي نظيرها م اذا اشترى عبدا بالف ش درهم م ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر
بالف وخمسمائة لا يجوز ش اي العقد م في المشترى ش بفتح الراء م بالف ش درهم لانه شراء ما باع باقل مما باع وهذا لا
يجوز عندكم ايضا م وان امكن تصحيحه ش اي تصحيح العقد م بصرف الالف اليه ش الى المشترى والباقي الى العبد الاخر
م وكذا ش اي نظيرها م اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين
ولا يصرف الى الثوب ش وان امكن تصحيح التصرف بصرف الجنس الى خلاف الجنس م لما ذكرنا ش اشار به الى قوله
ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين م ولنا ان المقابلة المطلقة ش يعني المقابلة المطلقة
مطلقة م تحتمل مقابلة الفرد بالفرد ش قال تاج الشريعة معنى تحتمل ان يقابل احد الجنسين بالجنس الآخر
بان يقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم م كما في الجنس بخلاف الجنس الآخر بان يقابل دينار بدينار فيكون
الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق الا ترى انه لو قبض كل واحد منهما دينارا جاز العقد ولو كان مقابلا بالاخر
يكون العقد فاسدا لكن المقبوض حينئذ يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض م وانه ش اي وان مقابلة الفرد
على ان للمقابل طريق متعين لتصحيحه اي لتصحيح العقد بان يكون الواحد بالواحد والاثنان بالاثنين فيحمل م

صرف الشيء الى خلاف جنسه فيصح العقد م فيحمل عليه ش اي على مقابلة الفرد بالفرد على تاويل المقابل اذ
يحمل كلام العاقل على الصحة ديانته وعقله واجب ما امكن م وفيه ش اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد م تغيير
وصفه ش اي وصف العقد وهو بطلان صفة الشيوع م لا اصله ش اي لا تغيير اصل العقد كما قال الخصم
انه تغيير اصل العقد لان اصل العقد الصحيح موجب الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام على طريق الشيوع
كما قاله الخصم يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فيلزم تغيير اصل العقد لرعاية وصف العقد فكان
ما قلنا اهون التغييرين فكان اولى م لانه ش اي لان تغيير الوصف لا الاصل م يبقى موجب الاصل ش ويبقى من
الابقاء وموجبه منصوب به والاصل بالنصب صفته م وهو ش اي الموجب الاصلي م ثبوت الملك في الكل
بمقابلة الكل ش الكل الاول هو الدرهمان والدينار والكل الثاني هو الدرهم والديناران م وصار هذا ش اي
صار حكم هذا م كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف ش اي بيعه م الى نصيبه تصحيحا لتصرفه ش اراد ا
العقد ينصرف الى نصف البايع لا الى النصف الشايع بين النصيبين م بخلاف مسئلة المرابحة ش هذا مشروع في
الجواب عن المسايل المتشبهة بها فقوله بخلاف مسئلة المرابحة جواب عن المسئلة الاولى وهو تشبيههما بمسئلة
المرابحة المذكورة على المسئلة الخلافية اراد ان مسئلة المرابحة ليست كذلك م لانه ش اي لان عقد المرابحة م يصير
تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ش فان الربح صرف الى الثوب خاصة كان بايعا القلب الذي وزنه
عشرة دراهم بعشرة دراهم وهو تولية في القلب والتولية ضد المرابحة والشيء لا يتناول ضده م وطريق
التصحيح في المسئلة الثانية غير متعين ش لانه سعة د فيبقى الثمن مجهولا فيفسد العقد م لانه يمكن صرف الزيادة
على الالف الى المشتري ش وهذا لو انا صرفنا خمسمائة او اقل من ذلك بدرهم او درهمين او ثلاثة ونحو ذلك الى
العبد الآخر لا يلزم ش اما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق التصحيح متعين وهو صرف
الجنس الى خلاف الجنس م وفي الثالثة ش اي وفي المسئلة الثالثة م اضيف البيع الى المنكر ش وهو قوله وكذا اذا اشترى
عبدا م وهو ش اي المنكر م ليس بمحل للبيع ش لجهالته م والمعين ضده ش اي ضد المنكر والشيء لا يتناول ضده ويشكل
عليه مسئلة عبدي او حماري حر فان عند ابي حنيفة يعتق العبد لاستعارة المنكر للمعرفة م وفي الاخيرة ش اي في مسئلة
الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض م انعقد العقد صحيحا سواء كان الجنس
مقابلا بالجنس او بخلافه م والفساد في حالة البقاء ش يعني الفساد وقع في حالة البقاء فالافتراق من غير قبض م
وكلامنا في الابتداء ش يعني الذي نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء دون صرف الجنس الى خلاف الجنس فافترقا م
قال ش اي القدوري م ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار
بدرهم ش لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا ش من الحديث المذكور م فالظاهر انه اراد به ش اي بالبيع
ذلك ش اي التماثل م فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ش اي لاختلاف الجنسين وانما جوزنا
على هذا الوجه حملا لامور المسلمين على الصلاح ولان كل عين جاز بيعها بجنسها جاز بيعها بخلاف جنسها وبغير جنسها كالثياب
م ولو تبايعا فضة بفضة ش ذكر هذه المسئلة تفريعا وليست مذكورة في الجامع الصغير ولا في القدوري م او ذهبا
بذهب ش اي او تبايعا ذهبا بذهب م ومع اقلهما شيء اخر ش اي والحال ان مع اقل الوزنين منهما شيء اخر من خلاف جنسه
م تبلغ قيمته ش اي قيمة ذلك الشيء م باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة ش اي يجوز
مع الكراهة وذكر هذه المسئلة في الايضاح على الخلاف فقال روي عن محمد انه اذا باع الدرهم بالدراهم وفي احدهما
فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس قال هو جائز في الحكم ولكن الكراهة حتى روي عن محمد انه
قيل له كيف تجد ذلك في قلبك فقال مثل الجبل وقال ابو حنيفة لا باس به لانه امكن تصحيحه بان يجعل الجنس بالجنس
والزيادة بازاء الفلوس م وان لم يكن له قيمة ش اي وان لم يكن للشيء الاخر قيمة م كالتراب ش ونحوه م لا يجوز البيع
لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ش فيكون ربوا م ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه
العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ش هذه من مسايل الجامع
الصغير وهذه المسئلة على وجهين اما ان باع الدينار بالعشرة التي عليه او باعه بعشرة مطلقة وقبض الدينار
وجعل ثمن الدينار قصاصا بالعشرة فالاول جائز بلا خلاف والثاني جائز استحسانا والقياس انه لا يجوز وهو قول
زفر والشافعي واحمد رحمهم الله م ومعنى المسئلة ش هذا من كلام المصنف اي معنى المسئلة المذكورة م اذا باع بعشرة
مطلقة ش يعني لم يقيده بالعشرة التي عليه لانه لو اضاف العقد الى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف وفي
المطلقة يجوز عندنا استحسانا وعند زفر لا يجوز قياسا وجه القياس ان هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما

لواحد ببدل الصرف عوضا او دينارا واشار الى وجه الاستحسان بقوله م ووجهه ش اي وجه الجواز الذي هو استحسان م انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض ش لان العقد لما اطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربوا م لما ذكرنا ش اشارة الى قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق الى اخرنا فالهاك م والدين ليس بهذه الصفة ش اي لا يجب تعيينه بالقبض قبل الافتراق م فلا تقع المقاصة بنفس العقد ش لان الدين لا يصلح وفاء لذلك فلم يكن قصاصا م لعدم المجانسة ش بين العين والدين م فاذا تقاصا ش يعني بالتراضي جاز ذلك عند الائمة م يتضمن ذلك فسخ الاول ش اي العقد الاول وهو العقد المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة م والاضافة ش اي ويتضمن ذلك ايضا م اضافة العقد الى الدين ش وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين م اذ لولا ذلك ش يعني لولا تحويل العقد الى صفة اخرى وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين م يكون استبدالا ببدل الصرف ش قبل القبض وهو لا يجوز م وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد ش هذا في الحقيقة جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال المقاصة انما تصح اذا كان وجوب بدل الصرف فاما اذا ابطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة لان الثابت بالاقتضاء ان ثبت على وجه لا يبطل به المقتضي فاذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ وتحرير الجواب ان بالاضافة اي باضافة العقد ابتداء الى الدين اي العشر التي عليه لطريق المقاصة بنفس العقد وانما تبطل المقاصة عند فسخ الاول اذا لم يجدد عقد جديد وههنا قد جدد العقد فتصح المقاصة به فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا ينبغي ان يشترط القبض لان الاقالة بيع في حق الثالث قلنا صارت الاقالة ههنا في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع لمثل هذه الاقالة بل يثبت حكم البيع اذا كانت الاقالة قصدا م على ما نبينه ان شاء الله تعالى ش اشارة الى قوله فكفى ذلك للجواز اي الاضافة الى الدين كاف للجواز لانه دين يسقط لا خطر فيه م والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء ش هذا جواب ايضا عما يقال ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البايع بحكم الاقالة لان الاقالة في الصرف حكم الصرف وتقرير الجواب ان الفسخ ضمني يثبت في ضمن المقاصة بطريق الاقتضاء فجاز ان لا يثبت لمثل هذا احكام البيع م كما اذا تبايعا بالف ش ذكر هذه المسئلة نظيرا للمسالة السابقة يعني عقدا بالف درهم م ثم بالف ش اي ثم تبايعا م بالف وخمسماية ش فان العقد الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني م وزفر يخالفنا فيه ش اي فيما ذكرنا من الحكم المذكور م لانه ش اي لان زفر م لا يقول بالاقتضاء ش وخالفنا فيه كما خالف في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم فان قيل يشكل عليه الشرى بان قال ان اشتريتك فانت حر فالملك ثبت عنده فيه بطريق الاقتضاء قلنا لا نسلم انه ثبت بطريق الاقتضاء بل ثبت بطريق الدلالة م وهذا ش اي ما ذكرنا من التقاص والفسخ والاضافة الى الدين م اذا كان الدين سابقا ش اي على العقد م فان كان ش اي الدين م لاحقا ش بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم ثم ارادا ان يتقاصا م فكذلك ش تقع المقاصة م في اصح الروايتين ش وهي رواية ابي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام والمصنف وفي رواية ابي حفص لا تقع المقاصة وهي التي اختارها شمس الائمة وقاضي خان لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنهما فانه روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل واشار المصنف الى وجه الاصح بقوله م لتضمنه انفساخ الاول ش اي لتضمن التقاصص انفساخ الصرف الاول والانشاء صرفا اخر لانهما لما تقاصا صار كانهما جددا عقدا اخر حين كان الدين سابقا على المقاصة وهو معنى قوله م والاضافة ش اي اضافة عقد الصرف م الى دين قائم ش اي ثابت م وقت تحول العقد ش فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة م فكفى ذلك للجواز ش اي الاضافة الى الدين كاف للجواز لانه دين يسقط لا خطر فيه م قال ش اي القدوري م ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ش بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام قال في المغرب الغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة ونقله المطرزي هكذا عن ابي يوسف في رسالته وفي بعض الحواشي دراهم غلة اي منكسرة وفي زاد الفقهاء الغلة من الفلوس وهو الحبانة قال على قاقل اي خان وقالا المصنف رحمه الله م والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ش اي يردها بيت المال لكونها قطعا لا لزيافتها وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع م ووجهه ش اي وجه جواز هذا البيع م تحقق المساواة في الوزن ش لان المساواة هي شرط الجواز فاذا وجدت فلا مانع اصلا م وما عرف من اعتبار سقوط الجودة ش هذا عطف على قوله تحقق المساواة اي والذي عرف من اعتبار سقوط الجودة بقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء م قال ش اي القدوري م واذا كان الغالب على الدراهم الفضة ش بالنصب لانه خبر كان م فهي دراهم ش اي حكمها حكم الدراهم

الاصل

الاصل هنا كما يذكره المصنف ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك م واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي دنانير ويعتبر فيهما ش وفي بعض النسخ يعتبر فيهما وعلى التقدير الضمير يرجع الى الدراهم والدنانير م من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ش اي بالمغشوشة م ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن ش وقال الشافعي لا يجوز بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالبا او المغلوب ويجوز ان يشتري بها سلعة في اظهر الوجهين كذا في الحلية م وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا ش اي الا متساويا في الوزن وقال الكاكي الا وزنا اي لا عددا كما في الفلوس م لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش ش لانا قد ذكرنا الان انها بدونه تتفتت ولا يمتنع بعضها ببعض م وقد يكون الغش خلقيا ش اي من حيث الخلقة وذلك كما في الردي منه ش اي من كل واحد من الذهب والفضة م فيلحق القليل بالرداءة ش اي يلحق القليل من الغش بالرداءة التي ليس فيها غش والتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش م والجيد والردي سواء ش اي في الحكم م فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب ش هذا لفظ القدوري وغير ان قوله اعتبارا للغالب من كلام المصنف وقال الاتقاني المراد به اذا كانت الفضة لا تخلص من الغش لانها صارت مستهلكة ولا اعتبار بها فاما اذا كانت تخلص من الغش فليست مستهلكة فاذا بيعت بفضة خالصة فهي كبيع نحاس وفضة بفضة فيجوز على هذا الاعتبار م فان اشترى بها ش اي بالمغشوشة م فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف ش يعني ان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدرى لا يصح وان كانت اكثر يصح م وان بيعت ش اي الدراهم المغشوشة م بجنسها ش اي بالدراهم المغشوشة م متفاضلا ش اي بيعا متفاضلا م جاز ش اي البيع م صرفا ش اي من حيث الصرف م للجنس لاختلاف الجنس ش تحرزا عن الربوا م وهي ش اي الدراهم المغشوشة التي بيعت بالدراهم المغشوشة م في حكم شيئين فضة وصفر ش وبيع الفضة بالصفر او العكس متفاضلا يجوز فكذلك بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس م ولكنه صرف ش هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان لا يشترط القبض في هذه الصورة لانه لما صرف الجنس الى خلاف الجنس اي الفضة الى الصفر لم يبق صرفا فكيف يشترط التقابض فاجاب بقوله ولكنه صرف تقريره ان هذا البيع صرف م حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين ش اي من جانب الثمن وجانب المثمن لان الاصل في المقابلة المطلقة الشيوع م واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر ش لان صرف الجنس الى خلاف جنسه كان لضرورة تصحيح التصرف فيما وراءه يكون العقد عقد صرف يشترط القبض فيه م قال ش اي المصنف رحمه الله عليه م ومشايخنا ش يريد به علماء ما وراء النهر م رحمهم الله تعالى لم يفتوا بجواز ذلك ش اي بجواز التفاضل م في العدالي ش بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة اي الدراهم المنسوبة الى العدال وكانه اسم ملك نسب اليه درهم فيه غش م والغطارفة ش اي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء اخر الحروف الساكنة وفي اخره فاء وهو ابن عطاء الكندي امير خراسان ايام هارون الرشيد وقيل هو خال الرشيد م لانها ش اي لان العدالي والغطارفة م اعز الاموال في ديارنا ش اي في بخارى وسمرقند م فلو ابيح التفاضل فيه ش اي في المذكور من العدالي والغطارفة م ينفتح باب الربوا ش وسند رجوع الى الذهب والفضة بالقياس على ذلك م ثم ان كانت ش اي الدراهم التي غلب الغش عليها والدنانير التي كذلك م تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما ش اي في الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليهما م بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد ش اي يعتبران بالعدد م وان كانت تروج بهما ش اي بالوزن وبالعدد م فبكل واحد منهما ش اي يعتبر بكل واحد منهما م لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص ش قال الاكمل حيث لم يكن عليها نص فهذا التفسير يدل على ان قوله اذا لم يكن ليس حكما بل اذا لم يكن بدون الالف بعد الدال ولكن غالب النسخ اذا بالالف بعد الدال والذي يظهر لي ان الصواب مع الاكمل م ثم هي ش اي الدراهم المغشوشة والدنانير المغشوشة م ما دامت تروج ش يتقبلها الناس م تكون اثمانا ش يعني يكون حكمها حكم الاثمان م لا تتعين بالتعيين ش فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها م واذا كانت لا تروج فهي سلعة ش اي حكمها حكم السلعة م تتعين بالتعيين ش كالرصاص والستوقة م فان كان يتقبلها البعض ش اي بعض الناس م دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ش حال كونها م زيوفا ان كان البايع يعلم بحالها ش اي بحال الدراهم او الدنانير المغشو

لمحق الرضا منه ش اي من البايع م وبجنسها ش اي وبطل العقد بجنسها م من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه ش اي بالزيوف م واذا اشترى بها ش اي بالدراهم التي غشها غالب سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش تفسير الكساد ما ذكره في البيوع انها لا تروج في جميع البلدان هذا على قول محمد اما عندهما الكساد في بلد يكفي لفساد البيع في تلك البلدة وفي العيون ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى المبيع بلا ثمن فاما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبايع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه العقد وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع ش لانها كانت مضمونة م وقال محمد عليه قيمتها اخر ما تعامل الناس بها ش اي بالدراهم المغشوشة والبيع لا يبطل عندهما وكذا عند الشافعي واحمد ولكن عند الشافعي يجب ذلك الكاسد لانه مال وعنده في وجه يخير البايع ان شاء اجاز البيع بذلك وان شاء فسخه لتعيبه وعند احمد يجب النقد الجديد بالقيمة م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان العقد قد صح ش وقال الكاكي اي بالاجماع لوجود مبادلة المال بالمال م الا انه تعذر التسليم بالكساد ش اي الا ان الشان تعذر تسليم الثمن وهو المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية ويجوز ان يكون الضمير في لانه للثمن اي لان الثمن تعذر تسليمه بالكساد م وانه ش اي وان تعذر التسليم او الكساد م لا يوجب الفساد ش لانه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج م كما اذا اشترى ش اي نظير هذا كما اذا اشترى رجل شيئا بالرطب م فانقطع اوانه ش بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل البيع بالاتفاق ويجب القيمة او لا ينتظر الى زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هذا م واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف وقت البيع لانه مضمون به ش اي لان الثمن مضمون بالبيع فكان كالمغصوب تعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعليه الفتوى لانه ذكر في الذخيرة وعليه قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول ابي يوسف الاخر وعليه الفتوى م وعند محمد يوم الانقطاع لانه ش اي لان يوم الانقطاع م اوان الانتقال الى القيمة ش يعني بقي العقد رد ما انعقد به العقد والانتقال الى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع وفي المحيط والتتمة والحقايق وبقول محمد يفتى رفقا بالناس م ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ش اي ثمنية الدراهم التي غشها غالب انما حصلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح م وما بقي ش اي الاصطلاح م فيبقى ش اي العقد م بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ش اي يجب قيمته م ان كان هالكا ش لانه لما بطل العقد تناوله عينها وهو باق بالكساد وهو معقود والتسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا واما الجواب عن البيع بالرطب ان الرطب يرجى الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هذا هالكا من كل وجه فلم يبطل الثمن اصلا وفي الدراهم المغشوشة بعد الكساد لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصل في الشيء اذا راج الى اصله فكان لم يستقل عنه م كما في البيع الفاسد ش فان الحكم فيه انه يجب على المشتري رد المبيع على البايع ان كان قائما وان كان هالكا يجب عليه رد قيمته يوم القبض م قال ش اي القدوري م ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم ش هذا بالاجماع م فان كانت نافقة ش اي رائجة جاز البيع وان لم يعين ش الفلوس م لانها اثمان بالاصطلاح فلا يتعين في البيع كالدراهم والدنانير وان شرط المتبايعان اعيانها وكون ما اوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه دينا في ذمته ولا يجبر كل واحد منهما ان يسلم ما شرط في العين ان شاء اعطى العين وان شاء اعطى مثلها وان هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها م وان كانت ش اي الفلوس م كاسدة ش يعني لا تروج م لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلعة فلا بد من تعيينها ش فاذا لم يعينها لا يصح العقد م واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة ش قيد بالكساد لانها اذا غلت او رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق ذكره في شرح الطحاوي م خلافا لهما ش اي لابي يوسف ومحمد هذا الخلاف الذي ذكره القدوري خلاف ما ذكر في الاصل وشرح الطحاوي والاشارات لانه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف قال في الاشارات اذا اشترى شيئا بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافا لزفر وفي شرح الطحاوي وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان الكساد بمنزلة عيب فيها والاول اظهر ولو انتقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل ان ينتقد النصف الاخر يبطل البيع في نصفها وله ان يسترد نصف الدرهم ولو اشترى فاكهة او شيئا بعينه

بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع وله ان يرد المبيع ان كان قائما او قيمته او مثله ان كان هالكا وعن ابي يوسف ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع م وهو نظير الذي بيناه ش اي الاختلاف في كساد الفلوس نظير الاختلاف في كساد الدراهم التي غشها غالب يعني يبطل البيع عند ابي حنيفة بكساد الفلوس وعندهما لا يبطل لكن عند ابي يوسف يجب قيمتها يوم البيع وعند محمد اخر ما يتعامل بها وهو يوم الانقطاع في السوق م ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة عليه مثلها لانه اعارة ش اي لان الاستقراض اعارة لان استقراض المثلي اعارة كان اعارته قرض وموجب استقراض المثل رد عينه وهو ممكن معنى قوله م وموجبه رد العين معنى ش اي موجب عقد الاعارة رد العين من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة وذا لا يكون الا بالمثل م والثمنية فضل فيه ش جواب عما يقال كيف يكون المثل عين العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان يعني العين ان لو رد مثله حال كونه نافقا فاجاب المصنف بقوله والثمنية فضل تقريره ان الثمنية يعني كونه ثمنا فضل في القرض م اذ القرض لا يختص به ش اي بمعنى الثمنية يعني صحة استقراض العكس لم يكن باعتبار الثمنية بل لانه مثلي والكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م يجب قيمتها ش اي قيمة الفلوس التي كسدت بعد رواجها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض ش وليس المثل المجرد في معناها م فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل ش عند قوله لكن عند ابي يوسف وقت البيع م واصل الاختلاف ش اي بين ابي يوسف ومحمد في اعتبار القيمة يوم القبض او الكساد موضع الاختلاف م فيمن غصب مثليا فانقطع ش فعند ابي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى في اول كتاب الغصب م وقول محمد انظر ش للجانبين وفي بعض النسخ انظر للجانبين جانب المقرض والمستقرض اما جانب المقرض فبالنسبة الى قول ابي حنيفة لان في رد المثل اضرارا به م وقول ابي يوسف ايسر ش اي للمفتي وفي بعض النسخ ايسر للمفتي لان يوم الكساد قيمته غير مضبوطة ويوم القبض مضبوطة فاعتبار المضبوط ايسر من اعتبار غير المضبوط وقال الامام الاسبيجابي لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قول ابي يوسف ايسر م قال ش اي القدوري م ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز ش قيد بنصف درهم لانه لو قال بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد على ما يجيء م وعليه ش اي وعلى المشتري م ما يباع بنصف درهم من الفلوس ش لان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا فضة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد فيجب عليه الوفاء بذلك م وكذا ش اي وكذا الحكم م اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز ش الدانق سدس الدرهم والقيراط ست حبات م وقال زفر في جميع ذلك لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وانما تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم ش فاذا لم يبين عدد الفلوس كان مجهولا فلا يجوز وهو معنى قوله م فلابد من بيان عددها ش لنفي الجهالة م ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه ش اي فيما اذا كان معلوما ومعنى فرض المسألة فيما اذا كان ما يباع بنصف الدرهم من الفلوس معلوما حين العقد فكان مغنيا عن ذكر العدد وقال الامام الحلواني هذا اذا كان الدانق والقيراط معلومان عند الناس لا يختلف معاملتهم فاما اذا كان مختلفا فكما قاله زفر لمكان المنازعة م فاغنى عن بيان العدد ش يعني اذا كان معلوما اغنى ذلك عن بيان العدد م ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف ش يجوز م لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد ش اي كونه معلوما هو المراد م لا وزن الدرهم من الفلوس ش اي ليس المراد علم وزن الدرهم من الفلوس م وعند محمد انه لا يجوز ش اي ان اشترى بدرهم فلوس او بدرهمين لا يجوز م ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا ش اي مشايخنا م وقول ابي يوسف اصح سيما ش اي خصوصا م في ديارنا ش بما وراء النهر لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وقال الاترازي قوله سيما في ديارنا هذا تركيب عجيب فينبغي ان يقال لاسيما كما قال امرؤ القيس ولا سيما يوم بدارة جلجل

م قال ش اي القدوري م ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي ش لانه متمكن في صلب العقد ولانه مجمع عليه لمعنى الربوا فيشيع م وقد مر نظيره ش اي في البيع وهو ما اذا جمع بين حر وعبد فان البيع يبطل عنده في الكل م ولو كرر لفظ الاعطاء ش بان قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة م كان

جوابه ش أي جواب أبي حنيفة م الجواب ش أي كجواب أبي يوسف ومحمد في الأصح لتفرق الصفقة بتكرر لفظ الإعطاء وفساد أحد البيعين لا يوجب فساد الآخر وأشار إليه المصنف بقوله م لأنهما بيعان ش يعني بتكرر لفظ الإعطاء م ولو قال أعطني بنصف فلوسا ونصفا إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس ش وفي الأصل ولو قال أعطني كذا كذا فلسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم إلا قيراطا كان جائزا إذا تقابضا قبل أن يتفرقا م قال ش أي المصنف رحمه الله م وفي أكثر نسخ المختصر ش أي القدوري م ذكر المسألة الثانية ش وهو قوله أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز يعني لم يذكر في أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى وهو قوله ومن أعطى الصيرفي درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي ولهذا قال في شرح الأقطع وهو غلط من الناسخ وقال الكاكي إنما ذكر المصنف هذا معنى قوله نسخ المختصر دفعا لمؤاخذة ترد على صاحب القدوري فإنه ذكر في بعض النسخ المسألة وأجاب بالجواز مطلقا وليس كذلك بالإجماع أما عنده فظاهر لأنه يبطله في الكل وأما عندهما يجوز في الفلوس ويبطل في الباقي فعلم أن الجواز ليس بمطلق في المسألة الأولى فذكر الجواز مطلقا في بعض النسخ محمول على خطأ من الكاتب والدليل عليه في أكثر النسخ ذكر المسألة الثانية وأجاب بالجواز مطلقا م

كتاب الكفالة

ش أي هذا كتاب في بيان أحكام الكفالة وإنما عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالبا ولأن في الكفالة إذا كانت بالأمر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة م الكفالة الضم لغة ش من كفلت به كفالة وكفلت عنه المال لغريمه والكفيل الضامن والكفلة المال أي ضمنته إياه وكفل هو به كفلا وكفولا والتكفيل مثله وتكفل بدينه تكفلا واستشهد المصنف في قوله الكفالة الضم لغة بقوله م قال الله تعالى وكفلها زكريا ش أي ضمها إلى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلها وضامنا لمصالحها وذكر الأخفش أنه قرئ أيضا وكفلها بكسر الفاء والضمير المنصوب في كفلها يرجع إلى مريم أم عيسى عليهما السلام وقصتها مشهورة م ثم قيل ش قائله أكثر الأصحاب م هي ش أي الكفالة في معناها الشرعي م ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة ش وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية وعن أحمد أن الدين ينتقل في الكفالة عن الميت ونقل الشيخ أبو حفص أن الدين يسقط عن الأصيل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك م وقيل في الدين ش أي الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في أصل الدين وهو اختيار بعض المشايخ وقال الرازي وهو مذهب الشافعي م والأول أصح ش أي القول الأول الذي قاله أكثر الأصحاب هو الأصح لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة ولأنه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين الواحد دينين ونقض بما إذا وهب رب الدين دينه للكفيل فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهب للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حكما ضرورة تصحيح التصرف وجعل في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين وركن الكفالة الإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف آخرا والشافعي في قول ومالك وأحمد الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو لا م قال ش أي القدوري م الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به ش وبه قال أحمد وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمرو الأسلمي وجرير بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران بن الحصين والأشعث بن قيس رضي الله عنهم م وقال الشافعي لا يجوز ش هذا ليس بمشهور من مذهبه فإن الصحيح عنه كمذهبنا م لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام ش أي قول النبي صلى الله عليه وسلم م الزعيم غارم ش هذا الحديث رواه أبو داود مطولا عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه الحديث وفي آخره والزعيم غارم ورواه ابن عباس عن النبي عليه السلام وقال الزعيم غارم أخرجه ابن عدي في الكامل ومعناه الكفيل ضامن من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس وألفاظ الكفالة أنا زعيم أنا ضامن ما عليه أو كفيل عن لك أو قبيل أو هو علي أو إلي أو هو لك عندي أو هو لك قبلي م وهذا ش أي قوله عليه السلام الزعيم غارم م يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ش أي بنوعي الكفالة وهما كفالة المال وكفالة النفس لأنه مطلق فيشملهما وفي بعض النسخ بنوعيه فالأول أي الضمير راجع إلى الكفالة على تأويل عقد الكفالة م ولأنه ش أي ولأن الكفيل جواب عن قياس الشافعي رحمه الله م يقدر على تسليمه ش أي تسليم المكفول عنه م بطريقه أن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه ش أي بين المكفول له والمكفول عنه م أو يستعين ش أي الكفيل م بأعوان القاضي ش الأعوان جمع عون وهو الظهير على الأمر والحاصل

ان أعوان القاضي هم الرجال الذين في خدمته يساعدونه في مهمات الأمور الشرعية م والحاجة ماسة إليه ش أي مسة إلى عقد الكفالة بالنفس وهي ضرورة احتياج العباد لأنه ربما يغيب بنفسه فيتضرر صاحب الحق م وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهي الضم في المطالبة فيه ش أي في هذا النوع م قال ش أي القدوري م وتنعقد ش أي الكفالة م إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه ش هذا كله كلام القدوري م وقوله م وكذا ببدنه أو بوجهه ش من كلام المصنف لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة ش كقوله تكفلت بنفس فلان أو ببدنه أو بجسده م أو عرفا ش كقوله تكفلت بوجهه أو برأسه أو برقبته م على ما مر في الطلاق ش أنه إذا قال لنفسك طالق أو بدنك طالق أو جسدك طالق فإنها تطلق وإذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو دبرك طالق لا يقع شيء م وكذا ش أي وكذا تنعقد الكفالة إذا قال تكفلت بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه م أي أو قال تكفلت بجزء من فلان بأن قال تكفلت بيده أو رجله م لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها ش أي ذكر بعض النفس الواحدة حال كونه م شائعا كذكر الكل ش كما في الطلاق لأن في الإضافة الكفالة إلى جزء شائع تثبت وتسري إلى الجملة كما في الطلاق والعتاق بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله ش حيث لا تصح الكفالة م لأنه لا يعبر بهما عن الجملة حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما ش أي اليد والرجل فكانت إضافة الكفالة إليهما كإضافة الطلاق إليهما على ما تقرر م وفيما تقدم ش أي في الجزء الشائع كالنصف م يصح ش إضافة الكفالة إليه كما يصح إضافة الطلاق وقال الأئمة الثلاثة تجوز الكفالة بما يعبر به عن البدن وجزء شائع أو بما لا يمكن فصله عنه كالقلب والكبد وبه قال أحمد في رواية

حد

وقال مالك تصح بكل عضو من بدنه حتى لو قال بوجهه أو بعينه فهو كفالة بالنفس وبه قال الشافعي في وجه وا وعندنا الوكيل بعينه لم يذكره محمد رحمه الله فعن أبي بكر البلخي لا يصح كما في الطلاق ولو نوى البدن يصح كذا في المحيط م وكذا ش أي وكذا تنعقد الكفالة م إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه ش أي بموجب عقد الكفالة لأنه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك م أو قال علي لأنه صيغة الالتزام ش إلا أنه من ألفاظ الوجوب فأفاد الضمان فصحت الكفالة م أو قال إلي لأنه في معنى علي في هذا المقام ش فكأنه قال ضمانه علي م قال عليه السلام ش أي قال النبي صلى الله عليه وسلم م ومن ترك كلا أو عيالا فإلي ش هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فإلي ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له الحديث ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لأبي داود قال أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا أو ضيعة فإلي وأخرج البخاري ومسلم من حديث أبي حازم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلينا والكل بفتح الكاف وتشديد اللام اليتيم هنا بدليل عطف العيال عليه وإن كان الكل يجيء بمعنى العيال والجمع الكلول والعيال من يعوله أي يقوم به وينفق عليه م وكذا تنعقد الكفالة بقوله م أنا زعيم به ش أي بفلان وليس في بعض النسخ لفظ به والزعيم من زعم به أي كفل به يزعم زعامة م أو قبيل ش أي أو قال أنا قبيل بفلان فهو بمعنى كفيل من قولهم قبل به أي كفل به بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع قبالة م لأن الزعامة هي الكفالة ش يعني معناهما واحد م وقد روينا فيه ش أي روينا في الحديث وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم وفي بعض النسخ وقد رويناه الحديث م بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته ش يعني لا يكون كفيلا بهذا اللفظ م لأنه التزم المعرفة دون المطالبة ش أي لأن الرجل الذي قال هذا اللفظ

نه

التزم لمن يطالب الكفيل معرفة الرجل الذي عليه الدين وما التزم مطالبة الدين وفي الأصل لو قال أنا ضامن لمعرفة فلان أو ضامن لأن أدلك عليه أو لأن أدل على منزله لا يكون كفالة ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ كذا نقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الشافي وقال الفقيه أبو الليث روي عن علي بن أحمد عن نصير قال سألت ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم ثم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما روي عن أبي حنيفة ومحمد وقال في خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر الرواية وقال في الفتاوى الصغرى آشنايي فلان بر من قال الفقيه أبو جعفر يكون كفيلا وقال أبو الليث لا وعليه الفتوى ثم نقل في الفتاوى الصغرى عن الواقعات أن الفتوى على أنه يصير كفيلا ثم قال فيها إذا قال فلان آشنايي من است أو قال آشنا است صارت كفالة بالنفس عرفا ولو قال آن جه ترا بر فلان است من جواب كنم فهو كفالة بحكم العرف ولو قال آن جه ترا بر فلان است من بدهم لا يكون كفالة من وعد لغيره أن يقضي دينه بأن قال بدهم لا يجب ونقله عن مادون شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله فإن شرط في

[illegible]

الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه به في ذلك الوقت المعين والاصل فيه ان الكفالة بالنفس موضع ضمان فصح التاجيل فيها كالكفالة بالمال فاذا حل الاجل تجب الاحضار م فان احضره ش فلا كلام فيه م والا ش وان لم يحضره بان امتنع عن احضاره م حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ش لانه تصير ظالما والحبس جزاؤه م ولكن لا يحبسه اول مرة ش لان الحبس عقوبة على الظالم ولا يظهر في اول الوهلة م لعله ما درى لماذا يدعى ش على صيغة المجهول م ولو غاب المكفول بنفسه ش اي المدعى عليه م امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ش هذا اذا علم مكان المكفول به اما اذا لم يعلم سقطت المطالبة عن الكفيل للحال لعجزه وفي الذخيرة ولو كان المكفول يعرف مكانه امهله قدر ذهابه ومجيئه م فان لم يعلم سقطت المطالبة ولو وقع الاختلاف فقال الطالب يعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول للطالب لانه متمسك بالاصل وهو الجهل وينكر لزوم المطالبة فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وقال الكاكي وفي بعض النسخ وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب وهذه المسئلة ليست في بعض النسخ الى قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ومجيئه وينبغي ان يبرأ الكفيل كما في الموت لان اللحاق بدار الحرب موت حكمي والفرق ان اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته دون الحقوق الثابتة في ذمته م فان مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق ش مع امكانه وبيان مطله م قال ش اي القدوري م واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا ش يعني ما ذكرنا من اتيانه بما التزمه م لانه ما التزم التسليم الامرة ش فحصل التسليم م واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود ش وهو القدرة على المحاكمة م وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر هو المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا ش وقالت الائمة الثلاثة اذا عين مكانا في تسليمه في غيره ضرر تعين ذلك المكان وفي الشامل شرط على الكفيل ان يسلمه في المسجد الاعظم فسلمه في السوق برئ لان المصر كبقعة واحدة ثم قال وفيه عن ابي يوسف انه لا يبرأ لان الناس لا يعينون للاحضار ثم قال ويجب ان تكون الفتوى على هذا اليوم م وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ش قال الجوهري سواد الكوفة والبصرة قراهما والمفهوم من كلام المصنف ان السواد هي القرى التي ليس فيها قضاة واما اذا كان فيها قضاة ينبغي ان يبرأ لقدرته على المخاصمة م ولو سلم في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه ش لان الحاكمة تتحقق عند كل قاض فصار التسليم في البلدين سواء م وعندهما لا يبرأ ش وبه قالت الائمة الثلاثة م لانه قد تكون شهوده فيما عينه ش ويتعسر عليه اقامة البينة في بلد اخر وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان قال ابو حنيفة رضي الله عنه في القرن الثالث والغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون في الميل الى الرشوة وتغير الحال في زمانهما وظهر الفساد والميل الى الرشوة وعامل كل مصر لا يسافر لامر الخليفة فيعتقد التقييد م ولو سلمه في السجن وقد حبسه القاضي لغير الطالب ش اي والحال ان القاضي قد حبسه لاجل غير الطالب م لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة ش وعند مالك يبرأ وعند احمد ان كان في حبس القاضي الذي يرجع الحكم اليه يبرأ والا فلا م قال ش اي القدوري م واذا مات المكفول به ش وهو المدعى عليه م برئ الكفيل بالنفس من الكفالة ش وبه قال الشافعي في وجه واحد وقال في اصح الوجهين يطالب باحضار الميت ما لم يدفن اذا اراد المكفول اقامة الشهادة على صورته كما لو تكفل ابتداء بدون الميت وعلل المصنف ما ذهب اليه اصحابنا بوجهين الاول هو قوله م لانه عجز عن احضاره ش اي عن احضار المكفول به وهو المدعى عليه والثاني هو قوله م ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل ش لان الكفيل الاصيل عن الحق المضمون يوجب براءة الكفيل م ولذا ش اي وكذا السقط الكفالة م اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم ما تحمل الا باحضار النفس وقد سقط الحضور عن الاصيل فكذا عن الكفيل لان براءة المكفول بنفسه وماله ش اي ومال الكفيل م لا يصلح لايفاء هذا الواجب ش وهو الاحضار وتسليم المكفول به وحاصله انه لا يودي ما على المكفول به من تركة الكفيل لانه ما التزم باداء المال وانما التزم النفس والمال لا يصلح وفاء لهذا الواجب وبه قال احمد والشعبي وشريح وحماد وابن ابي سليمان وان في اصح الوجهين وقال مالك والليث يلزمه ما عليه وبه قال ابن شريح من اصحاب الشافعي م بخلاف الكفيل بالمال ش اذا مات حيث يودي المال من تركته لان المقصود هنا انما هو المكفول له المال والمال الكفيل صالح فلا تبطل الكفالة فيوخذ من تركته ويرجع ورثته على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حال الحيوة ولو كان الدين موجلا ومات الكفيل حل الاجل

تسليم م

لوجد

ووجد من تركته حالا ولكن ورثته ترجع على الذي عليه الاصل بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق الاصيل لبقاء حاجته اما الكفيل فقد استغنى عن الاجل بالموت كذا في المبسوط وبقولنا قال الشافعي واحمد وعن زفر ان للورثة مطالبته قبل الاجل ادخله في ذلك مع علمه انه يحل بموته قلنا انه دين موجل فلا يجوز قبل الاجل م ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ش لقيامه مقام المكفول له م فان لم يكن ش اي الوصي م فلوارثه ش المطالبة م لقيامه ش اي لقيام الوارث مقام الميت ويجوز ان يكون الضمير في لقيامه راجعا الى كل واحد من الوصي والوارث لان كلا منهما يقوم مقام الميت م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير ومن كفل بنفس ش اي الاصالة م ولم يقل ش اي والحال انه لم يقل م اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه ش اي لان دفع المكفول به الى الطالب كذا قاله الكاكي وقال الاكمل لانه يعني البراءة ذكره للتاكيد الحبر وهو الموجب م موجب التصرف فيثبت ش اي الموجب م بدون التنصيص عليه ش كثبوت الملك بالشراء وان لم يصرح به وحل الاستمتاع حيث يحرم النكاح الصحيح فانه يوجبه وكذا في سائر الموجبات م ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ش اذا سلمه كالغاصب اذا رد المغصوب على المالك والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي يلزمه القبول ولو امتنع من القبول قال بعض اصحابه يرفع الامر الى القاضي ويسلمه حتى يبرأ فان لم يجدها كما احضر شاهدين ليشهدا على امتناعه وبه قال بعض اصحاب احمد م ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح ش هذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا على ما تقدم م لانه ش اي لان المكفول به مطالب بالخصومة ش اي بحضور المدعي او نحو من الكفيل فاله شيخنا م فكان له ولاية الدفع ش اي دفع الخصومة وفي بعض النسخ لانه مطالب بالحضور وقال الاترازي مطالب صح نسخ اللام ثم قال قلت وكذا قال شيخنا العلاء بنسخ اللام م وكذا ش اي وكذا صح م اذا سلمه اليه ش اي اذا سلم الكفيل الى المكفول له م وكيل الكفيل او رسوله ش اي او سلمه اليه رسول الكفيل م لقيامهما ش اي لقيام وكيل الكفيل ورسوله م مقامه ش اي مقام الكفيل م قال ش اي القدوري م فان تكفل بنفسه على انه لم يواف به ش اي لم يات به وهو من الموافاة مفاعلة من الوفاء م في وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف ش وقال الكاكي والتقييد بما عليه مفيد لانه اذا لم يقل لما عليه لا يلزمه شيء عند عدم الموافاة خلافا لابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا تصح الكفالة وسنجي بعد هذا ان شاء الله تعالى وقال الكاكي ايضا والتقييد بقوله وهو الف غير مفيد لانه اذا قال ما عليه ولم يسمه وهو كم جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحتها لانها مبنية على التوسع كضمان الدرك وضمان الشجة فانه يصح مع انه مجهول لا يعلم انها تستوي الى النفس اولا م فلم يحضره ش اي الالف م في الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة معلقة بالمال بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح ش لانه متعارف بين الناس وان كان القياس يأباه كما لو اشترى خلا على ان يحذوه البائع م فاذا وجد الشرط لزم المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما ش اي لان كل واحد من الكفالتين شرع للتوثق ش فيجوز ان يدعي عليه دينا اخر م وقال الشافعي لا يجوز ش ذكر في المبسوط موضع الشافعي ابن ابي ليلى م هذه الكفالة ش انما قيد بقوله هذه الكفالة للاحتراز عن سائر الكفالات بالمال بدون الشرط لا للاحتراز عن الكفالة بالمال فان عنده كلتاهما باطلتان لذا ذكر قاضي خان والمرغيناني وقال الكاكي على قوله المنصوص بصحة الكفالة بالنفس وتبطل الكفالة بالمال فقط ويفهم ذلك من كتبهم وتعليل الكتاب ايضا يدل عليه م لانه ش اي لان هذا التعليق وفي بعض النسخ هذه الكفالة م لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر ش اراد بالسبب الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال فيكون تعليقا بالشرط التعليق سبب وجوب المال فلا يصح لان المال لا يحتمل التعليق بالخطر لانه مضاف الى معنى التمادي م فاشبه البيع ش اي تعليق البيع بالمال وصار كما اذا قال ان دخلت الدار فانا كفيل بما لك على فلان م ولنا انه ش اي ان عقد الكفالة م يشبه البيع ش اي انها من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره م ويشبه النذر من حيث انه التزام ش يعني التزام شيء غير لازم فعلى بالشبهين م فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط ش عملا لشبه البيع م كهبوب الريح ونحوه ش اراد به دخول الدار ومجيء المطر م ويصح بشرط متعارف ش عملا بشبه النذر م عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ش وبدخول الدار غير متعارف م ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ش لانه علق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فوجب المال فان قيل هذه المسئلة عين الاولى غير ان في الاولى لم يذكر موت المكفول به وههنا ذكره وبه لا يقع الفرق اذ لزوم المال بموته وعدم موته لا يتفاوت قلنا بل بينهما فرق وهو انه لم يذكر في بعض الجامع لفظ الغد في هذه المسئلة فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقا وهناك مقيد فكان بينهما فرق اذ المطلق غير المقيد وقال الاترازي والفرق بين هذه المسئلة ومسالة القدوري التي تقدمت

ان في هذه لم يذكر لفظ العدد في اكثر نسخ الجامع الصغير ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان وانما
ذكره بعضهم مكان مسالة العدد وهي متصل بوقت وهذه مطلقة عنه لحصل الفرق والوجه الثاني ان الكفيل
به لما مات قبل الغد في مسالة العدد وهي هو حي ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت فذكر مسالة الجامع
الصغير ازاحة لوهم بعض الناس انه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة وهو حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال لا فرق
بينهما بل يجب المال اذا وجد الشرط وهو عدم الموافاة في الوقت م ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها ش اي بين صفة مائة
دينار انها جيدة او ردية او خليفية او ركنية م او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه
المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف ش وبه قال احمد م وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل
به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه ش اي الى دعوى الطالب وبه قال الشافعي م لانه ش اي لان الكفيل علق
مالا مطلقا ش اراد بالطلاقة عدم نسبة المائة الى المال المدعى به حيث لم يقل تكفلت بالمائة التي لك عليه م بخطر ش اي بتردد
وهو شرط عدم الموافاة م الا يرى ش توضيح لما قبله م انه لم ينسبه الى ما عليه ش حيث لم يقل التي لك على فلان م ولا
تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ش اي لا تصح الكفالة على وجه تعليق المال مطلقا بخطر وان بين صفة المائة
بين الجودة والرداءة والوسط وذلك لاحتمال ان يلزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال
هكذا ذكر الماتريدي م ولانه لم تصح الدعوى ش هذا وجه اخر منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي م من غير
بيان فلم يجب احضار النفس ش الى مجلس القاضي لفساد الدعوى بجهالة المدعى به م واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس
فلا يصح بالمال لانه بناء عليه ش اي لان عقد الكفالة بالمال بناء على عقد الكفالة بالنفس وهذا لو وجب ان يصح الكفالة
بالنفس اذا بين المال وهو معنى قوله م بخلاف ما اذا بين ش اي المال حيث تصح الكفالة بالنفس م ولهما ش اي ولابي حنيفة
وابي يوسف م ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه ش يعني ان المال في قول الكفيل ذكر معرفا حيث قال
ان لم يواف به غدا فعليه المال فينصرف الى ما على الاصيل لانه هو المعهود م والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي
ش يعني العادة جرت بين الناس انهم يجملون الدعوى اولا في غير مجلس القاضي ويبينون عند القاضي دفعا لحيل الخصوم
وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فاذا كان كذلك م فتصح الدعوى على اعتبار البيان ش من جهته م فاذا بين التحق
البيان باصل الدعوى ش يعني في ابتداء الدعوى فاذا كان كذلك م فتبين صحة الكفالة الاولى ش وهي الكفالة
بالنفس م فيترتب عليها الثانية ش اي الكفالة الثانية وهي الكفالة بالمال ويكون القول له في هذا البيان لانه
يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد م قال ش اي القدوري م ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش اي هذا لفظ القدوري وقوله م معناه لا يجبر عليها عنده ش من كلام المصنف اي
معنى قول القدوري ولا تجوز الكفالة بالنفس لا يجبر من عليه الحد او القصاص على الكفالة حاصل الكلام من توجه
عليه الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضر في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعى عليه فامتنع
عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف
المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير معنى قول محمد لا كفالة في الحدود
والقصاص ان القاضي لا يشتغل بذلك لان مبناها على الاثبات والشرع امر بالدرء وهو خلافه ثم قال فخر الاسلام وهذا
قول ابي حنيفة وذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في اول باب الكفالة من شرح مختصر الكافي ان الكفالة
بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس تصح وانما الخلاف في الجبر
على اعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند ابي حنيفة وعند صاحبيه يجبر وفي الشافي
وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وفيه ايضا لا تجوز
كفالة في قصاص وحد وقول القاضي لمدعي القذف الزمه الى ثلاثة ايام ان كانت بينتك حاضرة عند ابي حنيفة وعنهما
ياخذ كفيلا له لانه ايام قال والخلاف في امر القاضي باعطائه لا في الصحة فانه لو كفل انسان له صح وذكر الكرخي ان الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم جميعا اذا بذلها المطلوب بنفسه ولكن هل للقاضي ان يامر بالكفيل
اذا طلب الخصم قال ابو حنيفة لا ياخذ القاضي منه كفيلا ولكن يحبسه حتى يقام عليه البينة او يستوفي اذا ذكره صاحب
التحفة ثم قال لا يحبس القاضي في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي
فيشهد انه زنى وقيل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة باحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد
عليه الشهود العدول وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الاموال حيث لا يحبس
فيها بشهادة الواحد وفي شرح الاقطع فان قيل فكيف قال ابو حنيفة يحبس والتوثق بالحبس اعظم من التوثق

بالكفيل

بالكفيل قيل له ليس الحبس للتوثق وانما هو للتهمة والحبس بها واجب ونقل الناطفي في اجناسه عن ابي داود
رستم في التعزير لا يحبس حتى يسال عن عدالة الشهود ويقبل فيه الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال
ويجوز فيه العفو ويصح فيه الكفالة وهو حق الادمي وفي نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر
ويشربه ويترك الصلوة احبسه واودبه ثم اخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه و
اخلده في السجن الى ان يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ويقول ابي حنيفة من هذا الباب قال
احمد والشافعي في قول وهو قول اكثر اهل العلم م وقالا يجبر في حد القذف ش اي قال ابو يوسف ومحمد يجبر
المدعى عليه في حد القذف على الكفالة وبه قال الشافعي في قول وعن مالك مثله م لان فيه ش اي في حد القذف
م حق العبد ش ولهذا اشترط الدعوى فيه وان كان المغلب حق الله تعالى والمدعي يحتاج الى ان يجمع بين الشهود و
بين المطلوب والمطلوب قد يخفي نفسه فيحتاج الى ان ياخذ منه كفيلا والحق الامام المحبوبي في حد السرقة بحد القذف
في الجبر بالكفالة على قولهما وفي الجواز بعدم الجبر على قول ابي حنيفة لانه من الحدود التي يتعلق بها حق العباد وقال
المرغيناني ليس بنفس الجبر هنا الحبس لكن يامره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لكن يذهب
الطالب مع المطلوب فيدور معه اين دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب الدار واراد الدخول يستاذنه
الطالب في الدخول فان اذن له في الدخول يدخل معه ويمكن حيث يمكن وان لم ياذن يجلسه في باب الدار ويمنعه
من الدخول م وفي القصاص ش اي يجبر في القصاص ايضا م لانه خالص حق العبد ش فيجري الجبر في اخذ الكفيل كما في
سائر حقوقه وقال الاترازي وفيه نظر لان القصاص مما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى من حيث اخلاء العالم عن الفساد
وحق العبد من حيث تشفي الصدور ولكن حق العبد فيه غالب بصحة الاعتياض والعفو م بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ش اراد به حد الزنا وشرب الخمر يعني لا تجوز الكفالة فيها بالاتفاق م ولابي حنيفة قوله عليه السلام ش اي
قول النبي صلى الله عليه وسلم م لا كفالة في حد ش قال الاكمل قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه
وسلم ذكر الخصاف في ادب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلم الى قاله الاترازي بعينه ثم قال في اخره ولنا فيه نظر قلت هذا اخرجه
البيهقي في سننه عن بقية عن عمر ابن عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لا كفالة في حد وقال تفرد به عمر بن ابي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة غير
محفوظة م من غير فصل ش يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في
الحدود م ولان مبنى الحد على الدرء ش اي على الدفع م فلا يجب فيه الاستيثاق ش يعني بالتكفيل فاذا لم يكفل عنده
ماذا يصنع به قال في جامع البرهاني يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة فيها والا خلى سبيله
فلا دام يكن شاهد عدل او شاهدين غير مستورين كان امام يحبس لا للتكفيل بل للتهمة بخلاف سائر الحقوق ش
حيث يجب فيه الاستيثاق بالكفيل م لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ش اي يجبر المطلوب
على اعطاء الكفيل فيما يجب فيه التعزير لانه محض حق العبد ويثبت مع الشبهات وبالشهادة على الشهادة ويحلف فيه
ويجبر فيه كالاموال م ولو سمحت نفسه به ش اي نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه يعني لو
تبرع باعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة
م يصح ش اي الكفالة م بالاجماع ش وفي الجارية هذا في حد للعباد فيه حق كحد القذف اما حد ليس للعبد فيه حق
لا يجوز الكفالة وان سمحت به نفسه وقال احمد والشافعي لعدم الطالب فيه م لانه امكن ترتيب موجبه عليه ش
موجبه التزام المطالبة وقال تاج الشريعة اي موجب عقد الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والضمير
يرجع الى الكفيل وفي عليه الى الكفيل م لان تسليم النفس فيها ش اي في الحدود ويروى فيهما بضمير التثنية اي في
حد القذف والقصاص م واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ش وهو ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
م قال ش اي الامام محمد في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظ قال م ولا يحبس فيها ش اي في الحدود وفي بعض
النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص م حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي ش اي
يعرف كونه عدلا قيد به لانه لو كان مجهولا لا يحبسه م لان الحبس للتهمة هاهنا ش المراد التهمة بضم التاء وفتح الهاء
ويجوز بالاسكان ايضا وقال ... التهمة فعلة من الوهم والتاء بدل من الواو وقد تفتح الهاء والتهمة
اي ظن فيه ما نسب اليه من وهمت الشيء اتهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب
من الخاطر ومعنى الحبس للتهمة ههنا للاحتياط لان شهادة المستورين تصلح لاثبات الحكم فيصلح لاثبات

الثقة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت اصل الحق والحبس
لتهمة الفساد مشروع لما روي بهز بن حكيم عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حبس رجلا
بالتهمة م والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة ش العدد اثنان والعدالة في الواحد
وتقرير ان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات فيثبت باحدي شطريها م بخلاف الحبس في باب
الاموال ش حيث لا يحبس فيه بشهادة الواحد م لانه ش اي لان الحبس م اقصى عقوبة فيه ش اي في باب الاموال م فلا
يثبت الا بحجة كاملة ش فلا يجوز ان يعاقب قبل ثبوته به اما في الحدود والقصاص فالتعزير اقصى العقوبة
القتل او الضرب والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص م وذكر في ادب القاضي
ش ذكر على صيغة المجهول م ان على قولهما ش اي على قول ابي يوسف ومحمد م لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
لحصول الاستيثاق بالكفالة ش يعني ان عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص لم تقع الحاجة الى
الحبس لان الاستيثاق يحصل بالكفالة وعند ابي حنيفة لا كفالة فيها فيحبس كي يشهد عليه الشهود العدول
م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير م والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه ش اي لان الخراج م دين مطالب به
ش الا ترى انه يحبس به م ولازم ش لاجله ويمنع من وجوب الزكوة فيجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون كذا في
الفوائد الظهيرية فان قيل يشكل على هذا الزكوة فانه مطالب من جهة العباد في الاموال الظاهرة الامام
وفي الباطنة نائبه وهو المالك كما مر في الزكوة ولا يجوز الكفالة بدين الزكوة قلنا قال التمرتاشي انما لا يصح
لان الزكوة ليست بدين بل هو تمليك المال ولهذا لا يؤخذ من تركته عندنا بخلاف الخراج فانه يؤخذ من تركته م فيمكن
الاستيفاء ش راجع الى الرهن لان الرهن يوثق لجانب الاستيفاء فهذا من باب اللف والنشر الغير المرتب لان قوله
دين مطالب به يرجع الى الكفالة م فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما ش المراد بالعقد الكفالة والرهن وموجب
الكفالة كونها مشروعة لتحمل المطالبة وموجب الرهن كونه مشروعا مضمونا يمكن استيفاؤه من الرهن والضمير
في عليه يرجع الى الخراج وفي فيهما يرجع الى الرهن والكفالة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اخذ من رجل
كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان ش اي ذهب الطالب واخذ من المطلوب وهو المديون
كفيلا اخر م فهما ش اي الاول والثاني م كفيلان لان موجبه ش اي موجب عقد الكفالة م التزام المطالبة وهي متعددة
ش الا ترى انهما لو كفلا جميعا بنفسه معا جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم احدهما نفس الاصيل الى الطالب
برئ هو دون الاخر وليس هذا كالدين فانه لو قضى احد الكفيلين الدين واحد الدين برئا وفي التفاريق والكفلاء
الثلاثة في العقد الواحد ايهم سلم الاصيل كتسليمهم وفي الثاني لا لانه كفلوا بالف طالب كل واحد بثلث الالف
وان كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالالف كذا ذكره شمس الائمة والمرغيناني والتمرتاشي ومن هنا قال
لا تنافي هنا لان الكفالة بالنفس عندنا لا تصح كذا قاله الاتقاني وفي قول ابن ابي ليلى برئ الكفيل الاول
والمقصود ش من عقد الكفالة م التوثق وبالثانية ش اي وبالكفالة الثانية م يزداد التوثق فلا يتنافيان ش اي
الكفالتان فان قيل لما اخذ الطالب من المطلوب واخذ منه كفيلا فقد صار مستوفيا للنفس حين صارت في يده فلم
لا يبرأ الكفيل الاول بمنزلة الكفيل بالدين اذا اخذ الطالب من المطلوب الدين يبرئ الكفيل قيل له لان
الطالب اذا اخذ الدين لم يبق له حق وههنا حقه باق وتسليم النفس اليه يحتاج اليه في كل وقت حتى يستوفي حقه
انتهى قلت نفس السؤال دليل ابن ابي ليلى على قوله برئ الكفيل الاول فالجواب جواب عنه فافهم م والكفالة
بالمال ش لما قسم المصنف الكفالة على قسمين كفالة بالنفس وكفالة بالمال وبين الاول شرع في بيان الثاني بقوله
م جائزة ش وهو جواب اما وهذا لا خلاف فيه اذا كان المال معلوما واما اذا كان المجهول مجهولا فكذلك جائز
عندنا وهو معنى قوله م معلوما كان المكفول به او مجهولا ش وقال الشافعي لا يجوز اذا كان مجهولا وصورة المعلوم
مثل قوله تكفلت عنه بالف وصورة المجهول مثل قوله تكفلت عنه بما لك عليه والان يبين المصنف رحمه الله
ولكن فيه شرط عندنا اشار اليه بقوله م اذا كان دينا صحيحا ش احترز به عن بدل الكتابة ويجي الان بيانه مثل
ان يقول تكفلت عنه بالف ش هذا صورة المعلوم م او بما لك عليه ش اي او قال تكفلت عنه بما لك عليه وهذا هو
صورة المجهول م او بما يدركك في هذا البيع ش اي او يقول تكفلت عنه بما يدركك من العوارض في هذا البيع م لان
مبنى الكفالة على التوسع ش لانها تبرع ابتداء فلا يمنع صحتها الجهالة المتداركة اليسير م فيتحمل فيها ش اي في الكفالة
ش الجهالة م اي جهالة المكفول به وبقولنا قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد لا يصح ضمان المجهول
وهو قول الليث والثوري وابن ابي ليلى وابن المنذر قالوا لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في البيع ولنا

قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم لان حمل البعير يختلف باختلاف البعير وعموم قوله عليه السلام الزعيم
غارم م وعلى الكفالة بالدرك اجماع ش اجماع مبتدأ وخبره هو قوله مقدما على الكفالة بالدرك واراد به زيادة الايضاح
على صحة الكفالة بجهالة المكفول به فانه يصح بالاجماع وفي الاقطع ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك وهو عبارة
عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول وهو ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد والدرك بتحريك الراء
وتسكينها التبعة يقال ما لحقك من درك فعلي خلاصه فان قيل ضمان مال مجهول فلم يصح كما لو قال ضمنت لك بعض
مالك على فلان قيل له هذا يصح عندنا والخيار فيه الى الضامن يبين اي مقدار شاء م وكفى به ش اي بالاجماع حجة ش
والاجماع من اقوى الحجج م وصار ش اي حكم هذا المذكور م كما اذا كفل بشجة ش اي خطأ م صحت الكفالة ش مع ان فيها جهالة
م وان احتمل السراية ش الى النفس م او الاقتصار ش عليه بدون السراية بخلاف الكفالة لشجة عمد لان فيها القصاص
ولا تصح الكفالة بالقصاص م وشرط ش اي القدوري م ان يكون ش المكفول به م دينا صحيحا ش وذلك في قوله واما
الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا وهذا كله لفظ القدوري في مختصره
م ومراده ش اي مراد القدوري من قوله اذا كان دينا صحيحا م ان لا يكون بدل الكتابة لان الكفالة ببدل الكتابة
لا تصح لانه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء او الابراء فيسقط بدل الكتابة بدونهما بتعجيز
النفس م وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى في موضعه ش في كتاب المكاتب م قال ش اي القدوري م والمكفول له بالخيار
ان شاء طالب الذي عليه الاصل ش اي الدين م وان شاء طالب الكفيل لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
وذلك يقتضي قيام الاول ش اي الذمة الاولى م لا البراءة ش اي لا تستدعي البراءة عنها خلافا لما يقوله ابن ابي ليلى
ان الكفالة توجب براءة الاصيل وقال الكاكي في قوله وان شاء طالب الكفيل قول اكثر اهل العلم وعن مالك في رواية
عنه انه لا يطالب الكفيل الا اذا تعذر المطالبة عن الاصيل م الا اذا اشترط فيه البراءة ش اي الا اذا اشترط في عقد
الكفالة براءة الاصيل م فحينئذ تنعقد ش اي الكفالة م حوالة اعتبارا للمعنى ش وهو انه اي خاصية الحوالة فان نوى
ما على الكفيل يرجع على الاصيل عندنا خلافا للشافعي والثوري باحد الامور الثلاثة ويجي بيانه في كتاب الحوالة ان
شاء الله تعالى م كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها ش اي بالحوالة م المحيل تكون كفالة ش ولو طالب احدهما ش اي
لو طالب المكفول له احد الاثنين وهما الكفيل والاصيل له ان يطالب الاخر ش لان مطالبة احدهما لا تسقط مطالبة
الاخر م وله ان يطالبهما ش اي الكفيل والاصيل جميعا م لان مقتضاه ش اي مقتضى عقد الكفالة م الضم ش اي ضم
الذمة الى الذمة م بخلاف المالك ش اي مالك الشيء الذي غصب منه غاصب وغصب من الغاصب غاصب اخر م اذا
اختار تضمين احد الغاصبين وهما الغاصب وغاصب الغاصب ش فليس له ان يضمن الاخر بعد ذلك م لان اختياره
ش اي اختيار المالك تضمين احدهما ش اي احد الغاصبين م يتضمن التمليك منه ش اي من الذي اختار تضمينه يعني
اذا قضى القاضي بذلك كذا في المبسوط م فلا يمكنه التمليك من الثاني اي من الغاصب الثاني لانه من المحال ان
يملك العين الواحدة جميعا لاثنين في زمان واحد م اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك ش ما لم يوجد الاستيفاء
حقيقة فلم يمنع مطالبة احدهما مطالبة الاخر م فوضح الفرق ش بين المسالتين م قال ش اي القدوري م ويجوز
تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي ش فقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما
اذ جهالته تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بايعت الناس فانا لك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه والمكفول به
لتفاحش الجهالة بخلاف الاول لان الجهالة فيه يسيرة محتملة كذا في الايضاح م وما ذاب لك ش اي او يقول
ما ذاب لك اي ما وجب وثبت لك م عليه ش اي على فلان فهو م علي ش ولفظ ذاب مستعار من ذوب الشحم كذا في
المغرب م وما غصبك ش اي او يقول ما غصبك فلان اي ما غصب منك م فعلي ش اي فهو علي والياء مشددة
في لفظة علي في ثلاث مواضع م والاصل فيه ش اي في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة م قوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم ش فانه يدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذ حمل البعير مجهول وقد مر بيانه
والاصل فيه ان شرايع من قبلنا تلزمنا ما لم يقص الله تعالى على انكاره م والاجماع على صحة ضمان الدرك ش اي الاجماع
انعقد على صحة ضمان الدرك وقد مر الكلام فيه عن قريب م ثم الاصل ش في هذا الباب م انه يصح تعليقه ش اي تعليق
عقد الكفالة م بشرط ملائم ش لمقتضى العقد مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق مثل ان يقول اذا استحق المبيع ش
فانا ضامن لك م او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل
قوله اذا غاب عن البلدة ش اي اذا غاب المكفول عنه عن البلدة فانا ضامن لك بما عليه م وما ذكر من الشروط
ش اي في اصل المسألة مثل ما بايع وما ذاب وما غصب م بمعنى ما ذكرناه ش اي بمعنى الاصل الذي ذكرناه فهو ان كل

لتفاحش م

شرط ملايم لعقد الكفالة يصح تعليقها به فأما لا يصح تعليقها بمجرد الشرط يعني غير ملايم كقوله ان هبت الريح
فأنا كفيل بما عليه أو جاء المطر أي أو جاء المطر فأنا كفيل وكذا أي وكذا لا يصح إذا جعل واحد منهما أجلا يعني إذا
جعل هبوب الريح أو مجيء المطر أجلا للكفالة يبطل الأجل إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما
صح تعليقها بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة قال الأكمل قوله إلا أنه تصح الكفالة إلى آخره اعلم أن بهذا
هذا اللفظ نوع اشتباه لأنه إن أراد بقوله لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة ابتداء التعليق
الكفالة بالشرط فإن هناك لا يصير كفيلا أصلا ذكره في المبسوط وإن أراد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط
الفاسدة فمن التأجيل والتأجيل غير التعليق ذكره في فتاوى قاضي خان وللمصنف يصح تعليله بقوله لما صح تعليقها بالشرط
لا يبطل بالشروط الفاسدة إلا أن أراد بالتعليق التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال فحينئذ
يصح ولكن المصنف في هذا الاستعمال تبع لفظ المبسوط فإنه ذكرها هكذا وذكر التعليق وأراد التأجيل وقال الأكمل
ها هنا فيه كلامه نظر من أوجه الأول أن قوله لا يصح التعليق فيقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن
الكفالة لا تجوز الثاني أن قوله وكذا لا يصح إذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح
إذا جعل ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة إذ لم يذكر ثالثا والأول لا يجوز إذ لا معنى
لقوله وكذا لا يصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما أصلا والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة
الثالث أن الدليل لا يطابق المدلول لأن المدلول بطلان الأجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط
وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة ويمكن أن يجاب
عن الأول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة
نفي المعلقة ولا ينفي الكفالة باستناد الأجل لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف
في موضعه والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر هو
الأجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الأجل إذا جعل واحد منهما أجلا وعن الثالث بأن المراد بالتعليق
بالشرط الأجل مجازا بقرينة قوله ويجب المال حالا والتقدير لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم يبطل
بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق والمجوز للمجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما كالعتاق
والطلاق أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق مبطل ويصح الطلاق والعتاق بأن قال
أعتقت عبدي أو قال طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحصاد أو العطاء فإن قال تكفلت عنه بما لك عليه
أي فإن قال شخص لآخر تكفلت عنه بما لك عليه من المال فقامت البينة عليه بألف ضمنه الكفيل أي ضمن
الألف الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه أي ما على الكفيل فيصح الضمان به فصار
كأنه ضمن بالألف الذي عليه فلزمه ذلك وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما
يعترف به لأنه مال مجهول لزمه بقوله فالقول قوله كما لو أقر بشيء مجهول لأنه منكر للزيادة فالقول قول
المنكر مع يمينه كالمدعى عليه بالمال فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك أي مما يعترف به الكفيل لم يصدق
على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها أي على نفسه والحاصل أن إقرار
المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه والآخر على الكفيل فيصدق في إقراره على نفسه لأن له ولاية على نفسه
ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه وفي الشامل ما ذاب لك على فلان فهو علي أو ما ثبت أو ما قضي عليه فأبى
المطلوب بما لزم الكفيل الأول لما قضي عليه لم يلزمه الآن بقضاء القاضي ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي
لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل وقال الأكمل في قوله ولا ولاية له عليه فإن قيل يشكل هذا بما لو كفل
بما ذاب له على فلان ثم تغيب ذلك قال الطالب هو ألفان وقال المطلوب ألف وقال الكفيل لا شيء لك عليه
فيلزم هناك على الكفيل الألف التي أقر بها الطالب مع أنه لا ولاية له على الكفيل ذكره في المبسوط قلنا هناك
إيجاب المال على الكفيل بكفالته لا بقول المطلوب لأنه لما عقد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل
عليه بإقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته وهذا استحسان وفي القياس لا يجب على الكفيل شيء كما في مسألتنا
لإنكاره الوجوب على المطلوب كذا في المبسوط قال أي القدوري وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير
أمره لإطلاق ما روينا أي وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه
وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو أي الرجوع عند أمره أي أمر المطلوب
وقد رضي به أي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه هذا جواب لإشكال يقال فلئن أن في الكفالة نفعا للمكفول

عنه ولا ضرر عليه ورجوع الكفيل عليه بما أدى ضرر فقال لا نسلم أنه ضرر مع وجود الرضا بالرجوع فإن كفل
بأمره رجع بما أدى عليه أي رجع بما أدى للمكفول له على المكفول عنه بالإجماع وفي النهاية للتيسير في الطلاقة
يتقيد بما إذا كان الآمر وهو المطلوب ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك التبرع حتى لو كان المطلوب
صبيا محجورا وأمر رجلا بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة ولكن لو أدى الكفيل بأمره لا يرجع على الصبي الآمر وكذا
الحكم في العبد المحجور ذكره في التتمة وفي أحكام الصغار للأستروشني لو كان الصبي مأذونا له صح أمره ويرجع
الكفيل بما أدى عليه لصحة أمره بالإذن وفي شرح الأقطع وهذا الذي ذكره المصنف إنما يصح إذا قال اضمن عني
لفلان أما إن قال له اضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء لأن قوله اضمن يحتمل أن يكون على وجه
التبرع ويحتمل غيره فلا يجوز إيجاب الضمان إلا بلفظ مختص به فإذا قال اضمن عني دل على الضمان فلزمه ولا يلزم
غيره بالشك ولكن هذا الذي ذكره مذهب أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف لأنه قضى دينه بأمره أي لأن المأمور
قضى دين الآمر بأمره فيرجع عليه وإن كفل عنه بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه أي وبه قال الشافعي
وأحمد في رواية وقال مالك وأحمد في رواية يرجع كما لو كفل بأمره وقوله رجع بما أدى معناه أي قول القدوري
رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه ولكن إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لا بما أدى حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف
وتجوز الطالب به رجع على المطلوب بالجياد ولو كفل بالزيوف وأدى الجياد رجع بالزيوف لأنه أي لأن الكفيل
ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة يعني إذا ملك الكفيل المكفول له أو ورثه الكفيل يرجع
على المكفول عنه بالمكفول به كما لو ملك ذلك بالأداء وكما إذا ملكه المحال عليه يعني إذا أحال المديون غريمه
على رجل ليس للمديون عليه دين فقبل الحوالة فأدى يرجع المحال عليه على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك الدين
بالأداء كالكفيل بما ذكرنا في الحوالة أي في حوالة النهاية المنتهى بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى
لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء هذا جواب يقدر أن الكفيل لا يرجع إلا بما أدى كالمأمور بالمكفول
عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل ووجهه أن يقال
المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب
فيرجع بما ضمن وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبارهما فلو أدى الزيوف عن الجياد وتجوز له ذلك رجع
بما أدى دون الجياد ولأن أداء المأمور به لم يوجد وإن عكس فكذلك لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا فإن
قوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب من الألف بخمسمائة حيث يرجع
بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الألف لأنه إسقاط عن بعض الدين وليس بمبادلة إذ لو جعل مبادلة لكان
ربا وإذا كان إسقاطا للبعض فصار كما إذا أبرأ الكفيل يعني أخذ من الكفيل خمسمائة وأبرأه عن خمسمائة
لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بما أداه وهو خمسمائة لا بما ضمن وكذا إذا أبرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع
على المكفول عنه بشيء فكذا إذا صالح الكفيل بأداء على بعض الدين لا يرجع بالباقي مطلقا اعتبارا للبعض بالكل قال
أي القدوري وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه لا يملك أي لأن الكفيل
لا يملك الدين قبل الأداء أي لأن الكفيل كالمقرض حتى والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض بخلاف
الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما أي بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية أي الأولى أن الملك
ينتقل إلى الموكل من جهة الوكيل ولهذا يتحالفان إذا اختلفا في الثمن والوكيل بالشراء حبس المبيع بالثمن فلما ثبتت
المبادلة الحكمية كان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري وللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكذا للوكيل
قال أي القدوري فإن لوزم أي الكفيل بالمال فله أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه أي حتى يخلص
المكفول عنه الكفيل لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه عنها ولذا إذا حبس أي الكفيل
كان له أي للكفيل أن يحبسه أي أن يحبس المكفول عنه لأنه لحقه أي لحق الكفيل ما لحقه من جهته أي من
جهة المكفول عنه فيعامله بمثله أي فيعامل الكفيل المكفول عنه بمثل ما عامله وبقولنا قال الشافعي في
وجه ومالك وأحمد إذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي في الأصح لا يحبسه وإذا أبرأ الطالب المكفول
عنه أو استوفى منه يعني أخذ ما كان الدين عليه برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل بلا
خلاف بين الفقهاء بخلاف ما إذا شرط براءة الأصيل فبراءته لا توجب براءة الكفيل لأنه في معنى الحوالة والاعتبار
للمعاني لا للعبارة لأن الدين عليه أي على المكفول عنه في الصحيح أي في القول الصحيح وهو احتراز عن قول
بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في الدين فيوجب أصل الدين في ذمة الكفيل بعد هذا في

اول الكتاب م وان ابرأ الكفيل ش اى وان ابرأ المكفول له الكفيل عن الدين م لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة
وبقا الدين على الاصيل بدونه ش اى بدون المطالبة على تأويل الطلب م جاز ش وفي شرح الطحاوي واذا ابرأ المكفول
له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الكفيل لا توجب
براءة الاصيل الا انه اذا ابرأ الاصيل يشترط في ذلك قبوله او يموت قبل القبول والرد فقام ورثته مقام القبول
ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف مشايخنا في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا قال بعضهم يعود
وقال بعضهم لا يعود ولو ابرأ الكفيل صح الابراء قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو وهب الدين له او تصدق
عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له ان يرجع على الاصيل كما اذا ادى وفي الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف في انه
لا يحتاج الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفي الاصيل يستوي حكم ابرائه والهبة والصدقة فيحتاج
الى القبول في الكل ولو كان الابرا والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولو ردوه ورثته ارتد ويبطل الابرا
عند ابي يوسف لان الابرا بعد الموت ابراء للورثة وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو ابراهم في حال حياته ثم رد
وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل يكون تاخيرا عن الكفيل فان اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل
وهو المكفول عنه ولا يعلم فيه خلاف م لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد ش فان قيل الابرا المؤبد
لا يرتد برد الكفيل والتاخير يرتد برده وبرد الاصيل يرتد ان كلاهما والرواية في التتمة فكيف يعتبر المؤقت
بالمؤبد قلنا كلامنا في السقوط والثبوت اما قبول الارتداد وعدم قبوله حكم اخر سوى ما نحن فيه فلا يلزم
من اعتبارهما في حكم اعتبارهما في جميع الاحكام م بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال موجلا ش نصب على الحال من قوله كفل
م الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل ش وقال الشافعي ومحمد واحمد في رواية لا يتاجل على الاصيل بل يتاجل على الكفيل
ش اى لان الطالب م لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه ش لانه اضاف الاجل الى نفس الدين
لانه لا شيء سوى الدين حتى يصرف الاجل اليه فصار التاجيل وصفا لاصل الدين فيظهر الاجل في حقهما ضرورة م اما ها هنا
بخلافه ش يعني فيما كفل حالا ثم اخر عنه الطالب لم يكن ذلك تاخيرا عن الاصيل وفي الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين
المؤجل اذا ادى قبل حلول الاجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الاجل م فان صالح الكفيل رب المال من الالف على
خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل ش وهو المديون م لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل
فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع ش اي الكفيل م على الاصيل
بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره ش وان كانت بغير امره لا يرجع وان صالحه مطلقا او ابراه بطلت المطالبة عن
الكفيل وبقي الحق على الاصيل كذا قال فخر الاسلام وغيره م بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر ش اي صالح عن الف درهم
على ثوب مثلا حيث يرجع الكفيل اذا ادى بجميع الالف م لانه مبادلة ش وهو جعل الثوب بدل الالف م فملكه
ش اي فملك الالف م فيرجع بجميع الالف ش هذا نتيجة تملكه الالف م ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة ش الذي
استوجب بالكفالة هو المطالبة م لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة ش لان هذا فسخ الكفالة
لا اسقاط لاصل الدين م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال
رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ش اي معنا ما قاله محمد من قوله ضمن له مالا م ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها
من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا ش اي قوله برئت الي م اقرارا بالاداء
ش اي الايفاء م فيرجع ش فكانه قال استوفيت منك حتى اذا اقر الطالب بالايفاء يرجع الكفيل فكذا هذا م وان قال
ش اي الطالب م ابراتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك ش يكون م بالاسقاط فلم
يجعل اقرارا بالايفاء ش لان البراءة في هذه الصورة ابتداؤها من الطالب وهذا لا يكون الا بالاسقاط فاذا اسقط
عن الكفيل لا يرجع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل م ولو قال برئت ش ولم يقل الي م قال محمد هو مثل الثاني
ش اي مثل قوله ابراتك م لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء ش اي ويحتمل البراءة بالابراء فاذا كان كذلك م فيثبت الادنى
ش وهو البراءة بالابراء لا البراءة بالاداء وهو الاسقاط وبقوله قالت الثلاثة م ولا يرجع الكفيل بالشك
ش فكيف النسخة بكله او لا يرجع والظاهر ان هذا لبل اخر وهو انه لا يرجع بالشك لاحتمال الامرين المذكورين
فافهم فان هذا موضع لا يحفظ فيه كل احد م وقال ابو يوسف هو مثل الاول ش وهو قوله برئت الي من المال
م لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب ش فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه
على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا م واليه ش اي الى المطلوب م الايفاء دون الابراء ش يعني هذا
اخبر عن البراءة بفعل يتعدى من المطلوب وهو الكفيل الى الطالب وذلك بالايفاء يكون لانه هو الذي يتعدى

المطلوب

المطلوب الى الطالب دون الابراء اذ الابرا يتعدى من الطالب الى المطلوب وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف
في هذه المسالة وكان المصنف اختاره فانه وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وما قاله محمد انما يستقيم
اذا كان الاحتمالان على السواء وقد يرجح احد الاحتمالين وهو البراءة بالقبض لانه كالحقيقة والاخر كالمجاز وقيل برئت
يضاد ابراتك فيكون حقيقة ايضا واختلف مشايخنا المتاخرون فيما اذا قال المدعى عليه ابراني المدعي من الدعوى التي
يدعي علي قيل يكون اقرارا كما لو قال ابراني من هذا المال وقيل لا يكون اقرارا لان الدعوى قد تكون حقا وباطلا
ولو قال الطالب للكفيل انت في حل من المال فهو كقوله ابراتك باجماع الائمة الاربعة لان لفظ الحل يستعمل في
البراءة بالابراء دون البراءة بالقبض لهذا ذكره المحبوبي م وقيل في جميع ما ذكرنا ش من الوجوه الثلاثة م اذا كان
الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل ش لان الاصل في الاجمال الرجوع الى بيان المجمل فان قيل المجمل
ما لا يمكن العمل به الا بالبيان وههنا العمل ممكن في الاوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكر من وجوه البيان
خصوصا في الوجه الاول لانه بين ان البراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب بمنزلة قوله
دفعت الي او قبضته منك فلا يكون فيه اجمال وكذا في الثاني ولهذا الاخلاف فيه انه ابراء بدون القبض
وفي الوجه الثالث عمل محمد بيقين وابو يوسف رجح الابراء بالقبض فلا يكون مجملا قيل في جوابه قوله برئت
الي وان كان بمنزلة الصريح في حق الايفاء والقبض من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعمال
ان قال برئت الي لا في ابراتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره في تعليل الاوجه الثلاثة كله استدلال
لا صريح في الايفاء وعدم الايفاء ولهذا اختلفت الائمة الثلاثة الكل الا ما بدون الايفاء فكان العمل به عند العجز
عن العمل بالصريح فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب سقط العمل بالاستدلال وفيه تامل م قال ش اي القدوري
م ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ش اراد به الشرط الغير المتعارف كما اذا قال اذا جاء فلان غدا فانت
بريء من الكفالة حاصله ان المراد بالشرط الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار ومجيء
الغد لانه غير متعارف اما اذا كان متعارفا يجوز كله في تعليق الكفالة فانه ذكر في الايضاح لو كفل بالمال وبالنفس
فقال ان وافيتك غدا فانت بريء من المال ولم يوافه غدا برئ من المال ولو علق البراءة باستيفاء البعض
يجوز او علق البراءة عن البعض يجوز ذكر في مبسوط شيخ الاسلام م لما فيه ش اي في التعليق للبراءة من الكفالة بالشرط
م من معنى التمليك ش ولهذا يرجع الكفيل بما ادى على المكفول عنه اذا كان بامره والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط
لافضائه الى معنى القمار م كما في سائر التمليكات ش لا يجوز فيها التعليق بالشرط م ويروى انه ش اي ان تعليق البراءة من
الكفالة بالشرط م لان عليه ش اي على الكفيل م المطالبة لا الدين في الصحيح ش اي في القول الصحيح من المشايخ فاذا
كان كذلك م فكان ش اي ابراء الكفيل م اسقاطا محضا ش والاسقاط المحض يصح تعليقه م كالطلاق ش فانه اسقاط
محض يصح تعليقه بالشرط م ولهذا ش اي ولاجل كونه اسقاطا محضا م لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء
الاصيل ش فانه يرتد بالرد م وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص ش هذا
لفظ القدوري في مختصره قوله لا يمكن اي لا يصح لان امكان الضرب او حز الرقبة ليس بممتنع لا محالة لكنه
لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة وقال المصنف م معناه بنفس الحد ش يعني الكفالة بنفس
الحد لا يجوز م لا بنفس من عليه الحد ش فان الكفالة بنفس من عليه الحد تجوز م لانه ش تعليل لقوله معناه بنفس الحد
اي لان الاستيفاء م متعذر والاجابة عليه ش اي على الذي يكفل م وهذا ش اي عدم الايجاب عليه للتعذر م لان العقوبة
لا يجري فيها النيابة ش لعدم حصول المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب م واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز ش
هذا لفظ القدوري انما جازت الكفالة بالثمن م لانه دين كسائر الديون ش لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل
فصحت الكفالة به كما في سائر الديون وكالقرض م وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح ش وهذا ايضا لفظ القدوري
وفي بعض النسخ لم يجز م لانه ش اي لان المبيع عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا يمكن اداؤه عن الكفيل اذ اهلك ش فانه
لو هلك العين سقط الثمن م والكفالة بالاعيان المضمونة ش الاعيان على نوعين امانة ومضمونة والكفالة بالامانة
لا تصح كالودائع والعواري ومال المضاربة والشركة والعين المستاجرة عندنا العارية والعين المستاجرة واجب
الرد لكان الاجل وعونه بخلاف الودائع ومال المضاربة والشركة فانها ليست بواجبة الرد بل الواجب التخلية
فلو كفل بتسليم العارية والمستاجر صح اما الاعيان المضمونة فعلى نوعين الاول ما كان مضمونا بنفسه على معنى انه
يجب رد عينها ان كانت باقية وقيمتها ان هلكت فتصح الكفالة به وهي كالعين المغصوبة والمقبوض على سوم الشراء
والمبيع بيعا فاسدا الثاني غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والمرهون في يد المرتهن لان

المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا تصح الكفالة به واذا تكفل بتسليم المبيع صح وقال تاج الشريعة ان
كون الشي مضمونا بنفسه ان لا يزول عنه الضمان اصلا كالمقبوض على سوم الشراء او المغصوب فانه يجب رد عينه
او قيمته والاعيان المضمونة بغيرها ليست كذلك اذ المبيع هلك يهلك على حكم ملك المالك وينفسخ البيع والان
لا يضمن مال نفسه م وان كانت تصح عندنا شر اي اصلة ان واصلة بما قبله م خلافا للشافعي شر فان عنده في وجه لا تصح
الكفالة بالاعيان مطلقا لان الاعيان عينها انه في الذمة م لكن بالاعيان المضمونة بنفسها شر هذا في محل الجر عن قوله
والكفالة بالاعيان المضمونة اراد ان الكفالة بالاعيان المضمونة انما تصح اذا كانت مضمونة بنفسها لا مطلقا وقال
لذلك بقوله م كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب م لا بما كان شر يعني لا تصح الكفالة م بما
كان مضمونا بغيره كالمبيع شر فانه مضمون بالثمن م والمرهون شر فانه مضمون بالدين م ولا بما يكون شر اي ولا تصح الكفالة
ايضا بالشي يكون م امانة كالوديعة والمستاجرة والمستعار ومال المضاربة والشركة شر وقد ذكرنا الجميع الا
ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض شر اي بقبض الدين م الى الراهن او بتسليم المستاجر
شر بفتح الجيم م الى المستاجر شر بكسرها م جاز لانه التزم فعلا واجبا شر اي لان الكفيل التزم فعلا واجبا على الاصيل وهو تسليم
المبيع والمرهون والمستاجر فلو هلك المبيع او الرهن او المستاجر بطلت الكفالة ولم يكن على الكفيل شي لانه ما ضمن
الثمن في البيع او القيمة في غيره وعند ابي يوسف ومحمد العين في يد الاجير المشترك مضمونة فتصح الكفالة بها
عندهما خلافا لابي حنيفة وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة وكذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة
لكن بعينها لا يجوز وقال شمس الائمة الكفالة بتسليم العارية باطلة وهذا ليس بصواب فقد نص محمد في الجامع ان
الكفالة بتسليم العارية صحيحة وهكذا في المبسوط والايضاح وقال الاكمل في قوله وهذا ليس بصواب نظر
فان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله اطلع على رواية اخرى اقوى من ذلك فاختارها وفيه تامل
وعند احمد يجوز ضمان العارية لانه مضمون عنده كالمغصوب م ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت شر اي الدابة
م بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه شر اي لان الكفيل عاجز عن تسليم الدابة المعينة لانها ملك الغير
والمستحق الحمل عليها م وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق شر يعني
اذا لم تكن الدابة بعينها م ولذا شر الحكم في م من استاجر عبدا شر اي معينا م للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل
لما بينا شر اشارة الى قوله لانه عاجز م ولا تصح الكفالة شر سواء كانت بالنفس او بالمال م الا بقبول المكفول له في
مجلس العقد شر اي في مجلس عقد الكفالة م وهذا شر اي اشتراط قبول المكفول له م عند ابي حنيفة ومحمد شر وبه
قال الشافعي في وجه م وقال ابو يوسف يجوز شر وبه قال مالك واحمد والشافعي في وجه م اذا بلغه فاجاز شر اي اذا
بلغ المكفول له بالتكفيل فاجازه م ولم يشترط في بعض النسخ شر اي نسخ كفالة المبسوط الاجازة شر على قول ابي يوسف
وقال الاكمل قيل اي نسخ كفالة المبسوط لم يعدد وانما هي نسخة واحدة فالموجود في بعضها دون بعض يدل على
ترك في بعض او زيادة في اخر قلت النبوة فيما قاله لا فيما قيل وفي الكافي واختلفوا في قول ابي يوسف قيل
يجوز عنده بوصف التوقف حتى لو رضي به الطالب نفذ وقيل يجوز بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس
بشرط وهو الاصح عنده وفي شرح المجمع وافتى بعض المشايخ بقول ابي يوسف رفقا بالناس وقال الاترازي
والحاصل ان الكفالة بالنفس او المال اذا كانت بحضرة المكفول له والمكفول عنه صحت بالاجماع فان كان الطالب
غائبا فهي جائزة عند ابي يوسف وقالا لا يجوز الا ان يقبل عنه قابل فيتوقف على اجازته كذا في المختلف م والخلاف
شر بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف م في الكفالة بالمال والنفس جميعا له شر اي لابي يوسف م انه شر اي ان عقد
الكفالة م تصرف التزام شر للغير م فيستبد به شر اي فيستقل به م الملتزم شر كالاقرار والنذر وهذا انفع مع الجهالة
م وهذا شر اي هذا التعليل وهو انه تصرف التزام م وجه هذه الرواية عنه شر اي عن ابي يوسف م ووجه التوقف
شر يعني ان وجه الرواية التي جازت الكفالة عند غيبة المكفول له موقوفة على الاجازة م ما ذكرناه في كتاب
النكاح م في الفضولي في النكاح شر وهو ان شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند ابي يوسف والجامع م
الضرر وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس في البيع حاصل الكلام من جعل الخلاف في التوقف
جعله فرعا للفضولي في النكاح اذا زوج امراة والغير غائبة فانه يتوقف عند ابي يوسف على اجازتها فيما وراء المجلس
لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد م ولهما شر اي ولابي حنيفة ومحمد م ان فيه شر اي في عقد الكفالة م معنى التمليك
وهو المطالبة منه شر اي من المكفول عنه كذا قال شيخنا العلاء ثم قال لو تحمل ان يرجع الضمير الى الكفيل لان الكفيل
ملك المطالبة للمكفول عنه وقال تاج الشريعة منه اي من الكفيل ومعنى ثبت معنى التمليك لم ينفرد الواحد به

له شطر العقد م فيقوم بهما جميعا اي فيقوم التمليك بالقبول والطالب م والموجود شطره شر اي شطر العقد م فلا
يتوقف على ما وراء المجلس شر فعلى هذا لو قبله الطالب فضولي يتوقف على اجازته لوجود شطريه م قال شر اي القدوري
م الا في مسالة واحدة شر وهو استثناء من قوله م ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس حيث يصح استحسانا
والقياس عدمها على قولهما م وهو ان يقول المريض وفي القدوري وهو ان يقول المريض وهذا على الاصل لان الضمير يرجع
الى المسالة ووجهه ان تذكير الضمير في الكتاب باعتبار المذكور في القدوري ان يقول المريض م لوارثه تكفل عني بما علي من
الدين فتكفل به شر اي فيكفل الوارث بما عليه من الدين م مع غيبة الغرماء شر حيث يصح استحسانا م لان ذلك وصية في
المعنى شر اي يصير كانه اوصى اليه بقضاء ديونه فيشترط قبول من اوصى اليه ليصير وصيا لا قبول غيره لذا قاله تاج
الشريعة وقال الكاكي قيل في تعليل الكتاب بقوله لان ذلك وصية في الحقيقة نظر اذ لو كان وصية حقيقة لما اختلف
الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وقد ذكرنا من المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة الا ان يأول هذا ويقال
لان ذلك في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد وقد نقل الاكمل هذا ثم قال مثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين
فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يئول الى معنى اخر وحينئذ لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية
او وصية في الحقيقة وفيه تامل وفي التتمة سال الايضا بقضاء الدين يصح وفي الخلاصة ثم المقام من المدين يصح وان لم يسم
الدين ولا صاحب الدين واشار اليه المصنف بقوله م ولهذا شر اي ولاجل ان ذلك وصية م تصح وان لم يسم المكفول
لهم شر لان جهالتهم لا تمنع صحة الوصية م ولهذا شر اي ولاجل ذلك ايضا م قالوا شر اي المشايخ م انما تصح شر اي عقد الكفالة
م اذا كان له شر اي للمريض مال شر عند الموت اذ الوصية تصح في المال عند الموت م او يقال شر اشارة
الى بيان وجه اخر في صحة قول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الديون تقريره ان يقال م انه شر اي ان المريض م
قائم مقام الطالب شر وهو المكفول له م لحاجته اليه شر اي لحاجة المريض الى اقامة نفسه مقام الطالب م تفريغا له
شر اي لاجل تفريغ ذمته عن الدين فصار كان الطالب حضر بنفسه على ما يجي م وفيه شر اي وفي اقامة نفسه مقام
الطالب م نفع الطالب شر وهو حصول حقه اليه م فصار شر حكمه م كما اذا حضر شر اي الطالب م بنفسه وانما تصح
هذا اللفظ شر يتصل بقوله لان ذلك وصية يعني ان قول المريض لوارثه تكفل عني ايضا ولهذا لا تصح اذا لم يكن
له مال ولكن الاتصال صح لحفظ الضمان م ولا يشترط القبول شر اي قبول المريض هذا جواب سوال مقدر
وهو ان يقال لو كان المريض نازلا منزلة الطالب لكان قوله شرطا كقبول الطالب وتقرير الجواب انه لا
يشترط القبول م لانه يراد به التحقيق شر اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة م دون المساومة شر
نظرا الى الظاهر حاله التي هو عليها وهو معنى قوله م ظاهرا في هذه الحالة فصار شر اي فصار هذا م كالامر بالنكاح شر
لو قال لامراة زوجي نفسك فقالت زوجت نفسي منك يكون ذلك كالقبول فكانها قالت زوجت وقال قبلت
م ولو قال المريض ذلك لاجنبي شر اي لو قال المريض ذلك لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك م
اختلف المشايخ فيه شر فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد الموت بدون
الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول
المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع
في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف
الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فاخذناه بالقياس م قال شر اي القدوري م واذا مات الرجل وعليه
ديون ولم يترك شيئا فتكفل به رجل عنه لغرمائه لم يصح عند ابي حنيفة شر اي لم تصح الكفالة عنه سواء
كان ذلك الرجل اجنبيا او وارثا للميت م وقالا شر اي ابو يوسف ومحمد م يصح شر الكفالة وبه قال مالك والشافعي
واحمد م لانه شر اي لان الرجل م كفل بدين ثابت لانه شر اي لان الدين م وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط شر
اي مسقط الدين لان الاسقاط انما يكون بالايفاء والابراء او انفساخ سبب وجوبه وبالموت لا يتحقق شي
من ذلك م ولهذا شر اي ولاجل ما ذكرنا من عدم الاسقاط م يبقى شر اي الدين م في حق احكام الاخرة شر فيطالب
به في الاخرة م ولو تبرع به شر اي باداء الدين م انسان وله مال شر اي والحال ان للميت مال يصح شر اي التبرع
م ولو برئ المفلس عن الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الاخذ من المتبرع م وكذا يبقى شر اي الدين م اذا كان
به كفيل ولذا قال شر ويبقى هو على كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن
الاصيل يوجب براءة الكفيل م وله شر اي ولابي حنيفة رضي الله عنه م انه شر اي ان الرجل م كفل بدين ساقط شر لان
محل الدين الذمة وقيام الدين من غير محل محال م لان الدين هو الفعل حقيقة شر لان المقصود والغاية الحاصلة

منه هو فعل الاداء م ولهذا ش اي ولكون الدين هو الفعل حقيقة م يوصف بالوجوب ش يقال دين واجب كما يقال
الصلوة واجبة وهو ان يقال لم جاز قيام العرض بالعرض وهو غير جائز عند المتكلمين من اهل السنة والعرض
الجواب هو ما قاله لكنه اي لكن الدين في الحكم مال ش لان تحقيق ذلك الفعل في الخارج ليس الا باستهلاك طائفة من الاموال
فوصف المال بالوجوب م لانه ش اي لان الاداء الموصوف به م يؤول اليه في المآل ش فكان وصفا مجازيا وكونه مالا
بواسطة الاستيفاء م وقد عجز ش اي والحال انه قد عجز عنه م بنفسه وبخلفه ش اي كفيله م ففاتت عاقبة الاستيفاء
فيسقط ش اي في احكام الدنيا م ضرورة ش لان الكفالة من احكام الدنيا فانعدم اثر الوجوب في حق الميت فلم تصح الكفالة
لا بناء على الوجوب في جانب من عليه فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك
لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانه يصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق
قال الاكمل قلنا غلط لعدم التفرقة بين ذمة صالحة بوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت
ولم تبق اهلا للوجوب عليها وقال الاكمل ايضا وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة نظر
من المعارضة ولو اخرجه الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وبعد ذكر السند يقول
يتناول كل واحد من طريق الممانعة وطريق المعارضة على ما لا يخفى م والتبرع لا يعتمد قيام الدين ش هذا جواب عما
قالا ولو تبرع به انسان تقريره ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على الف درهم وانا كفيل به
صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا وقال تاج الشريعة والتبرع لا يعتمد قيام الدين اي في
حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل ولهذا لو اقر رجل ان لفلان على فلان الفا وانا كفيل به وانكر
المكفول عنه تصح الكفالة وعليه اداء الدين م واذا كان به كفيل ش جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل
م اوله مال ش بيان هذا ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه فاذا كان به كفيل او له مال [illegible] القادر
م بخلفه ش وهو الكفيل والمال في حق بقاء الدين م او الافضاء الى الاداء ش هذا غير موجود في بعض النسخ وقال
الاتراري هكذا وقع السماع مرارا وقد كانت نسخة الشيخ الامام حافظ الدين الكبير البخاري هكذا ايضا
وقال الاكمل قوله او الافضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ وكأنه قال لان الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين
فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق ش بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشر وتقديره بخلفه
الكفيل او الافضاء الى ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه
او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التعليل لقوله بخلفه وعلى هذا يكون تقدير
الكلام بخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قول الشاعر م نحن بما عندنا وانت بما عندك راض والرأي
مختلف معناه كل واحد من الكفيل والمال خلف ثم ثبت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف ما به يحصل كفاية
امر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين انتهى وقال شيخنا العلامة رحمه الله قوله اذا كان به كفيل
اي اذا كان بالدين كفيل بخلفه باق وكذا اذا كان له مال فالمفضي الى الاداء باق لانه يستوفي من المال فيتحقق
باقيا في احكام الدنيا وقوله بخلفه اي اذا كان له كفيل او الافضاء اليه فيما اذا كان له مال انتهى قلت
هنا تكلفات كثيرة فالمختصر من الكلام ان يقال بخلفه اي الكفيل او الافضاء بالنظر الى وجود المال واعراب
ما وقع في المتن ان قوله بخلفه مبتدأ وقوله او الافضاء الى الاداء عطف عليه وفي بعض النسخ بدون الالف
وقوله باق خبر المبتدأ م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره ش اي على الرجل
بامره وهو المديون م فقضاه الالف ش اي قضى الرجل الالف الكفيل م قبل ان يعطيه صاحب المال ش اي قبل
ان اعطى الالف صاحب المال وهو منصوب على انه مفعول ثان للاعطاء م فليس له ش اي للرجل المذكور وهو
المكفول عنه م ان يرجع فيها ش اي في الالف على تأويل الدراهم م لانه ش اي لان الالف م تعلق به حق القابض ش وهو
الكفيل م على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ش يعني ما لم يبطل هذا الاحتمال باداء
الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا كيلا
يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا م كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ش وهو المصدق وهو الذي يتولى اخذ
الزكوات فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان تصير زكوة بعد الحول فما دام الاحتمال
ليس له الرجوع م ولانه ش اي ولان الكفيل م ملكه ش اي الالف م بالقبض ش وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه
لا يملكه وهو بمنزلة الامانة فيسترده قبل اداء الكفيل به وبه قال مالك واحمد م على ما نذكر ش اشارة الى قوله بعد
خطين اما اذا قضى الدين فظاهر الى اخره م بخلاف ما اذا كان الدفع ش اي الدفع الى الكفيل م على وجه الرسالة ش

حتى يرجع الاصيل على الكفيل بالمدفوع اليه م لانه محض امانة في يده ش صورته ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادّ نخ
الى الطالب فانه لا يصير ملكا للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق
به حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لكونه امانة م فان
ربح الكفيل فيه ش اي في الالف المقبوض بان تصرف فيه وربح م فهو له ش اي الربح له م ولا يتصدق به ش يعني لا يجب
ان يتصدق به م لانه ملكه حين قبضه ش والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان
قضاء الدين انما حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر وهو معنى قوله م اما اذا قضى الدين فظاهر ش
لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبض كما قبض الدين المؤجل معجلا م وكذا ش اي وكذا الحكم م اذا قضى المطلوب
بنفسه ش اي الاصيل اداه بنفسه حيث يملكه الكفيل م وثبت له حق الاسترداد لانه ش اي لان الكفيل م وجب
له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ش اي على الكفيل وقال الكاكي وقيل على المكفول له لان الكفالة
ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين ولكن ذكر في جامع المحبوبي وقاضي خان ان الدين وجب للطالب
على الكفيل فيكون الضمير في عليه راجعا الى الكفيل وفي المبسوط الكفالة توجب الدينين دينا للكفيل على الاصيل صبر
ودينا للطالب لكن دين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء لان له مطالبة الاصيل بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل
من الاصيل رهنا بهذا المال يصح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل م الا انه ش استثناء من قوله لانه وجب
له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه اي الا انه اخرت المطالبة ش اي مطالبة الكفيل الاصيل م الى
وقت الاداء ش اي اداء الكفيل م فنزل منزلة الدين المؤجل ش اي نزل ما له على المكفول عنه للكفيل بمنزلة الدين
المؤجل م ولهذا ش اي ولاجل تنزله منزلة الدين المؤجل م لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه ش اي قبل اداء
الكفيل للطالب م يصح ش حتى لم يكن له الرجوع بعد الاداء م فكذا اذا قبضه يملكه ش اي فكذا اذا قبض الكفيل الدين
يملكه وهذا ايضا يدل على ان الكفالة تقتضي دينين كما ذكرناه عن المبسوط م الا ان فيه ش اي في الربح الحاصل
للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين م نوع خبث نبينه ش اي نبين نوع الخبث
وبينه في مسألة الكفالة بالكر والآن نذكرها م فلا يعمل ش اي الخبث م مع الملك فيما لا يتعين ش كغير النقود وقال
الاتراري هذا استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به فكأنه ذكره جواب السؤال بان يقال في هذا الربح
نوع خبث فينبغي ان يتصدق به لان حق المال الخبيث التصدق به فاجاب عنه وقال لكن فيه نوع خبث مع الملك
فلا يعمل الخبث مع الملك فيما لا يتعين فلاجل هذا لم يؤمر بالتصدق وذكر في شروح الجامع الصغير هذا
الفصل على وجهين فاما ان يدفع الاصيل اليه على وجه الرسالة او على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين
اما ان كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود او مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة فانه قال
خذ هذا المال وادفع الى الطالب لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما لا يتعين او يتعين في قول ابي حنيفة
ومحمد وطاب له عند ابي يوسف لان الخبث ثبت لعدم الملك لان تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه
المالان وان دفع على وجه الاقتضاء فان قال الاصيل للكفيل اني لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فانا
اقضيك قبل ان تؤدي طاب له الربح اذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لانه ملكها بالقبض وان كان
المدفوع مما يتعين كغير النقود قال ابو حنيفة في رواية هذا الكتاب يستحب ان يرده على الاصيل
وقال في كتاب الكفالة من الاصل يتصدق به وقال في كتاب البيوع منه يطيب له وعند ابي يوسف
ومحمد يطيب له ولا يرده ولا يتصدق به وقال شيخ الاسلام ويستوي في هذا ان اداه المطلوب الى الطالب
بنفسه او اداه الكفيل م وقد قررناه في البيوع ش اي في اخر فصل احكام البيع الفاسد م واذا كانت الكفالة بكر حنطة
فقبضها الكفيل ش اي فقبض الكفيل الكر من الاصيل متصرف فيها فباعها وربح فيه فالربح له ش اي للكفيل م في الحكم
ش اي في القضاء م لما بينا انه ملكه ش اي ان الكفيل ملك الذي قبضه م قال ش اي قال ابو حنيفة في الجامع
الصغير لما روى محمد عنه فيما اذا كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذي عليه الاصل فباعه الكفيل فربح
فيه فان الربح له الا انه احب الي ان يدفعه الى الذي قضاه ويرده عليه ولا اجبر على ذلك في القضاء ٥
ونقل المصنف هذا بقوله م قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم ش اي ولا يجب
الرد على الذي قضاه في الحكم ش اي في القضاء ثم ان المصنف لما نقل هذا عن الجامع الصغير قال م وهذا اثر
اي الذي ذكره من قوله قال واحب الي الى اخره م قول ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير ش ثم قال المصنف
م وقالا هو له ش اي فقال ابو يوسف ومحمد الربح له م ولا يرده على الذي قضاه الكر ش وهذه اللفظة في الجامع الصغير

وقال يعقوب ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه الكر م وهو رواية عنه ش اي قول ابي يوسف ومحمد رواية
عن ابي حنيفة ايضا وهو ان الربح للكفيل ولا يرده على الاصيل وهو رواية كتاب البيوع م وعنه ش اي وروي عن
ابي حنيفة م انه ش اي الكفيل م يتصدق به ش اي بالربح وهو رواية كتاب الكفالة م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد انه
ش اي ان الكفيل م ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ش اشار به الى قوله لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب
للطالب عليه م فيسلم له ش اي فيسلم له الربح م وله ش اي ولابي حنيفة م انه تمكن الخبث مع الملك ش لاحد الوجهين اشار
الى الوجه الاول بقوله م اما لانه ش اي لان الاصيل م بسبيل من الاسترداد فان يقبضه ش اي لقبض الكر بنفسه
فاذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يقر او لا يقر ومثل ذلك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان ذلك
خبيثا فاذا كان قاصرا امكن فيه شبهة الخبث واشار الى الوجه الثاني بقوله م او لانه ش اي او لان الاصيل م رضي به
ش اي يكون المدفوع ملكا للكفيل م على اعتبار قضاء الكفيل ش الدين م فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به ش فيمكن الخبث
فيه م وهذا الخبث ش اي الخبث الذي يكون مع الملك م يعمل فيما يتعين ش اي كعقد العقود ويكون سبيله التصدق في
رواية ش عن ابي حنيفة م ويرده عليه ش اي على الاصيل م في رواية ش اخرى عن ابي حنيفة فان رده على الاصيل فان
كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان في كتاب الغصب قال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير والاشبه ان يطيب له لانه انما يرده عليه على انه حقه م لان الخبث لحقه ش اي لحق الاصيل لا لحق الشرع م وهذا
اصح ش اي الرد اي رد الربح على المكفول عنه اصح من القول بالتصدق م لكنه استحباب ش اي لكن الرد عليه مستحب
لان الملك للكفيل م ولا جبر ش اي لا يجبر على دفعه الا انه لما تمكن الخبث يستحب الدفع اليه بخلاف الربح في الغصب
حيث يجبر الغاصب على الدفع لانه لا حق للغاصب في الربح وفي الكافي هذا اذا اعطاه على وجه القضاء اما لو اعطاه
على وجه الرسالة فتصرف فيه الرسول وربح لم يطب له الربح سواء كان ثمنا او مما يتعين لانه مودع والمودع اذا
تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد وطاب له عند ابي يوسف لما عرف م قال ش اي محمد في
الجامع الصغير م ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين له حريرا ش اي على الاصيل اي امره ان يشتري
له حريرا بطريق العينة م ففعل ش اي الكفيل م فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ش اي الربح على الكفيل
م ومعناه ش اي ومعنى قوله ان يتعين عليه حريرا م الامر ببيع العينة ش يعني امره ان يشتري حريرا بطريق العينة وبين
ذلك بقوله م مثل ان يستقرض من تاجر عشرة ش اي ان يطلب من تاجر عشرة دراهم على سبيل القرض م فيأبى عليه
ش اي فيمتنع ان يقرضه م ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ش يعني طمعا في
الفضل الذي لا يناله بالقرض م ويقول لا يتيسر لي القرض ثم يبيعه في بازار ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل
خمسة ش اي ويتحمل المستقرض خمسة فيحصل له عشرة دراهم ولرب الثوب ربح خمسة دراهم بطريق البيع هذا
الذي ذكره المصنف من جملة صور العينة ومن صورها ما ذكره قاضي خان وهو ان يحلل المقرض والمستقرض
بينهما ثالثا فيبيع صاحب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم ثم يبيع
الثالث من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بالثالث احترازا عن
شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وفي فتاوى الكبرى صورته ان يبيع المستقرض سلعة من المقرض بعشرة
ويسلم اليه ثم قال المستقرض يبيعنها باثني عشر فباعها وفي محيط السرخسي صورته باع ساعته بالعين من المستقرض
الى اجل ثم يبعث متوسطا ليشتري المتاع لنفسه بالنحالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بالف ثم يحيل المتوسط
بايعه على البائع الاول بالثمن الذي عليه ويخرج من الوسط فيدفع البائع الاول الفا حالة الى المستقرض ويأخذ
منه العين عند حلول الاجل وهذا البيع جائز في الحكم فقال ابو يوسف لا يكره لانه فعل ذلك كثير من الصحابة ولم
يعدوه من الربوا وقال محمد هذا البيع في قلبي كامثال الجبال اي لها شبهة كامثال الجبال اخترعه اكلة
الربوا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر
عليكم عدوكم وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة
والمراد ما تابع اذناب البقر الزراعة م سمي به ش اي سمي هذا البيع ببيع العينة وفي نسخة شيخنا سمي بعينة
م لما فيه ش اي في بيع العينة م من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه ش اي بيع العينة مكروه اما كراهة
تحريم او كراهة تنزيه على الاختلاف م لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض ش المبرة اسم للبر وقال الجوهري
البر خلاف العقوق والمبرة مثله تقول بررت والدي بالكسر ابره برا فانا بر به وبار وجمع البر الابرار
وجمع البار البررة وورد في الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر م مطاوعة لمذموم البخل ش يعني لاجل الطا

البخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب
الربح في التجارات كذلك والا لكان المرابحة مكروهة م ثم قيل هذا ضمان ش اي قوله ان يتعين عليه ضمان م لما
يخسر المشتري نظرا الى قوله على بالتشديد لان كلمة على للالتزام م وهو فاسد ش اي الضمان بالخسران فاسد لان
الخسران ليس بمضمون على احد والكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون فلا يصح ضمانه كمن قال لآخر بايع في هذا السوق
على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لان كان باطلا كذا في جامع المحبوبي م وليس بتوكيل ش لانه لم يقل
تعين لي بل قال تعين علي وهو ليست حيلة وكالة م وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين ش اذ الحرير اجناس
مختلفة م وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين ش اي على مقدار الدين وقال الاكمل قيل الدين معلوم
والمامور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن م و
كيف ما كان ش اي سواء كان قوله تعين علي وكالة او كفالة فاسدة م فالمشتري ش اي الحرير م للمشتري ش اي بكسر
الراء وهو الكفيل م والربح اي الزيادة عليه لانه هو العاقد م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير م ومن كفل عن
رجل بما ذاب له ش اي بما وجب وثبت له م عليه او بما قضي له عليه ش اي بما حكم له عليه من الحق م فغاب المكفول عنه
فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته ش اي بينة المدعي على الكفيل حتى
يحضر المكفول عنه فيقضى عليه م لان المكفول به مال مقضي به ش على الاصيل لان الكفيل التزم ما لا يقضى به في
المستقبل فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الاصيل ولم يوجد
الشرط ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا خلافا
للشافعي ومالك م وهذا في لفظة القضاء ش وهو قوله او بما قضي له عليه م ظاهر ش لدلالته على ما قضي بصراحة عبارته
م وكذا في الاخرى ش اي وكذا الظاهر في المسألة الاخرى وهو قوله م بما ذاب له عليه لانه يستلزم ذلك م فان معنى
ذاب تقرر وهو بالقضاء ش وقد قلنا انه مستعار من ذوب الشحم م وهو ش اي المقرر م بالقضاء ش اي ثابتا هو بالقضاء
والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما ش او بما لا يقضى به ش معطوف على قوله او بما قضي له يعني كفل
بمال مقضي به على الاصيل بعد الكفالة او بمال يقضى به بعد الكفالة فما لم يوجد هذه الصفة لا يكون كفيلا به
م وهذا ماض ش اي قوله ذاب او قضي له ماض م ولكن اريد به المستقبل وفي نسخة شيخنا اريد به المستقبل ش
اي يحمل لفظ الماضي بمعنى المستقبل م كقوله ش اي كقول الداعي لشخص م اطال الله بقاءك ش فهو وان كان ماضيا
يراد به المستقبل م والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح ش اي دعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث
لم تعرض لوجوب المال بعد الكفالة بل يحتمل انه كان واجبا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة فقد بت
الدعوى فلم تسمع البينة حتى لو اقام البينة انه وجب له على الغائب الف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته
كذا قالوا في شروح الجامع الصغير م ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه ش اي عن فلان م
بامره ش اي بامر فلان م فانه ش اي فان المال الذي قامت به البينة م يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه ش اي الذي
هو الغائب م وان كانت الكفالة بغير امره يقضى به ش اي بغير امر فلان م يقضى به ش اي بالمدعى م على الكفيل خاصة ش يعني
دون الغائب م وانما تقبل ش اي اقامة البينة حتى يقضى بالمال على الكفيل م لان المكفول به مال مطلق ش اي عن
التوصيف لكونه مقتضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها
على دعوى صحيحة م بخلاف ما تقدم ش اي بخلاف المسألة المتقدمة وهي قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له الى آخره
حيث لا تقبل بينة المدعي على الكفيل لان ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى
المدعي وقعت مطلقة لم تتعرض لذلك فتفسدت الدعوى فلم تقبل ثم اعلم ان فائدة القضاء على الكفيل وعلى
المكفول عنه انه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج الى اقامة البينة عليه لانه لما اثبت الكفالة على الحاضر بامر الغائب
وقضى القاضي بذلك ثبت امر الغائب بالكفالة عنه وثبت اقراره بالدين وانتصب الحاضر خصما عن الغائب
بخلاف ما اذا اقام البينة على انه كفل بغير امر الغائب يثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغائب شيء
لانه لما لم يثبت الامر من الغائب لم يتعد القضاء اليه لذا قال الامام الزاهد العتابي م وانما تختلف ش اي حكم
القاضي بالرجوع على الاصيل م بالامر وعدمه لانهما ش اي لان الكفالة بامر والكفالة بغير امره م يتغايران لان الكفالة
بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع في الحالين ش اي في الابتداء والانتهاء م فبدعواه احدهما
ش اي احد عقدي الكفالة م لا يقضى بالآخر ش لان ذلك غير مشهود به م واذا قضى بها ش اي بالكفالة م بالامر ثبت
امره ش اي امر الاصيل وهو الامر بالكفالة م وهو ش اي الامر بالكفالة م يتضمن الاقرار بالمال ش لانه لا يأمر الكفيل ان

يؤدي عنه الا اذا كان مقرا بالمال م فيصير متبرعا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه ش اي جانب المكفول عنه
لانه ش اي لان الامر والشأن م لتعلق صحتها ش اي صحة الكفالة م بقيام الدين ش ولفظ صحتها مرفوع بقوله تعلق وقوله
قيام الدين بالنصب مفعول م في زعم الكفيل ش لان المرء يؤاخذ بزعمه والزعم بفتح الزاء وهو لغة اكثر العرب في
قوله تعالى هذا بزعمهم وقرئ الكسائي بالضم م فلا يتعدى اليه ش اي الى المكفول عنه لانه لم تكن بامره فلم تمس جانبه
وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع ش اي الكفيل على الاصيل م لانه ش اي لان
الكفيل م لما انكر فقد ظلم في زعمه ش يعني ان الكفيل لما انكر زعم ان الطالب ظلمه م فلا يظلم غيره ونحن نقول صار
مكذبا شرعا ش لان القاضي لما قضي عليه فقد اكذبه فيما زعم فبطل زعمه كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملكه
ثم استحقه اخر بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على البائع كذا ذكره شمس الائمة وقاضي خان م قال ش اي
محمد في الجامع الصغير م ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك ش الدرك عبارة عن قبول ثمن الدار عند استحقاق
الدار وضمان الدرك صحيح باجماع الفقهاء وهو المنصوص عن الشافعي وخرج ابو العباس الشافعي قولا اخر انه لا يصح
م فهو ش اي فضمان الدرك م تسليم ش من الكفيل وتصديق بان البائع باع ملك نفسه والمسالة من الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويكفل رجل للمشتري بما ادركه من درك
ثم جاء الكفيل يدعيها قال كفالته تسليم للبيع فان شهد على البيع وختم لم يكن ذلك منه وختمه تسليما للبيع الى هنا
لفظ محمد فيه قال المصنف م لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه ش يعني لو باع بشرط الكفالة كان
تمام البيع متعلقا م بقبوله ش اي بقبول الكفيل فصار كانه هو الموجب للعقد ولا تصح دعواه بعد ذلك وهو
معنى قوله م ثم بالدعوى ش بعد ذلك م يسعى في نقض ما تم من جهته ش فلا يجوز ذلك م وان لم تكن ش اي الكفالة م
مشروطة فيه ش اي في البيع م فالمراد بها ش اي بالكفالة م احكام البيع ش بكسر الهمزة اتقانه م وترغيب المشتري
فيه ش اي في البيع م اذ لا يرغب المشتري فيه دون الكفالة خوفا من الاستحقاق م فنزل منزلة الاقرار بملك
البائع ش اي نزل قوله اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع ومن اقر بملك للبائع لا يصح دعواه بعد
ذلك وانما قال بقوله منزلة الاقرار لانه يؤول اليه في المعنى م قال ش اي محمد م ولو شهد ش اي لو شهد الشاهد
على بيع الدار م وختم ش شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش
خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلواني وقال الكاكي قيل لفظ ختم وقع اتفاقا
باعتبار عادة العرب وهذا اعرف زمانهم اما في زماننا هذا العرف لم يبق م ولم تكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه
لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملازمة م ولا هي ش اي الشهادة م باقرار بالملك لان البيع مرة
يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة م بخلاف ما تقدم ش من ضمان الدرك فانه
اقرار بالملك م قالوا ش اي مشايخنا م اذا كتب في الصك باع ش فلان م وهو ش اي والحال انه م يملكه او بيعا باتا
اي او باع بيعا باتا نافذا وهو ش اي الشاهد م كتب شهد بذلك فهو تسليم ش فلا تصح دعواه م الا اذا كتب
الشهادة على اقرار المتعاقدين ش فانه لا يبين التسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ ش

فصل في الضمان

ش اي هذا فصل في بيان الضمان والكفالة معنى ولكن لما كان محمد
الفصل في مسائل الجامع الصغير وردت فيه بلفظ الضمان فلذلك فصله لتغاير في اللفظ وهذا اسمي اكثر
الفقهاء باب الكفالة باب الضمان م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن ش اي
باع لاجل رجل ثوبا وضمن البائع للامر الثمن صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يعطي الرجل
ثوبا ليبيعه بعشرة فيفعل ثم ضمن البائع الثمن للامر قال الضمان باطل م او مضارب ضمن ثمن المتاع ش اي او باع
مضارب من المتاع شيئا وضمن لرب المال م فالضمان باطل ش في الصورتين م لان الكفالة التزام المطالبة وهي
ش اي المطالبة م اليهما ش اي الى الوكيل والمضارب اذ حقوق العقد ترجع الى العاقد فاختصت المطالبة به
فلو صح الضمان م لصار كل واحد ضامنا لنفسه ش وانه لا يجوز بخلاف الوكيل بالنكاح فان ضمن المهر من
الزوج يصح لانه سفير ولهذا لا يلي قبض المهر فلا يصير ضامنا لنفسه كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي وعلى قياس
قول الائمة الثلاثة ينبغي ان يصح هذا الضمان لان للموكل ولاية مطالبة الثمن فلا يكون ضامنا لنفسه كما في
النكاح م ولان المال ش هنا وجه اخر في تعليل المسالتين المذكورتين وهو ان المال م امانة في يديهما ش اي
في ايدي الوكيل والمضارب والامين لا يكون ضمينا م والضمان تغيير لحكم الشرع ش لانه يناقضه م فيرد عليه
اي على الضامن م كاشتراطه ش اي كاشتراط الضمان م على المودع ش بفتح الدال م والمستعير ش فانه لا ضمان عليهما

٤١

ش فاما اشتراطه يكون تغييرا للمشروع فلا يجوز وكمن عليه السهو اذا سلم ينوي قصد الخروج يسوق عليه ولا يخرج
حتى كان له ان يعود الى سجدتي السهو وكمن نذر ان يصوم غدا وعليه قضاء رمضان يجوز له صوم القضاء فيرد
عليه نيته لتغييره الغد لصوم النذر لانه تغيير المشروع وهو صلاحية الغد لصوم القضاء م وكذلك
ش اي وكذلك لا يصح الضمان اذا كان م رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من
الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة ش اي مع بقاء الشركة التابعة م يصير ضامنا لنفسه ش لان ما من جزء من
الثمن الا وهو مشترك بينهما م ولو صح ش اي الضمان م في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ش حيث
امتاز نصيب احدهما والدين لا يحتمل القسمة قبل القبض لان القسمة افراز والافراز يتحقق في الاعيان
لا في الاوصاف والدين وصف ولان في القسمة معنى التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز
كذا في جامع قاضي خان م ولا يجوز ذلك ش اي قسمة الدين قبل قبضه م بخلاف ما اذا باعا ش عبدا م صفقتين
ش بان سمى كل واحد منهما لنفسه ثمنا ثم ضمن احدهما الاخر صح م لانه لا شركة ش اذ نصيب كل واحد منهما
ممتاز عن نصيب الاخر م الا ترى ش توضيح لما قبله م ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما ويعض في ذا نقد ثمن
حصته وان قبل الكل ش اي وان قبل المشتري الكل م بكلام واحد م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن ضمن عن اخر
خراجه ونوائبه ش جمع نائبة واختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منه ما يكون بحق كاجر الحارس وكرى نهر العامة
ما نوب وسمي نائبة وقال بعضهم هو ما يحتاج الامام اليه نحو تجهيز المقاتلين وفداء الاسارى بان لا يكون في بيت
المال شيء فيوظف مالا على الناس فيجوز ذلك فيجب اداؤه على كل مؤمن نظرا للمسلمين فضمن انسان قسمة صاحبه
اي نصيبه من ذلك يجوز واما النوائب التي يوظفها السلطان على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل
الظلم فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لانه لا دين عليه فلا يصح وقال بعضهم
يصح حتى اذا ادى بعد ما ضمن بامره رجع عليه لان العبرة في الكفالة لتوجه المطالبة حسا فكان بمنزلة دين
واجب واليه ذهب فخر الاسلام البزدوي رحمه الله واما النوائب الكبرى الداهية الدهيا التي هي المكس
فهي حرام قطعا فلا تجوز الكفالة بها ولا التصرف فيها بوجه من الوجوه اصلا وقد لعن الشارع صاحب المكس
م وقسمته ش قال الفقيه ابو الليث السمرقندي رحمه الله ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف
غلطا لانه لا معنى له معنى ان القسمة مصدر والمصدر هو الفعل غير مضمون وكان الفقيه ابو جعفر يقول
معناه اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع صاحبه من ذلك فان القسمة واجبة عليه فاذا ضمن
انسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيئا مضمونا وهو يقدر على ذلك يحتمل على ايفائه وقال
بعضهم منهم فخر الاسلام البزدوي يحتمل ان يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من النوائب الراتبة كاجر
الحارس ونحوها وقيل القسمة تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد
النصيب وقال بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه قال الا كمل فيكون النوائب
على هذا قسمة بالضمير لا بالتاء م فهو جائز ش جواب قوله ومن ضمن م اما الخراج ش هذا شروع في بيان قول محمد في
الجامع الصغير وهو الذي ذكر اولا بقوله ومن ضمن الى اخره م فقد ذكرناه ش اي قبيل هذا الفصل
بقوله والرهن والكفالة في الخراج بلا خلاف م وهو يخالف الزكوة لانها ش اي لان الزكوة مجرد فعل ش وهو تمليك
المال من غير ان يكون دينا وفي الفوائد الظهيرية الخراج دين كسائر الديون كانه اراد به الموظف
يخالف الزكوة في الاموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان بها لان الواجب جزء من النصاب وهو عين غير
مضمون بدليل انه لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة باعيان غير مضمونة باطلة م ولهذا ش اي ولاجل كون
الزكوة مجرد فعل م لا يؤدي بعد موته ش اي بعد موت من عليه الزكوة م الا بوصية ش منه وقد عرف في موضعه واما
النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجرة الحارس والموظف ش من جهة الامام م لتجهيز
الجيش ش عند خلو بيت المال م وفداء الاسرى ش وهو تخليصهم من الاسر من ايدي الكفرة م وغيرها ش كالطعام
النائرة م جازت الكفالة بها ش اي بالنوائب ما بحق بالاتفاق بين اصحابنا وغيرهم من الفقهاء م وان اريد بها ش
اي بالنوائب م ما ليس بحق ش بل يظلم من الملوك للظلمة م كالجبايات وهي المصادرات م في زماننا ففيه اختلاف
المشايخ ش وقد ذكرناه عن قريب مفصلا م وممن يميل الى الصحة ش اي صحة الكفالة بها م علي البزدوي ش وهو فخر
الاسلام علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي لا اخاه صدر الاسلام محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم
النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الامام ابي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي م واما

القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او بحصة منها ش اي او حصة الرجل من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو عطف الخاص على العام كما في قوله عز وجل من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال وقال المصنف م والرواية باو ش اي بكلمة او على تقدير ان يكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل او واما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو م وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة ش اي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلاثة اشهر كذا في الفوائد الظهيرية وفسر وكذا في شروح الجامع الصغير باجرة الحارس ونحوها م والمراد بالنوائب ش اي بالنوائب المذكورة اولا م ما ينوب به غير راتب ش اي ما ينوب الشخص مما هو غير متعارف ولا موظف م والحكم ما بيناه ش يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق م ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ش هذه والتي بعدها من مسائل الجامع الصغير وهي قوله م وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ش اي في ظاهر الرواية وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الشافعي القول قول المقر في الفصلين على ما يجيء م ووجه الفرق ش بين المسألتين م ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل ش والمقر له منكر ذلك فالقول قول المنكر في الشرع م وفي الكفالة ما اقر ش اي الكفيل م بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح ش من الجواب ولهذا لو اراد الطالب الكفيل فرده الكفيل لا يرتد برده فعلم ان لا دين عليه م انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ش والمكفول له يدعي حق المطالبة لنفسه في الحال والضامن ينكر ذلك القول فالقول للمنكر فان قيل فعلى هذا التقدير يتعطل الكفالة عن موجبها وهو التزام المطالبة فينبغي ان لا يكون القول للضامن قلنا لا يتعطل لان الالتزام المطالبة اما للحال او في المستقبل وقد وجد منها التزام المطالبة في المستقبل فكانت صحيحة اليه اشار في الفوائد الظهيرية م ولان الاجل في الديون عارض ش هذا جواب فرق اخر ذكره لمن له زيادة استبصار في الاستفتاء لان الفرق الاول اقناعي جدلي لدفع الخصم في المجلس ومبنى هذا الفرق على ان ما لا يثبت للشيء الا بشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة م حتى لا يثبت الا بالشرط ش لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط م فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار ش اذا ادعى احد المتعاقدين خيار الشرط وانكر الاخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين م اما الاجل في الكفالة نوع ش اي نوع من الكفالة يعني ان الكفالة المؤجلة احد نوعي الكفالة م حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل ش لان الاجل في الكفالة ذاتي فاذا كان ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله م والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني ش هكذا وقع في عامة النسخ وليس بصحيح بل الصحيح عكسه قال الشافعي الحق الاول بالثاني وابا يوسف الحق الثاني بالاول وذلك لان الشافعي قال القول للمقر في الفصلين جميعا وبيانه ان الشافعي الحق الاقرار بالدين بالاقرار بالكفالة حيث صدق المقر بالدين المؤجل كما صدق المقر بالكفالة وابو يوسف الحق الاقرار بالكفالة المؤجلة بالاقرار بالدين المؤجل حيث لم يصدق المقر فيهما جميعا وفي الكتاب ما ذكر في الهداية ان الشافعي الحق الثاني بالاول مشكل لان مذهبه على عكسه فيحتمل ان يكون له قولان او لفظ المصنف الشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف الثاني بالاول وهكذا في شروح البزدوي والظهيري وقع من الكاتب وقال الاكمل رحمه الله تعالى من الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط ولعله الظهر والفرق ش بين المسألتين م او مضاه ش عند قوله ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه الى اخره م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك ش وتفسير الدرك مر م فاستحقت لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق ش اي القضاء بالاستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق م لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع لان احتمال الاجازة ثابت ش اي لان احتمال اجازة المستحق البيع ثابت م فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل ش لان الكفالة تحمل الضامن من غيره فما لم يقض على الاصيل لا يجب التحمل على الكفيل وانما قيد بقوله في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الامالي كما قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع قال ابو يوسف في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضي على البائع وهو رواية عن ابي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة م بخلاف القضاء بالحرية ش حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها م لعدم المحلية ش اي محلية البيع م او يرجع ش اي المشتري م على البائع والكفيل ش اي على الكفيل ايضا ان شاء م وموضعه ش اي موضع هذا اول

الزيادات

الزيادات في ترتيب الاصل ش اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد رحمه الله فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون بما قال الترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا الحد بما املى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وادرج فيه من عنده ما يتم به تكميلا للابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد فلذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يوسف في هذا الكتاب من ابواب المأذون فلم يغير محمد تبركا به ثم بنى الزعفراني على هذا الترتيب الذي هو عليه اليوم والزعفراني هذا تلميذ محمد بن الحسن م ومن اشترى عبدا فضمن له رجل العهدة فالضمان باطل ش هنا ثلاث مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمان الدرك جائز باتفاق اصحابنا وضمان العهدة باطل عندهم بالاتفاق وضمان الخلاص باطل عند ابي حنيفة وجائز عندهما واما ضمان العهدة فقد ذكر في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وبه قالت الائمة الثلاثة وعند ابي حنيفة شرط تخليص عين الصك الاصلي الذي كان عند البائع يشترط ان يسلمه اليه وهذا شرط لا يقتضيه العقد ولا حد العاقدين فيه منفعة فكان باطلا والضمان به باطل ايضا لانه التزام شيء لا يقدر عليه م لان هذه اللفظة ش اي لفظة العهدة م مشتبهة في المراد لاشتراكها فلا يجب العمل به قبل البيان لانها م قد تقع ش اي قد يطلق م على الصك القديم ش لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة فسمي عهدة م وهو ش اي الصك القديم م ملك للبائع فلا يصح ضمانه م وقد تقع على العقد ش لان العهدة اخذت من العهد والعهد والعقد سواء م وعلى حقوقه ش اي وقد تقع هذه اللفظة على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد م وعلى الدرك ش اي وقد تقع على الدرك ش لانه سمي عهدة ايضا م وعلى الخيار ش اي وتقع ايضا على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط م ولكل ذلك وجه ش يجوز الحمل به عليه فصار مبهما م فتعذر العمل بها ش قبل البيان فبطل الضمان للجهالة م بخلاف الدرك ش حيث يصح ضمان الدرك لانه ش اي لان ضمان الدرك م استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ش فيصح م ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة ش وبه قال احمد في رواية واختاره القاضي الحنبلي م لانه ش اي لان ضمان الخلاص م عبارة عن تخليص المبيع ش عن المستحق وتسليمه ش اي وتسليم المبيع الى المشتري م وهو غير قادر عليه ش لان المبيع اذا خرج حرا او مستحقا كيف يخلصه م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م هو ش اي ضمان الخلاص م بمنزلة الدرك ش اي بمنزلة ضمان الدرك م وهو تسليم المبيع ش وهو ان يشترط على البائع ان المبيع ان استحق من يده يخلصه م او قيمته ش اي او سلم قيمة المبيع ان عجز عن تسليم المبيع فاذا كان كذلك م فصح ش اي ضمان الخلاص هذا الذي ذكره المصنف ذكره المحبوبي في جامعه لقاضي خان وقال شمس الائمة تفسير شرط الخلاص ان يشترط على البائع ان المبيع ان استحق من يده يخلصه ويسلمه باي طريق يقدر عليه وهذا باطل لانه شرط لا يقدر على الوفاء به اذ المستحق ربما لا يساعده عليه وهذا ذكره ابو رشيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط لما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وان لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وانه باطل وعلم من هذا ان الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا ذكر خلاص المبيع او رد الثمن او اراد ذلك يجوز بالاجماع والله اعلم

م باب كفالة الرجلين

ش اي هذا باب في بيان حكم كفالة الرجلين ولما ذكر كفالة الواحد اعقبه بكفالة الاثنين اذ الاثنان بعد الواحد وجودا وكذا ذكرا م واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ش اي لرب الدين وهذا لفظ القدوري في مختصره وذكر المصنف سطر الكون الدين على اثنين من الجامع الصغير بقوله م كما اذا اشتريا ش اي الاثنان م عبدا بالف درهم وكفل كل منهما عن صاحبه ش لما ذكر هذا من الجامع اتم لفظ القدوري بقوله م فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة ش هذا جواب المسالتين ثم عللها بقوله م لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين ش الاول هو الاصالة وهو دين لانه اداء لحقيقة الدين م والثاني ش هو حق الكفالة م مطالبة ش لان ما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة م ثم هو ش اي الثاني وهو المطالبة بالدين بالكفالة م تابع للاول ش اي الدين وفي المحيط الدين اقوى من المطالبة الا ترى ان الطالب يملك اخراجه عن المطالبة ولا يملك في حق ما لزم الاصيل فلما لم يستويا في القوة لم يثبت المعارضة م فيقع عن الاول ش اي عن حق الاصالة لانه اقوى لان الاصل فوق التبع م وفي الزيادة ش اي على النصف

م لا معارضة ش لانه لم يبق معارضة الاصل م فيقع عن الكفالة ش فيرجع فيما ادى فيما وراء النصف م ولانه ش دليل اخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم الدور وبيانه قال م لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه ش لكن ليس لصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يرجع في النصف عن صاحبه لئلا يرجع عليه وقوله م لان اداء نائبه كادائه ش بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدي يقول له انت اديت عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المؤدي عنك فان رجعت علي فانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني فهو كادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك فكذا تقديرا اي كذلك والشريك الاخر يقول مثل ما قال م فيؤدي الى الدور ش فلم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع عن شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع م واذا كفل رجلان رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسالة في الصحيح ش قال تاج الشريعة قوله في الصحيح اي كفل كل واحد بمجموع الدين لرب الدين ثم صار كل واحد كفيلا عن صاحبه بجميع المال وقال الاكمل وانما قال في الصحيح لبيان الفروع المبنية على ذلك فانه قال في الاصل في اخره على ما يأتي عن قريب ان شاء الله تعالى فقال الكاكي انما قال في الصحيح لانه لو جعل كل واحد منهما كفيلا بالنصف لما صح النصف مع الذي يأتي م ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة لان كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الاصيل ومطالبة بالكل ايضا من جهة الكفيل م فتجتمع الكفالتان ش فتعددت المطالبات لتعدد الكفالتين على ما مر ش اشارة الى ان الكفالة للتوثق وعند اجتماع الكفالتين يزداد التوثق م وموجبها ش اي موجب الكفالة م التزام المطالبة فيصح الكفيل عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحال عليه ش اي كما تصح حوالة المحال عليه بما احيل عليه على اخر والجامع بينهما التزام ما وجب م واذا عرف هذا ش اي الذي ذكرناه م فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة ش اي لان الكل كفالة واحدة فيقع شائعا م فلا ترجيح للبعض على البعض ش لان الكل كفالة م بخلاف ما تقدم ش اي في المسألة الاولى حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف لان اداء النصف كان بحق الاصالة والنصف الاخر بحق الكفالة م فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء ش اي قضية عقد الكفالة الاستواء لاستوائهما في الفعل وهو ضمان الكفالة فلما كان كذلك كان لمن ادى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما ادى لانه مستو لصاحبه في الالتزام بجهة توجب ان يستويا في الغرم بسببه م وقد حصل ش اي الاستواء م برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينقض برجوع الاخر عليه ش لانه لو رجع الشريك على هذا المؤدي ما انتقض المساواة م بخلاف ما تقدم ش لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراه بنفسه ونصفه بكفالة ولو لم يكن عن شريكه وجعل المؤدي عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم م ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه ش وهو صاحبه الذي كفل عنه م وان شاء رجع ش عطف على قوله رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا اي فان شاء من ادى منهما شيئا رجع م بالجميع ش اي بجميع ما ادى م على المكفول عنه ش لانه كفل بجميع المال عنه بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لكن له الرجوع على الاصيل م قال ش قيل القائل هو محمد قلت الظاهر ان قائله المصنف لان المسالة ما ذكرها الا شراح الجامع الصغير وقال الاترازي قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير م واذا ابرأ رب المال احدهما ش اي احد الكفيلين م اخذ الاخر ش اي الكفيل الاخر م بالجميع ش اي بجميع الدين م لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله ش اي بكل الدين فيطالبه به لكن م على ما بينا ش اشارة الى قوله وبالكل عن الشريك م ولهذا ش اي ولاجل بقاء المال كله على الاصيل م ياخذه به ش اي ياخذ رب المال الكفيل الذي لم يبرئه بجميع الدين م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا افترق المتفاوضان ش اي شريكا المفاوضة وعليهما دين م فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الديون لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ش اي المفاوضة شركة عامة تنبني على التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من اعمال التجارة وعلى الكفالة بما كان من ضمان التجارة م ولا يرجع احدهما ش اي احد المتفاوضين م على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين ش في مسالة اول الباب م قال ش اي قال محمد في الجامع الصغير م واذا كوتب العبدان كتابة واحدة ش بان قال كاتبتكما على الف الى سنة فقبلا

بالكفالة الواحدة لان المولى اذا كاتب كل واحد منهما على حدة وكفل احدهما عن الاخر لا يصح ذلك قياسا واستحسانا اذ الكفالة ببدل الكتابة لا تصح باجماع الائمة الاربعة اما لو كانت الكتابة واحدة يصح استحسانا عندنا ولا يصح قياسا وبه قالت الائمة الثلاثة م وكل واحد منهما ش اي من العبدين م كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه ووجهه ش اي وجه هذا الذي ذكره م ان هذا العقد جائز استحسانا ش لا قياسا لانه باطل قياسا لان الكفالة ببدل الكتابة لا يملك التبرع م وطريقه ش اي طريق جوازه استحسانا م ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ش اي باداء كل واحد منهما كما قال م ويجعل كل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر م ويجعل ش اي كل واحد منهما م كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ش اي في كتاب المكاتب م ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك ش اي ما ذكره م فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ش في العلة وهي ان كل البدل مضمون على احدهما بعقد الكتابة وهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل م ولو رجع بالكل ش اي بكل الالف الذي هو البدل م لا يتحقق المساواة ش وكذا اذا لم يرجع بشيء م فان لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه ش اي لمصادفة العتق ملك المولى م وبرئ عن النصف ش اي وبرئ المعتق عن نصف البدل لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط م اي النصف م ويبقى النصف على الاخر ش اي بقي النصف الاخر على العبد الاخر م لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما ش حتى يكون موزعا منقسما عليهما م وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان ش بان يجعل كان كل البدل على كل واحد منهما بحكم الاصالة لا الكفالة فكان ضرورة لا يتعدى غير موضعها م واذا جاء العتق استغنى عنه ش اي عن الاحتيال م فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف ش وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي على النصف لئلا يلزم الدور كما هو واجب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدي لو وقع عن المؤدي على الخصوص من شيء اداه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار المولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الاخر م وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء ش اي اي العبدين المكاتبين م المعتق ش بفتح التاء اي احد المعتق م بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق م رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الاخر لم يرجع ش اي الاخر م على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه ش قال الاترازي ولنا فيه نظر لان مطالبة المولى المعتق بحكم الكفالة والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز فاذا سقط النصف بالعتق سقط مطالبته بالاصالة وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة فينبغي ان لا يطالب المعتق اصلا انتهى والجواب عنه ان الكفالة ببدل الكتابة ابتداء لا تجوز ولهذا جعلنا البدل على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة على هذا الوجه لعدم الامكان اما بعد عتق احدهما صار كفيلا عن المعتق ببدل الكتابة بقاء فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء

م باب كفالة العبد وعنه

ش اي هذا باب في بيان كفالة العبد عن الاخر وكفالة الاخر عن العبد واخر هذا الباب لان الحر مقدم على العبد لشرفه م ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ش لا يجب عليه صفة لقوله مالا وجواب المسالة اذ هي جملة فعلية وقعت صفة للنكرة وجواب المسالة هو قوله فهو الصورة المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حالا وهو معنى قوله م وان لم يسم حالا ولا غيره فهو حال ش اي الضمان على الكفيل حال م لان المال حال عليه ش اي على العبد م لوجود السبب وقبول الذمة الا انه ش اي ان العبد م لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده لمولاه ولم يرض ش اي المولى م بتعلقه به ش اي بتعلق بالعبد الدين م والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب فان الكفيل يؤخذ به في الحال ان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل م او عن مفلس ش ملتبس بالافلاس المعنوي اي فصار ايضا كما اذا كفل عن مفلس فانه يؤخذ به في الحال م بخلاف الدين المؤجل ش حيث يؤخذ الكفيل بعد الاجل م لانه ش اي لان الدين م متاخر بمؤخر ش بكسر الخاء المشددة اراد ان الدين المؤجل اذا كفل به احد لا يطالب قبل حلول الاجل لان الدين مؤخر بمؤخر وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك مؤجلا م اذا ادى ش اي الكفيل عن العبد المكفول به م رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذلك الكفيل ش لا يرجع عليه الا بعد العتق م لقيامه مقامه ش اي لقيام الكفيل مقام الطالب في المطالبة م قال ش

اي محمد في الجامع الصغير م ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل
ش لانه كفل عن العبد تسليم نفسه فسقط التسليم عن الاصيل بموته فيسقط عن الكفيل ايضا لان براءة الاصيل توجب
براءة الكفيل م كما اذا كان المكفول بنفسه حرا ش حيث يبرأ الكفيل ببراءة الاصيل هنا ايضا والحاصل ان الكفالة
بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا وقال الكاكي وهذا الحكم لا يختلف الا انه ذكر
العبد هنا ليبني المسألة الثانية عليها ويفرق بينهما م فان ادعى رقبة العبد فكفل به ش اي بالعبد م رجل فمات
العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته ش قيد اثبات ذلك بالبينة لانه لو ثبت ملك المدعي
باقرار ذي اليد او بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا
يلزم على الكفيل شيء لان اقراره غير حجة على الكفيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل وقال التمرتاشي
لا يصدق ذو اليد في موت العبد ويحبس هو والكفيل فان طال الحبس ضمنا القيمة وكذا الوديعة المجحودة
م لان على المولى ردها ش اي رد الرقبة على ذي اليد م على وجه يخلفها قيمتها ش اي يخلف نفس العبد قيمته نفس
العبد عند العجز عن ردها م وقد التزم الكفيل ذلك ش لان الكفالة تحمل الضمان عن الغير م وبعد الموت تبقى
القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل ش لان ضمان القيمة وجب على الاصيل وجب على الكفيل ايضا لانه
التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فينتقل في حق الكفيل ايضا م بخلاف
الاولى ش اي المسألة الاولى حيث لم يجب الضمان على المولى فلا يجب على الكفيل ايضا وفي بعض النسخ بخلاف الاول ٥
قال الاكمل رحمه الله اي بخلاف الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد مات ويسقط عن العبد
تسليم نفسه فكذا عن كفيله م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كفل العبد عن مولاه بامره ش قيد بالامر
اذ كفالة العبد بغير امر سيده لا تجوز باجماع الفقهاء لان عند الشافعي في وجه وباذن سيده يجوز الا
الماذون المستغرق بالدين لا تجوز كفالته وبه قال مالك فعتق فاداه ش اي فعتق العبد فادى المال وجوابه
ياتي م او كان المولى كفل عنه ش اي عن العبد فاداه ش اي المال المكفول به م بعد العتق ش اي بعد ان اعتقه
مولاه م لم يرجع ش جواب المسألتين م واحد منهما ش اي من المولى والعبد على صاحبه وقال [illegible] يرجع كل
واحد منهما م ومعنى الوجه الاول ش وهو كفالة العبد عن مولاه بامره م ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته
بالمال عن المولى اذا كان بامره ش وفي بعض النسخ ان يكون على العبد دين وهكذا كان مصححا بخط الثقات
وهو الاصح لانه لو كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن السيد م اما كفالته
ش اي كفالة المولى م عن العبد فتصح على كل حال ش يعني سواء كانت الكفالة بالمال او بالنفس او على العبد دين
او لا م له ش اي لزفر وبه قال الشافعي م انه ش اي ان الشان م تحقق الموجب ش بكسر الجيم م للرجوع وهو الكفالة
بامره والمانع وهو الرق قد زال ش يعني امتناع الكفالة كان لمانع الرق لان العبد لا يستوجب على
مولاه دينا وقد زال المانع فيرجع م ولنا انها ش اي الكفالة م وقعت حال وقوعها غير موجبة للرجوع لان
المولى لا يستوجب على عبده دينا ش اي لا يستحق م وكذا العبد لا يستوجب على مولاه فلا تنقلب ش اي الكفالة م
موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ش اي الغير اجازة ذلك لا يرجع فكذا هذا م ولا تجوز الكفالة بمال
الكتابة حر تكفل به ش اي بمال الكتابة م او عبد ش اي او عبد تكفل به م لانه ش اي لان مال الكتابة م دين غير مستقر
لانه ثبت مع المنافي وهو الرق م فلا يظهر ش اي دين بدل الكتابة م في حق صحة الكفالة ش وبه قال اكثر اهل العلم
وعن احمد في رواية تصح لانه دين كسائر الديون والاصح عنده ايضا ان الكفالة به غير جائزة وفي النهاية
التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين اخر
للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المبسوط ولو كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين من
جنس الكفالة تكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح الكفالة
اما العبد التاجر اذا ادان مولاه دينا ولا دين على العبد واخذ منه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة وان كان
العبد مديونا صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة
والكفالة بالنفس مثل ذلك بان كان العبد ان كان لا دين عليه لا تصح وان كان عليه دين صح م ولانه ش دليل اخر على
عدم استقرار دين مال الكتابة اي ولان المكاتب م لو عجز نفسه سقط ش اي بدل الكتابة م ولا يمكن اثباته على هذا
الوجه في ذمة الكفيل ش دليل اخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وقوله على هذا الوجه اي اثبات
عقد الكفالة مع سقوط بدل الكتابة بتعجيز النفس في ذمة الكفيل لا يمكن م واثباته مطلقا ش اي واثبات دين

الكتابة مطلقا م ينافي الضم ش الذي هو ركن الكفالة وفي المبسوط لو اثبتناه مطلقا على الكفيل طالبناه في ذمته
الزمنا ما هو واجب في ذمة الاصيل وفيه لا يجوز اذ يجب على الكفيل بالصفة التي يجب على الاصيل تحقيقا
لمعنى الضم م لان من شرطه ش اي من شرط الضم م الاتحاد ش في صفة الواجب اي الكفالة تحقيقا لمعنى الضم
المطلق غير المقيد م وبدل السعاية كمال الكتابة عند ابي حنيفة ش يعني كما ان الكفالة ببدل الكتابة
لا تجوز فكذلك لا تجوز ببدل السعاية م لانه ش اي لان المستسعى م كالمكاتب عنده ش اي عند ابي حنيفة في
عدم قبول الشهادة وتزوج المرابين والحدود وغيرها لكن على اعتبار النكتة الاولى وهي قوله لانه ثبت
مع المنافي الى اخره لا على اعتبار النكتة الثانية لان المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس والله اعلم

م كتاب الحوالة

ش اي هذا كتاب في بيان احكام الحوالة ووجه المناسبة
بين الحوالة والكفالة ظاهر لما في كل منهما التزام ما على الاصيل ولهذا يجوز استعارة احدهما للاخرى حتى
كانت الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتبارا للمعنى واما وجه
تاخير الحوالة لانها مبرئة عندنا والكفالة غير مبرئة والاصل عدم البراءة لعدم ثبوت المطالبة والحوالة
في اللغة النقل وفي المغرب اصل تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من
محل الى محل يقال احلت زيدا بماله على رجل فاحتال اي قبل الحوالة وهنا اربعة اشياء المحيل وهو الذي عليه
الدين والمحال له وهو الدائن والمحال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحال به وهو المال واصل محال
محول بكسر الواو في الفاعل وبفتحها في المفعول وهي في اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى
ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به واختلف المتاخرون من مشايخنا ان الحوالة توجب البراءة عن المديون
والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين فقال بعضهم عن المطالبة والدين جميعا حتى ان المحال له
لو ابرأ المحال عليه عن دين الحوالة او وهب منه صح ولو ابرأ المحيل او وهب منه لم يصح ولو نوى الدين على
المحيل صح وقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين حتى ان المحال له متى ابرأ المحال
عليه عن الدين فالمحال عليه لا يرجع على المحيل بشيء وان كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب الدين من المحال
عليه من المحال عليه رجع ان لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل وكذا لو ابرأ المحال عليه لا يرتد
برده ولو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل ولو كان المحول له المحال عليه المطالبة والدين جميعا
كان الابراء والهبة في حقه سواء فيرتد برده كما في حق الاصيل ولو وكل المحال له المحيل بقبض ما على
المحال عليه لا يصح ولو لم يكن عليه الدين صح م وهي ش اي الحوالة م جائزة بالديون ش لانها ماخوذة من التحويل
وتحويل الدين من ذمة الى ذمة ممكن فاما الاعيان فالحق المتعلق بها التسليم وذلك لا يمكن تحويله الى غيره فلهذا
اختص الكفالة بها م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من احيل على ملي فليتبع ش الحديث
رواه احمد في مسنده عن سفيان عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن احيل على ملي فليحتل ورواه البخاري ومسلم عن ابي الزناد به
لفظ واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وبلفظ المصنف رواه الطبراني في معجمه الوسط مع زيادة في اوله
عن محمد بن عجلان عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني
ظلم ومن احيل على ملي فليتبع وكذلك رواه الترمذي ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل كذا
فسره الترمذي م ولانه ش اي ولان المحال عليه م التزم ما يقدر على تسليمه ش اي على ايفائه التزمه م فصح
كالكفالة ش لان كل واحد منهما التزام بما على الاصيل فيصح دفعا للحاجة م وانما اختص ش اي عقد الحوالة او ٥ م في
الحوالة اعتبارا للتحويل م بالديون لانها ش اي لان الحوالة تنبئ عن النقل والتحويل م والتحويل ش الشرعي م في
الدين لا في العين ش فالتحويل في العين حسي ثم قال ش اي القدوري م وتصح برضى المحيل والمحال والمحال عليه
اما المحال وهو الدائن فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها ش اي الدين الذي ينتقل بالحوالة م والذمم
متفاوتة ش في المطالبة م فلا بد من رضاه ش اي رضى المحال له ولا خلاف في اشتراط رضاه لاهل العلم م واما
المحال عليه ش اي واما رضى المحال عليه م فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه ش وبه قال الشافعي في وجه
وقيل انه منصوص في الام واصحهما عنده انه لا حاجة الى رضاه اذا كان عليه دين للمحيل وبه قال مالك واحمد
لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا لا يشترط رضى العبد واما اذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط
رضاه بالاجماع م واما المحيل ش اي المديون م فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات م والعقد وذكر ٥

شرط رضاه كما نقل المصنف عنه بقوله وتصح برضى المحيل والمحتال والمحال عليه فقد شرط رضى الثلاثة قال
الاكمل عيسى يعلل القدوري بان ذوي المروات قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم ثم قال
وقيل ولعل موضوع ما ذكره القدوري ان تكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه حينئذ
تكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاه م لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه
وهو ش اي المحيل وهو المديون م لا يتضرر به ش اي بتصرف المحتال عليه في حق نفسه م بل فيه نفعه ش اي نفع المحيل م
لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره ش هذا افادة عدم اشتراط رضى المحيل انه اذا كان له عليه دين لا يرجع المحال
عليه بما ادى بل يتقاصان م قال ش اي القدوري م واذا تمت الحوالة ش بقبول المحتال له والمحتال عليه والمحيل
م برئ المحيل من الدين بالقبول ش ولا يرجع الطالب بالدين عليه ابدا الا بالتوى وهذا عند عامة الفقهاء
وعن الحسن انه لا يرى الحوالة براءة الا ان يتوجه م وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد
ش اي لان كل واحد من الحوالة والكفالة عقد توثق بحق المطالبة م ولنا ان الحوالة للنقل لغة ش اي معناها من
حيث اللغة بدل كما مر والكفالة الضم لغة واختص كل باسم موجب معنى فيه لا اسم م ومنه حوالة الغراس جمع غرس
بالفتح وفي العباب الغرس الشجر الذي يغرس والجمع غراس واغراس م والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها ش اي
في الذمة ويبقى ذمة الاول فارغة لانك اذا حولت الشيء من موضع الى موضع يبقى مكان الاول فارغا لا محالة م اما
الكفالة فللضم ش لانها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء الى آخره وضم الشيء الى الشيء لا يوجب فراغ الاول الا ان
تكون بشرط براءة الاصيل فتصير حوالة لانها في معنى الحوالة م والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ش
يعني ان العمل بمعاني اللغات واجب في الاحكام الشرعية فلما كان كذلك قلنا ان الكفالة هي الضم لغة وهو لا
تقتضي البراءة والحوالة النقل وهو يقتضي البراءة واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر
ولا نقل فيها ولا تحويل وهذا النقض اجمالي والجواب انا لا نسلم الا ان نقل فيها فانه بعد اداء الدين فظاهر التحقق
وقبله لا يبقى على المحيل شيء م والتوثق ش جواب عن قول زفر ان الحوالة للتبرية لانها للتوثق وتقرير
الجواب ان معنى التوثق ليس لما ذكر بل معناه م باختيار الاملأ ش اي الاقدر على الايفاء م والاحسن
في القضاء ش حتى لا يماطل في قضاء الدين ويؤديه اجود وارجح ما كان وهذا لا يدل على ان الحوالة لو كانت لنقل
الدين كان اخير الطالب المحيل اذا نقد المحيل لانه حينئذ يكون متبرعا في قضاء الدين والمتبرع لو قضى دين
غيره لا يجبر الدائن على القبول وتقرير الجواب ان يقال انما يجبر المحتال له على القبول م اذا نقد المحيل لانه
يحتمل عود المطالبة اليه ش اي الى المحيل م بالتوى ش وسيجيء معناه عن قريب لانه انما انتقل الى ذمة الاخرى
بشرط السلامة فاذا توى رجع م فلم يكن ش اي المحيل م متبرعا ش يعني في القضاء م قال ش اي القدوري م ولم يرجع
المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه ش هذا عطف على قوله برئ المحيل يعني اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم
يرجع المحتال على المحيل يعني الا ان يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى م وقال الشافعي لا يرجع وان توى ش بموت
او افلاس او بغير ذلك وبه قال احمد والليث وابو عبيد وابن المنذر وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا
ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا ان رضي به بعد العلم وبه قال مالك م لان البراءة قد حصلت مطلقة ش
اي لان البراءة للمحيل قد حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى م فلا يعود الا بسبب جديد ش كما
في الابراء وقال تاج الشريعة قوله الا بسبب جديد وذلك بان يحيل المحال عليه المحال على المحيل م ولنا
انها ش اي البراءة م مقيدة بسلامة حقه له ش يعني انها مقيدة بشرط السلامة معنى وان كانت مطلقة لفظا بدلالة
الحال م اذ هو المقصود ش اي وصول الحق الى المحتال له سالما هو المقصود من الحوالة م او تنفسخ الحوالة لفوات
ش اي لفوات المقصود م لانه ش اي لان عقد الحوالة م قابل للفسخ ش لانهما لو تفاسخا عقد الحوالة تنفسخ ولو لم يكن قابلا
للفسخ لما انفسخ م فصار كوصف السلامة في المبيع ش يعني ان المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا رجع بنقصان العيب
وان لم يشترط الرجوع في البيع لان سلامة المبيع مقصود مستحق بالبيع فلما فات رجع فكذلك هنا لما حصل
التوى فات المقصود وهو سلامة الحق فرجع بالدين على المحيل م قال ش اي القدوري م والتوى عند ابي حنيفة رضي الله
عنه احد الامرين وهو اما ان يجحد ش اي المحال عليه م الحوالة ويحلف ولا بينة له ش اي للمحتال له م عليه ش اي
على المحال عليه م او يموت ش اي المحال عليه حال كونه م مفلسا ش ولم يترك كفيلا على نفسه للمحتال له ولا مالا
عينا ولا دينا م [illegible] الطلبة يقال افلس اي صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر
وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما ش اي من الوجهين

المذكور

المذكور م وهو التوى في الحقيقة ش اي هذا المذكور هو التوى وهو من توي الشيء يتوى توى اذا تلف مقصور
عن الجوهري وهو يقول تاو كذلك في الجمهرة لابن دريد م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م هذان ش اي التوى هذان
الوجهان م ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته ش بالشهود م وهذا الاختلاف ش بين ابي حنيفة وصاحبيه
م بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده ش اي عند ابي حنيفة م خلافا لهما ش فان عندهما يتحقق بحكم القاضي وبه
قالت الائمة الثلاثة حتى يعتبر في حق اخراجه من السجن وكذا في حق غيره لان مال الله غاد ورائح ش هذا دليل ابي حنيفة
وفي المبسوط قد يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا بان يموت قريبه وترك مالا كثيرا ميراثا ولا يحكم به قوله
غاد فاعل من غدا يغدو غدوا والغدو نقيض الرواح فاعل اعلال قاض ورائح من راح يروح رواحا وهو
نقيض الغدو من زوال الشمس الى الليل م قال ش اي القدوري م واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة
فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه ش اي على المحيل م مثل الدين لان سبب الرجوع ش وهو
قضاء الدين بالامر كما يقول المصنف م قد تحقق وهو ش اي سبب الرجوع م قضاء دينه ش اي دين المحيل م بامره ش اي
امر المحيل م الا ان المحيل يدعي دينا عليه وهو ينكر والقول للمنكر ش لان الفراغ اصل في الذمم والمحيل متمسك بالاصل
والطالب يدعي العارض فكان اعتبار الاصل اولى وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه القول للطالب و
قال احمد في الصحيح عنه م ولا يكون الحوالة اقرارا ش جواب عما يقال لم لا يجوز ان تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه وتقرير
الجواب ان يقال ان الحوالة م لا تكون اقرارا منه بالدين لانها ش اي لان الحوالة م قد تكون بدونه ش اي بدون
الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه م واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه
لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر
ولفظة الحوالة ش جواب عما يقال الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة
بلا دليل فاجاب بقوله م ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة ش يعني مجازا كما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى
الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق م فيكون القول قوله مع يمينه ش لان في ذلك نوع مخالفة
الظاهر م ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها ش اي بالالف م عليه اخر ش اي على المودع شخصا اخر م فهو جائز
ش هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اودع رجلا الف درهم وله
على المودع الف درهم فاحال المودع الذي له الالف بالالف على المستودع بالالف الذي عنده قال جائز
وهو ضامن م لانه اقدر على القضاء ش دليل الجواز اي لان المودع بفتح الدال وهو المحال عليه اقدر على قضاء
مال الحوالة من الوديعة م فان هلكت ش اي الالف الوديعة م برئ ش اي المودع وهو المحال عليه م لتقيدها ش
اي لتقيد الحوالة بالالف الوديعة م فانه ما التزم الاداء الا منها ش اي من الالف الوديعة وذلك كالزكوة
المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك النصاب المعين م بخلاف ما اذا كانت ش اي الحوالة م مقيدة بالمغصوب
ش العين حيث لا تبطل بهلاكه بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله او بقيمته اذ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب
المثل او القيمة فصار كلا فوات اشار اليه بقوله م لان الفوات الى خلف ش وهو القيمة م كلا فوات ش اي
كان باقيا حكما وقيد الحوالة بالمغصوب بيان لجواز الحوالة بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب
لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا م وقد تكون الحوالة مقيدة
بالدين ايضا ش يعني ان الحوالة المقيدة كما تكون بالعين كالوديعة والغصب تكون مقيدة بالدين ايضا مثل
ثمن المبيع وفي الكافي الاصل ان الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحال عليه او بعين في يده بغصب او وديعة
او غير ذلك ومطلقة وهو ان لا يقيدها المحيل بالدين الذي على المحال عليه ولا بالعين الذي في يده او
يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين فالحوالة المقيدة كما تبطل بموت المحال عليه مفلسا تبطل بفوات
ما قيد به الحوالة اذا كان الفوات لا الى خلف واما اذا كان الفوات الى خلف فلا تبطل به الحوالة لان
الفوات الى خلف كلا فوات م وحكم المقيدة في هذه الجملة ش يعني حكم الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا
او بالدين م ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه لانه تعلق به حق المحتال ش حتى اذا دفع المحال عليه ذلك الى
المحيل ضمن م على مثال الرهن ش لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل اداء الدين وان
كان ش اي المحتال م اسوة للغرماء بعد موت المحيل ش كلمة ان واصلة بما قبلها وهو اشارة الى حكم آخر به خالف
حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة
بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي له في يد المحال عليه او الدين

الذي عليه فالمحال عليه اسوة الغرماء بعد موته خلافا لزفر واما المرتهن فانه ملك الرهن يدا وحبسا فثبت له نوع
اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون للغير ان يشاركه فيه م وهذا ش اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل
مطالبة المحال عليه وقد قررناه م لانه ش اي لان الشان م لو بقيت له ش اي للمحيل م مطالبته ش اي مطالبة المحال
عليه م فاخذ منه ش اي من المحال عليه م لبطلت الحوالة وهي ش اي الحوالة وفي بعض النسخ وهو بالتذكير على تأويل عقد
الحوالة م حق المحتال ش اي الطالب م بخلاف المطلقة ش اي الحوالة المطلقة اي غير المقيدة بالعين او الدين م لانه ش
اي لان الشان م لا تعلق لحقه به ش اي لحق المحتال بتلك العين والدين بل يتعلق م بذمته ش اي بذمة المحال عليه
وفي الذمة سعة فيجب عليه اداؤه من مال المحيل من مال نفسه وللمحيل ان يأخذ دينه ووديعته وغصبه منه ولا يبطل
الحوالة باخذه وهو معنى قوله م فلا يبطل باخذ ما عليه ش اي من الدين والغصب م او عنده ش اي او باخذ عينه
الذي عنده من الوديعة ويحتمل ان يراد بما عليه الدين خاصة وبقوله عنده اي عنده من العين سواء كان وديعة او
غصبا م قال ش اي القدوري م ويكره السفاتج ش وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء تعرب سفته بمعنى المحكم
وسمي هذا القرض به لاحكام امره قال في الفتاوى الصغرى السفتجة ان كان مشروطا في القرض فهو حرام
والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز م وهو ش اي السفاتج ذكر الضمير باعتبار الخبر وهو قوله م قرض
استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق ش صورته انه يدفع الى تاجر عشرة دراهم قرضا ليدفعها الى صديقه في بلد
آخر يستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض
وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع يستفيد به
ش اي المقرض م وقد نهى عليه السلام عن قرض جر نفعا ش اي وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا
والحديث رواه علي رضي الله عنه ولفظه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربوا اخرجه
الحارث ابن ابي اسامة في مسنده وفي سنده سوار بن مصعب قال عبد الحق في احكامه بعد ان اخرجه هو متروك
وروي عن جابر بن سمرة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجات حرام اخرجه ابن عدي في الكامل واعله
بعمرو بن موسى بن وجيه وضعفه عن البخاري والنسائي وابن معين ووافقهم وقال انه في عداد من يضع الحديث وهذا
الاترازي مع دعاويه العريضة والاصل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا وسكت عنه
وكذا قاله الاكمل وسكت عنه مع انه كان في ديار الحديث وكتبه المتبوعة والله اعلم

كتاب ادب القاضي

ش اي هذا كتاب في بيان ادب القاضي والادب الخصال الحميدة سميت به لانها تدعو الى الخيرات والحسنات من
الادب بسكون الدال وهو الدعاء قال طرفة الشاعر نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب فينا
ينتقر والادب فاعل من ادب يأدب ادبا اذا دعا وسمي الادب ادبا لانه يأدب اي يدعو الناس الى المحامد
وعن ابي زيد الادب يقع على رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل والمراد من ادب القاضي
هو الخصال المدعو اليها القضاء يستعمل في اشياء ويراد به في الشرع الالزام وقيل القضاء والحكم وقال
ابن قتيبة القضاء يجيء لمعان مختلفة كلها تعود الى واحد اصله الحتم والفراغ عن الامر ثم يحكي الفاظ القرآن وفي
الشرع يراد به الالزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات وسمي حكما لما فيه من منع الظالم عن المظلوم
واصله قضاي لانه من قضيت الا ان الياء لما جاءت بعد الالف همزت كرداء اصله رداي ولما كان وضع القضاء
لفصل الخصومات وتمهيد الاحكام واكثر الخصومات تقع في البياعات والديون وقد ذكرها ذكر بعدها كتاب
القضاء لبيان الحاجة الى القضاء وفي اداء القضاء فريضة محكمة وشريعة متبعة وعبادة شريفة لاجل ذلك
امر الله آدم عليه السلام الخلافة بقوله اني جاعل في الارض خليفة ولداود عليه السلام بقوله يا داود انا
جعلناك خليفة في الارض وبه امر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم السلام ثم القضاء مشروع بالكتاب
كما ذكرنا وبالسنة لما روي انه عليه السلام قال اذا اجتهد الحاكم فاخطأ فله اجر وان اصاب فله اجران
وحديث معاذ لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم الى اليمن ظاهر وبالاجماع وثبوته ظاهر وبالمعقول وهو ان في القضاء
الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ودفع الظلم عن المظلوم ودفع الهرج وقطع المنازعات وفصل الخصومات
والكل حسن عقلا وهو فرض كفاية بالاجماع فان لم يصلح للقضاء الا واحد تعين عليه ووجب عليه بالاجماع م قال ش
اي القدوري م ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى ش بفتح اللام اسم مفعول من التولية وانما قال المولى لان
في المولى يكون فيه دلالة على ان تولية غيره اياه بدون طلبه م شرائط الشهادة ش وهي الاسلام والعقل والبلوغ

٤١٥

والعدالة لان مبنى القضاء على حكم الشهادة م ويكون ش اي المنصب قطعا على قوله حتى يجتمع ش من اهل الاجتهاد
الصحيح عندنا ان هذا شرط الاولوية لا شرط الجواز وقيل شرط الجواز واليه مال صاحب شرح الاقطع
وفي وجيز الشافعية لا بد للقضاء من صفات وهو ان يكون ذكرا حرا مجتهدا بصيرا عدلا فلا يجوز قضاء المرأة
والاعمى والصبي والفاسق والجاهل والمقلد المفتي وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا
وذكر الخصاف ما يدل على جوازه لانه قال القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي
وسأل فقيها اخذ بقوله م والدليل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز ما اخرجه ابو داود عن شريك عن سماك
عن حنش عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله
ترسلني وانا حديث السن ولا علم بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك
الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا
وما شككت في قضاء بعد ورواه الحاكم ايضا في مستدركه وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وعلي رضي الله عنه
لم يكن حينئذ من اهل الاجتهاد وقال الاسمر وشي في فصوله قال بعضهم اذا كان صوابه اكثر من خطائه
حل له الاجتهاد وقال البستي في اصوله قال بعض اصحابنا اذا كان عالما في مسألة يعرف حقيقتها ولا يخفى
عليه دقيقها يكون من اهل الاجتهاد في تلك المسألة واما المجتهد الذي ذكره اهل الاصول فهو ان يكون عالما
بالنصوص من الكتاب والسنة مما يتعلق به الاحكام الشرعية ولا يشترط ان يكون عالما بجميع ما في الكتاب والسنة
وما عرفه وخصه في ذلك ان يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي يتعلق بها الاحكام
ويشترط ايضا ان يكون عالما بوجوه العلل بالكتاب والسنة والاجماع على ما عرف في اصول الفقه
واذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهدا ويجب عليه العمل باجتهاده ويحرم عليه تقليد غيره كذا في الوافي
وقال صدر الاسلام البزدوي في اصوله واهل الاجتهاد من ان يكون عالما بالكتاب والسنن التي هي
فقه والى هذا اشار محمد في كتاب الحدود وبعضهم قال الواجب ايضا ان يكون عالما بعرف الناس وكلامهم ولغتهم
من الصريح والكناية والصحيح ان اهل الاجتهاد في مسائل الفقه من يكون عالما بدلائل الفقه وهي الكتاب
والسنة واجماع الامة والقياس الى هنا لفظ صدر الاسلام واما المفتي فقد قال صدر الاسلام البزدوي
في اصوله اجمع العلماء والفقهاء ان المفتي يجب ان يكون من اهل الاجتهاد فانه لا يقدر ان يفتي الناس الا ان يكون
من اهل الاجتهاد فانه يحتاج الى الاجتهاد لا محالة وان لم يكن من اهل الاجتهاد فلا يحل له ان يفتي الا بطريق
الحكاية فيحكي ما يحفظ من اقوال الفقهاء ولا يحل له ان يفتي فيما لا يحفظ فيه قولا من اقوال المتقدمين الى هنا لفظ
صدر الاسلام م اما الاول ش يعني اشتراط شرائط الشهادة وقد ذكرناها فلان حكم القضاء يستقى ش اي يستفاد
وهكذا وقع في نسخة شيخي بلفظ يستفاد في الكتاب وقال تاج الشريعة يستقى من حكم الشهادة اي يؤخذ
ويستنبط ويستخرج ويستفاد بطريق الاستعارة لمشابهة العلم بالماء اذ به حياة الارواح كما
ان بالماء حياة الاشباح م من حكم الشهادة ش لان مبنى القضاء على الشهادة كما مر م لان كل واحد منهما ش اي من
الشهادة والقضاء م من باب الولاية ش اذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير ولان كل واحد منهما الزام
فالشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم م فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء ش هذا
نتيجة ما قبله من الكلام وكذلك قوله م وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء ش اي اشتراطها
في القضاء اولى لان القضاء ولاية عامة م والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح ش اي تقليده م
الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ش وقال
الشافعي ومالك واحمد لا يصح تقليده وبه قال بعض مشايخنا قلت الصواب معهم ولا سيما قضاة هذا
الزمان وقال اصبغ المالكي يصح ولكن يجب عزله وفي وسيط الغزالي اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة
وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة
وان كان جاهلا فاسقا وفي خلاصة الفتاوى واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء والاصح انه
يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال قال في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط
في التقليد انه متى جار ينعزل وعند الشافعي ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق
بالاتفاق الى هنا لفظ الخلاصة وفي نوادر هشام قال محمد لو فسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه وحكي عن الكرخي
انه ينعزل بفسقه وعن علي الرازي صاحب ابي يوسف انه ينعزل القاضي بفسقه ولا ينعزل الخليفة

بفسقه الى هنا لفظ كتاب الاجناس وقال فيه ايضا وفي ادب القاضي للحسن بن زياد في قاض يكون وهو
عدل ثم فسق بعد ذلك وارتشى وقد كان قضى بعضا بالقضايا قبل ان يفسق وبعضا بعدما فسق ابطل كل قضية
قضى بها بعد ما فسق وانفذت القضايا التي قضاها قبل ان يفسق وقال ابو حنيفة لو ان قاضيا قضى بين
الناس زمانا وانفذ قضايا كثيرة ثم علم انه فاسق مرتش لم يزل منذ ولي على ذلك ينبغي للقاضي الذي يختصمون
اليه ان يبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي الى هنا لفظ الاجناس م ولو كان ش اي القاضي م عدلا ففسق
باخذ الرشوة ش الرشوة بكسر الراء وضم الراء لغة فيه ماخوذة من الرشاء بالمد فان بارح الماء من البئر لا يوصل
اليه الا به فكذلك الانسان لا يتوصل الى مقصوده الحرام الا بها والرشوة على اربعة اوجه منها ما هو حرام
للاخذ والمعطي وهو الرشوة في تقليد القضاء فانه لا يصير قاضيا بالرشوة بالاجماع سواء كان قضاؤه بحق
او بغير حق ومنها ما ياخذه القاضي على القضاء وهو حرام من الجانبين ايضا ولا ينفذ قضاؤه حقا وبغير
حق ومنها ما يدفعها لخوف على نفسه او ماله فهذا حرام على الاخذ لا الدافع ومنها ما يدفعها ليسوي
امره عند السلطان حل للدافع ولا يحل للاخذ فلو اراد الاخذ ان يحل يستاجر الدافع الاخذ يوما الى الليل بما
يريد ان يدفع اليه فانه تجوز هذه الاجارة ثم المستاجر ان شاء استعمله في هذا العمل وان شاء استعمله في غيره
كذا في فتاوى قاضي خان وادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله م او غيره ش اي او غير اخذ الرشوة كالزنا
وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي م لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا ش اي علماء
بخارى وسمرقند م وقال الشافعي لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده ش اي عند الشافعي م وعن علمائنا
الثلاثة ش وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رحمهم الله م في النوادر انه لا يجوز قضاؤه ش اي قضاء الفاسق
كما هو مذهب الائمة الثلاثة م وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق
لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها ش اي دون العدالة م وهل يصلح ش اي الفاسق مفتيا قيل
لا ش اي لا يصلح لانه ش اي لان الافتاء م من امور الدين ش اي لان مبناه على الامانة والاحتراز عن الخيانة وبه
قال الشافعي واحمد م وقيل يصلح ش لانه اي لان المفتي م يجتهد حذرا النسبة الى الخطاء ش وقال
ابو العباس الناطفي في احكام ادب القاضي من كتاب الاجناس الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز ان يستفتى منه
فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع عن الحسن بن زياد سمعت بشر بن غياث يقول ادى الحجر على ثلاثة فقيه فاسق
وطبيب جاهل ومكار مفلس وقال محمد بن شجاع من قول نفسه لا باس بان يستفتى من الفقيه الفاسق لانه يرى
ان خطيئة الفقيه فيجيب بالصواب م واما الثاني ش اي الشرط الثاني في المولى وهو شرط الاجتهاد فلذلك
الكلام فيه ولكن نتكلم في حل المتن م فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية ش والمجتهد احب من غيره م فاما
تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي ش ويقول به مالك واحمد م هو ش اي الشافعي م يقول ان الامر بالقضاء
يستدعي القدرة عليه ش لانه مامور بالقضاء بالحق ولا امر بلا قدرة ولا قدرة بلا علم وهو معنى قوله م ولا قدرة
دون العلم ش لان الجاهل يخبط خبط العشواء ولا يميز بين الحق والباطل م ولنا انه اي ان الجاهل يمكنه ان يقضي
بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه ش وفي بعض النسخ الى المستحق فان قيل روى
ابو داود عن ابن بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد
في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف
الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار قيل له الحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع الى العلماء
م ثم ينبغي للمقلد ش بكسر اللام م ان يختار من هو الاقدر ش على القضاء م والاولى ش لعلمه ودينه وامانته م لقوله
عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله
ورسوله وجماعة المسلمين ش روى الحاكم في مستدركه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو ارضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين
وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه ورواه الطبراني في معجمه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من تولى امرا من امور المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك
واعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده
عن حذيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس وعلم ان في العشرة من
هو افضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين فانظر الى ملوك زماننا هذا كيف يولون قضاة

الولاية مع علمهم ان في رعيته من هو افضل منهم واعلم وادين وغالب توليتهم بالرشا والبراطيل وقد روى
ابو داود عن عبد الله بن عمرو قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي وروى الخصاف من حديث
ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم ثم قال وقد روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال الراشي والمرتشي في النار وقد روي عنه انه قال الراشي والمرتشي والرائش ملعون والراشي
المعطي والمرتشي الاخذ والرائش الذي يسعى فيما بينهما ليستوي امرهما م وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه
ش اي في اصول الفقه لفخر الاسلام وغيره في باب معرفة المجتهدين وقد ذكرنا فيما مضى في هذا الباب بما فيه
الكفاية م وحاصله ش اي حاصل ما قيل في باب الاجتهاد م ان يكون ش اي الذي يدعي الاجتهاد م صاحب حديث له
معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب ش اي او يكون م فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في
المنصوص عليه وقيل وان يكون صاحب قريحة ش قال صاحب الجمهرة القريحة خالص الطبيعة ومنه اشتقاق
القراح وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من الشيء وغيره وفي تهذيب الديوان قريحة البئر اول مائها والقريحة
الطبيعة ومنه يقال لفلان قريحة جيدة يراد بها استنباط العلم وهي على وزن فعيلة بمعنى مفعولة اسم للبئر من
اول ما احفرها ثم سموا الماء بذلك لملابسة بينهما ثم قالوا فلان حسن القريحة اذا ابتدع شعرا او خطبة اخا
فاستعاروها للطبع مستعار المجاز لان اصل القريح الجريح والشق ومنه القارح وهو الفرس الذي قرح
نابه اي شق م يعرف بها ش اي بالقريحة م عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها ش اي على العادات لان
العرف قد يغلب على القياس كما في الاستصناع جوز بخلاف القياس م قال ش اي العبد وردي م ولا باس بالدخول
في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه ش اي فرض القضاء وهو الحق لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء
عليهم السلام م لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه ش اي القضاء وروى ابو داود والترمذي وابن ماجه
ان عليا رضي الله عنه تقلد القضاء من النبي صلى الله عليه وسلم وروى البيهقي ان ابا بكر رضي الله عنه ولى
عمر بن الخطاب رضي الله عنه القضاء وولى ابا عبيدة رضي الله عنه المال وروى ايضا عن عمر رضي الله عنه
استعمل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه على القضاء وبيت المال وروى ابن سعد في الطبقات عن نافع لما
استعمل عمر بن الخطاب رضي الله عنه زيد بن ثابت على القضاء فرض له رزقا وكفى بهم قدوة اي كفى بالصحابة
اسوة قال الجوهري القدوة الاسوة يقال فلان قدوة يقتدى به وقد يضم فيقال لي بك قدوة وقدوة
وقدوة م ولانه ش اي ولان القضاء م فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ش والامر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض
فان قيل قوله فرض كفاية يوجب ان الدخول فيه مستحب كما في صلاة الجنازة وغيرها قلنا نعم لكن فيه خطر
عظيم وامر مخوف لا يسلم في بحره كل سابح فبالنظر الى كونه فرض كفاية وبالنظر الى كونه امرا مخوفا يكره فعلنا
بعدم الباس م قال ش اي العبد وردي م ويكره الدخول ش اي في القضاء م لمن يخاف العجز عنه ش اي عن القضاء
ذكر بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وفسروا الكراهة هنا بعدم
الجواز وقال الصدر الشهيد رحمه الله في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها
الا ترى ان ابا حنيفة رضي الله عنه دعي الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان
في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت
الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر الغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه
وكاني بك قاضيا ويروى انه قال اراك تبتلى بالقضاء وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد
وحبس فاضطر ثم تقلد م ولا باس على نفسه كيلا يصير شرطا ش اي كيلا يصير الدخول في القضاء وسيلة
م المباشرة القبيح ش وهو الحيف في القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لانه اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل
الى حطام الدنيا باخذ الرشاء وفي الغالب يكون ذلك بشرط او بمعقد مثل ان يقول لي على فلان او له
على فلان كذا فان قضيت لي فلك كذا م وكره بعضهم الدخول فيه ش اي في القضاء حال كونه م مختارا
لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين ش
هذا الحديث رواه اصحاب السنن الاربعة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل قاضيا
فقد ذبح بغير سكين ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وروى ابن عدي في الكامل
عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وروى
ذبح بسكين وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه التشبيه اي التسكين يؤثر في الظاهر والباطن

جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن والقضاء لا يؤثر في الظاهر
فانه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري بهذا اللفظ
كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون
هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقي
راسه بين يديه م وقد جاء في التحذير عنه اثار وقد اجتنبه ابو حنيفة رضي الله عنه فصبر على الضرب
واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد رحمه الله نيفا وثلاثين يوما او نيفا واربعين يوما حتى تقلد ش هذا كله
ليس بموجود في بعض النسخ ولانه موجود في نسخة شيخي العلاء رحمه الله فلذلك اسندت زكيته وكتبته على الحاشية
وشرحه شيئا عن قرب والذي ضرب ابا حنيفة على تركه القضاء هو ابو جعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسية
وكان الذي قلد القضاء لمحمد هو الرشيد ثم عزل قوله وقد جاء في التحذير اي عن الدخول في القضاء
م اثار ش اي اخبار كثيرة منها حديث ابي ذر رضي الله عنه رواه مسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
له يا ابا ذر اني احب لك ما احب لنفسي لا تامرن على اثنين ولا تولين مال يتيم ومنها حديث رواه مسلم
عن ابن بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة الحديث ومنها حديث رواه
ابن حبان في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل
يوم القيامة فيلقى في شدة الحساب ما يتمنى انه لم يقض بين اثنين في عمره م والصحيح ان الدخول فيه ش اي في
القضاء م رخصة طمعا في اقامة العدل قال عليه السلام عدل ساعة خير من عبادة سنة ش هذا الحديث
غريب بهذا اللفظ وروى اسحق بن راهويه في مسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم يوم من امام عادل افضل من عبادة ستين سنة الحديث وروى مسلم عن عبد الله بن عمرو ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال ان المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين
الذين يعدلون في حكمهم واهليهم وما ولوا م والترك ش اي ترك القضاء م عزيمة ش من العزم وهو الجد
والصبر
م فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له ش يعني انه اراد انه يقضي بالحق
في الابتداء في ظنه ثم لا يقدر عليه م ولا يعينه غيره عليه ش اي على القضاء بالحق يعني ربما لا يمكنه القضاء في الاثر
الا باعانة غيره عليه ولعل غيره لا يعينه عليه م الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه
التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد ش هذا بلا خلاف بين الفقهاء كصلوة الجنازة اذا تعين
واحد لاقامتها يفترض ومعنى اخلاء العالم عن الفساد في الحدود والقصاص وقيد بقوله اذا كان هو الاهل
للقضاء يعني وحده لانه اذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا
ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى
تضييع احكام الله تعالى م قال ش اي القدوري م وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها ش اي لا يطلب ولاية
القضاء بقلبه ولا يسالها بلسانه م لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه
ملك يسدده ش هذا الحديث رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه من حديث انس رضي الله عنه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه الحديث ولفظ ابي داود من طلب القضاء كما في رواية
المصنف وزاد عليه واستعان عليه وكل اليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه انزل الله ملكا يسدده ولفظ
الترمذي من ابتغى القضاء وسال فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده قوله
وكل على صيغة المبني للمفعول بتخفيف الكاف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد
الى الصواب لكون النفس امارة بالسوء قوله يسدده اي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب م ولان من طلبه ش اي القضاء م امارة بالسوء
يعتمد على نفسه ش من الورع والعلم والفطنة فيصير محروما فلا يلهم الرشد فيحرم التوفيق وهو معنى قوله
م فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه ومن يتوكل على الله فهو حسبه م فيلهم ش اي الرشد والصواب م ثم يجوز
التقلد ش اي تقليد القضاء م من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه ش اي القضاء م من معاوية
ش ابن ابي سفيان لما انفرد بالامر وخالف عليا رضي الله عنه م والحق ش اي الحال ان الحق م كان بيد علي
رضي الله عنه في نوبته ش اي في خلافته لان الخلافة كانت له بعد عثمان رضي الله عنه بالنص وقيد بقوله في نوبته
احترازا عن مذهب الروافض فانهم يقولون الحق مع علي في جميع نوب الخلفاء في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان ومع
اولاده بعد علي وعند اهل السنة بخروجه كان باغيا في نوبة علي رضي الله عنه وبعده الى زمان ترك امير المومنين

حي

حسن الخلافة اليه فانعقد الاجماع على خلافة معاوية بعده م والتابعين ش بالنصب عطفا على قوله لان الصحابة
تقلدوه ش اي القضاء م من الحجاج ش بن يوسف الثقفي عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان مات في
رمضان او شوال سنة خمس وتسعين وعمره ثلاث او اربع وخمسون سنة ولما سمع الحسن البصري بموته سجد يعني
شكرا لله تعالى وقال اللهم انك قد امته فامت عنا سنته وعن الحسن ايضا انه لو جاءت كل امة بخبيثها وجئنا
به لغلبناهم وظلمه مشهور وتولى ابو الدرداء رضي الله عنه القضاء بالشام ولما مات وكان معاوية
يستشيره واستشاره ممن يولي بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقال
البخاري في تاريخه الوسط باسناده الى ابي اسحق قال كان ابو بردة على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل
اخاه مكانه وقال في موضع اخر حدثنا الحسن بن رافع حدثنا ضمرة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى
واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة اشهر ولم يقتل بعده احدا وفي تاريخ
اصبهان للحافظ ابي نعيم في باب العين المهملة عبد الله بن ابي مريم الاموي ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج
واقام بخوسابو اسطه فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان ومات بها م وهو ش اي الحجاج م كان جائرا ش اي ظالما شديد
الظلم مشهورا م الا اذا كان ش استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر الا اذا كان م لا يمكنه القضاء
بحق ش اي الا اذا كان السلطان الجائر لا يمكنه التمكين من الحكم بحق م لان المقصود ش وهو العمل بالحق م لا يحصل بالتقليد
ش من السلطان الجائر م بخلاف ما اذا كان يمكنه ش حيث يجوز له التقليد منه والضمير في كان يرجع الى السلطان الجائر
ويمكنه من التمكين م قال ش اي القدوري م ومن قلد القضاء يسال ديوان القاضي قبله وهو الخرائط التي
فيها السجلات ش وفي المغرب الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان
عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة واصله دوان بتشديد الواو فعوض
من احدى الواوين ياء لانه يجمع على دواوين ولو كانت الياء اصلية لقالوا دياوين وفسر المصنف الديوان
بقوله وهو الخرائط جمع خريطة قال الجوهري وعاء من ادم وغيره تشرج على ما فيها والسجلات جمع
سجل وهو كتاب الحكم وقد يسجل عليه القاضي م وغيرها ش اي غير السجلات من المحاضر والصكوك وكتاب نصب
الاوصياء والقيم في اموال الوقف وتقدير النفقات م لانها ش اي لان السجلات وغيرها وضعت فيها ش اي في
الخرائط م لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء وهو القاضي المولى لانه يحتاج الى معرفة ما فيها ولايه
فكان له اخذها م ثم ان كان البياض ش الذي كتب عليه السجلات ونحوها م من بيت المال فظاهر ش اي يجبر المعزول
على دفعه لان ذلك انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره فلا يترك في يده م وكذا ش اي وكذا يجعل في يد من له
ولاية القضاء م ان كان ش اي البياض ش من مال الخصوم ش لانه وضع عنده لصيانة حقوق الناس ثم تدينا لا تمولا في
الصحيح ش احترز به عما قال بعض المشايخ اذا كان البياض من ماله او من مال الخصوم لا يجبر على الدفع لانه ملكه
او وهب له م وفي الصحيح يجبر م لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى ش بتشديد اللام المفتوحة م وكذا
ش اي يجبر على الدفع م ان كان ش اي البياض م من مال القاضي هو الصحيح ش احترز به عن مثل ما مضى في الصورة
الاولى م لانه ش اي لان القاضي المعزول اتخذه تدينا ش اي وضع عنده بطريق الديانة والامانة م لا تمولا
ش اي ما وضع عنده من حيث انه يتمول به م ويبعث ش اي القاضي الجديد المولى اثنين م امينين ليقبضاها
ش اي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها والواحد يكفي والاثنان احوط م بحضرة ش القاضي م المعزول او امينه
ش اي الامين من جهة المعزول م ويسالانه ش اي يسال الامينان المعزول م شيئا فشيئا ش يعني واحدا بعد واحد
م ويجعلان كل نوع منها في خريطة ش ويجعلان نسخ السجلات في خريطة ونسخ الاوصياء في خريطة وكل نوع في خريطة
لان هذه النسخ كانت في خريطة تحت يد المعزول فلا تشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج اليه بخلاف المولى لانه
لا علم له بذلك فيجعل كل نوع في خريطة كيلا تشتبه على المولى شيء منها ش اي من هذه السجلات وغيرها م وهذا
السؤال ش اي سؤال احوال الدواوين والمحبوسين وسبب الحبس م لكشف الحال لا للالزام ش لان قول
المعزول ليس بحجة لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا وسمى قبضا ذلك تحفظا ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان
وقد ينبغي ان يكون في حق كل قاض كذا في المحيط وادب القاضي للصدر الشهيد وقال الكاكي قيل
والسؤال يعني الاستعلام يتعدى الى المفعول الثاني بعن وهنا يدل عليه قوله يسالانه لانه يقدر يسالانه
عن احوال السجلات وكيفياتها اي يسالان شيئا فشيئا عنها وينقل الاكمل جميع ما قاله شيخه الكاكي ثم قال والبشر
ليس لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يحمل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله بينت له حسابه بابا بابا

انتى اما قال يعني متصلا لان من شروط الحال ان يكون من المشتقات م قال ش اي القدوري م وينظر
في حال المحبوسين ش اي ينظر القاضي الجديد في حال المحبوسين وفي بعض النسخ في حال المحتبسين م لانه ش اي لان
القاضي الجديد م نصب ناظرا ش لامور المسلمين م فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل
قول المعزول ش اي القاضي المعزول م عليه الا ببينة لانه ش اي لان المعزول م بالعزل التحق بالرعايا وشهادة
وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان ش اي شهادته على تاويل الاخبار م على فعل نفسه ش وبه قال الشافعي
وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل
الا بحجة م فان لم يقم البينة لم يعجل ش القاضي م بتخليته حتى ينادي عليه ش وصفته ان يامر كل يوم اذا جلس مناديا
ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر ينادي كذلك اياما فاذا احضر احد وادعى
عليه وهو على جحوده ابتداء الحكم بينهم ولا يقبل قول المعزول وان لم يحضر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه
ولعله محبوس بحق غايب وقد قامت عليه امارة وهو حبس القاضي المعزول بخلاف فصل قسمة الميراث
عند ابي حنيفة حيث الكفيل هناك عنده على ما يجيء لان في مسالة الميراث الحق ظاهر لهذا الوارث وفي ثبوته
الاخر شك فلا يجوز تاخيره لموهوم اما ههنا الحق ثابت يحمل فعل القاضي على الصلاح ولكنه مجهول فلا يكون اخذ
الكفالة لموهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا على الخلاف ايضا وفي المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق
وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا ش اي من حيث الظاهر فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير م
اي لا يعجل القاضي باطلاق المحبوس بل يتانى وينادي على المحبوس اياما في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان
المحبوس بحق فليحضر وقال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف فان قال واحد من المحبوسين
حبست بغير حق ولم يحضر له خصم نادى القاضي ونادى اياما فان لم يحضر له خصم اطلقه واخذ منه كفيلا بنفسه
وبطلعته فان قال لا كفيل لي ولا اعطى كفيلا فانه لا يجب عليه شيء نادى عليه شهرا ثم تركه لان الحكم لم يثبت عليه فلا
يلزمه اعطاء الكفيل وانما طلبه القاضي به احتياطا فاذا امتنع عن ذلك وجب عليه ان يحتاط بنوع اخر فينادي عليه
شهرا فاذا امضت المدة اطلق عنه كذا قاله الامام الناصحي م وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف ش اي التي
وضعها المعزول في ايدي الامناء م فيعمل به على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك ش
اي كل واحد من قيام البينة واعتراف من هو في يده م حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا ش اشارة الى قوله
لانه بالعزل التحق بالرعايا الى اخره م الا ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها ش اي
يقبل قول المعزول حينئذ فيها اي في الودايع وارتفاع الاوقاف م لانه ثبت باقراره ش اي باقرار ذي اليد
م ان اليد كانت للقاضي ش المعزول م فيصح اقرار القاضي ش المعزول م به كانه في يده في الحال ش ولو كانت
بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع م الا اذا بدا ش اي ابتدا م الاستثناء من
قوله فيقبل الا اذا ابتدا ذو اليد م بالاقرار لغيره ش اي لغير من اقر له القاضي م فيسلم الى المقر له الاول لسبق
حقه ش اي لسبق حق المقر له الاول وهو الذي اقر له ذو اليد م ويضمن ش اي ذو اليد م قيمته للقاضي
باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي وقال الصدر الشهيد حاصل ذلك ان المسالة على اربعة
اوجه اما ان يقول دفعه الي المعزول وقال هو لفلان بن فلان او قال دفعه الي المعزول ولا ادري لمن
هو او انكر ما قاله المعزول او قال دفعه الي المعزول وهو لفلان اخر ففي الوجه الاول والثاني يقبل قول
المعزول والمال للمقر له لان المال وصل الى يده من جهة المعزول فكان المال في يد المعزول حكما ومن في
يده المال اذا اقر لانسان يقبل فكذا هذا وفي الوجه الثالث القول لصاحب اليد وفي الوجه الرابع المسالة على
وجهين اما ان بدا صاحب اليد وقال دفعه الي المعزول وهو لفلان اخر ابتداء بالاقرار فقال هو المال
لفلان بن فلان غير الذي اقر له المعزول ثم قال دفعه الي المعزول ففي الوجه الاول القول قول المعزول ويؤمر
بالدفع الى من اقر له المعزول وفي الوجه الثاني يؤمر بالدفع الى من اقر له ويضمن مثله ان كان من ذوات الامثال
او قيمته للمعزول ثم يسلمه المعزول الى من اقر له م قال ش اي القدوري م ويجلس ش اي القاضي م للحكم
جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء ش جمع غريب م وبعض المقيمين ش الذين ليس لهم اختلاط
بالقضاة م والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ش المواضع وقال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد
ولو كان في طرف البلد يختار مسجدا في وسط البلد كيلا يلحق الناس مشقة الذهاب الى طرف البلد ويختار مسجد
السوق لانه اشهر وفي المبسوط احب الي ان يقضي حيث يقام جماعة الناس يعني في المسجد الجامع او غيره من مساجد

الجماعات

الجماعات لان ذلك عن التهمة ابعد وبه قال مالك واحمد وبه وجه للشافعية ويكره ان يتخذ المسجد مجلسا للقضا
قال في خلاصة الفتاوى وافضل ما يجلس في المجلس الجامع ومن مسجد حيه او بيته لا باس به عندنا م و
قال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه ش اي لان القاضي م يحضره المشرك ش للدعوى
وهو نجس بالنص ش وهو قوله تعالى انما المشركون نجس م ولنا قوله عليه السلام ش اي قول
النبي صلى الله عليه وسلم م انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم ش هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ورواه مسلم
ليس فيه الحكم ورواه في الطهارة من حديث انس مطولا وفي اخره انما هي لذكر الله اي المساجد م وكان النبي
صلى الله عليه وسلم يفصل الحكومة في معتكفه ش فيه احاديث منها ما اخرج البخاري ومسلم عن سهل بن سعد
في قصة اللعان ان رجلا قال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا الى ان قال فتلاعنا في المسجد
وانا شاهد ومنها ما اخرجه الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال صحبنا رسول الله صلى
الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذا اتى رجل يتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقم علي الحد الحديث
وفيه فجلدوه مائة ولم يكن تزوج م والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ش
هذا غريب وفي صحيح البخاري في باب من قضى ولاعن في المسجد ولاعن عمر رضي الله عنه في المسجد عند منبر
النبي صلى الله عليه وسلم وقضى شريح والشعبي ويحيى بن يعمر في المسجد م ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها
في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده ش هذا جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك
في اعتقاده الباطل فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد م لا في ظاهره ش
اي النجاسة في ظاهره م فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه شيء م والحايض تخبر بحالها فيخرج القا ضي
اليها او الى باب المسجد او يبعث ش اي القاضي م من يفصل بينهما ش اي بين الحايض م وبين خصمها
كما اذا كانت الخصومة في الدابة فان قيل يجوز ان يكون الحايض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد
فيخبر عن حالها قلنا الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا باس بدخولها م ولو جلس ش اي القاضي م في
داره لا باس به ش ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وقال شمس الائمة السرخسي وان اختار ان يجلس في
داره فله ذلك بشرط ان لا يمنع احدا من الدخول عليه لان لكل احد حقا في مجلسه م ويأذن للناس في
الدخول فيها ش اي في داره م ويجلس معه من كان يجلس ش معه م قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة
ش اي تهمة الظلم والرشوة وقد روي ان عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر اربعة من الصحابة رضي الله
عنهم ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم لما روي ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم
كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وابي بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وابو بكر رضي الله عنه
يحضر عمر وعثمان وعليا ايضا رضي الله عنهم حتى قال احمد يحضر مجلسه الفقهاء من اهل كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل
عليه م قال ش اي القدوري م ولا يقبل ش اي القاضي م هدية ش الاصل في هذا الباب ما قاله في
المبسوط الهدية في الشرع مندوب قال عليه السلام نعم الشيء الهدية اذا دخلت الباب ضحكت الاسكفة
وقال عليه السلام الهدية تذهب وحر الصدر اي غشه والحقد وقيل الغيظ من الصدر وقال
عليه السلام تهادوا وتحابوا ولكن هذا في حق من لم يتعين للعمل من اعمال المسلمين فاما من تعين لذلك كالقا ضي
والوالي فعليه التحرز من قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدي قبل ذلك اذ هو نوع من الرشوة والسحت
وعن مسروق قال القاضي اذا اخذ الهدية فقد اكل السحت واذا اخذ الرشوة فقد بلغت فيه الكفر
وروى البخاري باسناده عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال
له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي قال عليه السلام فهلا جلس في بيت
ابيه او بيت امه فينظر الهدية له ام لا واستعمل عمر رضي الله عنه ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا فقال
تلاحقت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر يهدي اليك ام لا فاخذ
ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كانت لعلة القضية فلا يقبل الحاكم
الهدية م الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته قبل القضاء ش اي قبل ان يصير المهدى اليه
قاضيا م بمهاداته لان الاول صلة للرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك ش اي
فيما وراء الاول والثاني م يصير اكلا بقضائه ش والاكل بالقضاء حرام وسحت م حتى لو كان للقريب خصومة
لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ش اي يحترز

عنه ولا يأخذه م إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم في بيت المال
كما مر من قضية عمر رضي الله عنه وبه قال الشافعي في وجه وعامة المشايخ قالوا يردها على صاحبها إن
عرف المهدي وبه قال الشافعي في وجه آخر أشار إليه محمد في السير الكبير وإن لم يعرف المهدي أو كان
بعيدا حتى يتعذر الرد عليه حكمها حكم اللقطة يضعها في بيت المال لأنه أخذها لعمله وفي عمله نائب عن المسلمين
فكانت الهدايا من حق المسلمين م ولا يحضر ش أي القاضي م دعوة إلا أن تكون عامة ش وقال الطحاوي
في مختصره ولا يجيب الدعوة الخاصة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا بأس أن يجيب الدعوة
الخاصة للقرابة ويجيء هذا الآن م لأن الخاصة ش أي الدعوة الخاصة م تكون لأجل القضاء بخلاف العامة
ش أي الدعوة العامة فإنها لا تكون للقضاء قال القدوري وأبو علي النسفي دعوة العامة عرس وختان
وما سوى ذلك خاصة ومثل في الحديث الفاصل إن جاوز العشرة فهي عامة ويجيء الآن ما قاله المصنف
م ويدخل في هذا الإطلاق ش أي إطلاق قول القدوري ولا يحضر دعوة أي الدعوة الخاصة م قريبه ش أي قريب
القاضي م فهو قولهما ش أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف م وعن محمد أنه يجيبه ش أي أن القاضي يجيب قريبه
في الدعوة الخاصة وذكر الخصاف يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف لأنه إجابة دعوة صلة الرحم وعند
الشافعي يحضر الولائم لغير الخصم وبه قال أحمد وقال مالك لا يحضر الخاصة ويحضر العامة إن شاء وتركها
أفضل إن كانت وليمة النكاح ولغير النكاح كره ذكره في الجواهر وفي الحلية اختلف أصحابنا فيمن ولي أمرا
من أمور المسلمين كالقضاء والإمرة في حضور الولائم على ثلاثة أوجه أحدها أن يكثرهم والثاني أنه يسقط فرض
الإجابة والثالث أنه إن كان عنده قام بحضورها لا يحضر م وإن كانت خاصة ش واصل بما قبله أي وإن كانت
الدعوة خاصة م كالهدية ش أي كما في الهدية يجوز له أخذها من قريبه ثم أشار إلى تعريف
الدعوة الخاصة بقوله م والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها ش إيضاح ذلك أن صاحب
الدعوة إن كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر لا يمتنع من اتخاذ الدعوة فإن القاضي يجيب هذه الدعوة فهذه دعوة
عامة وإن كان بحال لو علم صاحب الدعوة أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي يمتنع ولا يتخذ الدعوة فهذه
دعوة خاصة فلا يجيبها القاضي لأنها اتخذت له فإذا حضرها كان آكلا بقضائه وذكر صدر الإسلام أبو اليسر
إذا كانت الدعوة عامة وللمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيقاع
الإيحاء وإلى التهمة م قال ش أي القدوري في مختصره م ويشهد ش أي القاضي م الجنازة ويعود
المريض لأن ذلك ش أي المذكور من شهود الجنازة وعيادة المريض م من حقوق المسلمين ش لأنه أمر مندوب
إليه وليس فيه تهمة أحد م قال عليه السلام ش أي قال النبي صلى الله عليه وسلم م على المسلم ستة
حقوق ش الحديث رواه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حق المسلم على المسلم ست قيل
يا رسول الله ما هن قال إذا لقيته فسلم وإذا دعاك فأجبه وإذا استنصحك فانصح له وإذا عطس
فحمد الله فشمته وإذا مرض فعده وإذا مات فاتبعه وفي رواية أخرجه عن أبي هريرة أيضا قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم خمس تجب للمسلم على أخيه رد السلام وتشميت العاطس وإجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنائز م
وعد منها ش أي من الست م هذين ش وهما شهود الجنازة وعيادة المريض م ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه
لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ش الحديث رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن علي رضي الله قال
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر م ولأن فيه تهمة ش أي تهمة الميل م قال ش
أي القدوري م وإذا حضرا ش أي الخصمان م سوى بينهما في الجلوس والإقبال ش أراد بالإقبال تسوية النظر
من الجانبين وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى وسو بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك والمستحب باتفاق
أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس أحدهما على يساره والآخر على يمينه لأن لليمين فضلا على اليسار
وفي المغني والنوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي
للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلا
أحدهما وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي قلده والدليل عليه قصة
علي عند شريح فإن شريحا قام عن مجلسه وأجلس عليا رضي الله عنه في مجلسه وقال المرغيناني وينبغي للخصمين
أن يجثوا بين يدي القاضي ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين
يدي المعلم تعظيما للعلم وتقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب في عين الناظرين لقوله عليه السلام

ش أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ش الحديث
رواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن أم سلمة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء
بين المسلمين فليعدل بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر م قال
ش أي القدوري م ولا يسار أحدهما ش يعني لا يتكلم مع أحدهما سرا م ولا يشير إليه ش لا بالرأس ولا بالعين
ولا بالحاجب وكل ذلك منهي شرعا م ولا يلقنه حجته للتهمة ش أي تهمة الميل فلأن فيه إعانة لأحد الخصمين وكسر
قلب الآخر وهو متعلق بقوله م ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر ش المكسرة بفتح الميم مصدر ميمي بمعنى الكسر
م فيترك حقه ش لأنه ينحجب عن طلب حقه فيترك حقه م ولا يضحك ش أي القاضي م في وجه أحدهما ش أي الخصمين
م لأنه يجترئ على خصمه ش بسبب ضحك القاضي في وجهه م ولا يمازحهم ش أي الأخصام م ولا واحدا منهم ش أي
ولا يمازح واحدا من الأخصام م لأنه ش أي لأن مزح القاضي م يذهب بمهابة القضاء ش ولهذا قالوا ينبغي أن
يكون القاضي عبوسا متواضعا في أفعاله وفي الجواهر يستحب أن يكون فيه عبوسة من غير غضب م قال ش أي
قال محمد في الجامع الصغير م ويكره تلقين الشاهد ومعناه ش أي معنى ما قاله محمد من كراهة تلقين الشاهد
م أن يقول له ش أي يقول القاضي للشاهد م أتشهد بكذا وكذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم ش
م واستحسنه ش أي تلقين الشاهد أبو يوسف في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر ش أي
يحتبس لسانه عن البيان لمهابة مجلس القاضي م فكان تلقينه إحياء للحق ش وقيد بقوله في غير موضع
التهمة لأن في موضع التهمة لا يجوز وذلك مثل أن يدعي المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة
ويشهد الشاهد بألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأه الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق
في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وما اختير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله
م بمنزلة الإشخاص ش وهو إرسال شخص ليحضر خصمه يقال شخص من بلد إلى بلد شخوصا أي ذهب من حد منع
[illegible] غيره م والتكفيل ش وهو أخذ الكفيل لأحد الخصمين لأنه لم يكن ذلك من جلس إعانة أحد الخصمين

م فصل في الحبس

ش أي هذا فصل في بيان أحكام الحبس ولما كان الحبس
من أنواع حكم القاضي ذكره في فصل على حدة وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى أو ينفوا من الأرض
كان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة غير أنه لم يكن
في زمن النبي عليه السلام وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث
أمكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من
مدر فسماه مخيسا ثم قال ش ألا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا بابا حصينا وأمينا كيسا
رواه الزمخشري في الفائق والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأني في الأمور والمكيس
منسوب إلى الكيس المعروف به قوله وأمينا أي ونصبت أمينا يعني السجان كذا في الفائق وقال
الكاكي وفي زمن النبي عليه السلام وأبي بكر رضي الله عنه لم يكن سجن حتى اشترى عمر رضي الله دارا بالمدينة بأربعة آلاف
درهم واتخذه محبسا وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما
عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها ش أي ظهور المماطلة لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم فاستحق
الحبس والمال م غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لأن مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس
في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والأضحى والجمعة وصلوة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله
وموت والديه وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله بخلاف ما إذا لم يكن لأنه لزم القيام حينئذ بحق الوالدين
وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وإن مرض
وله خادم لا يخرج وإلا أخرج لأنه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج إلى الجماع دخلت عليه زوجته
وجاريته فيطأها حيث لا يطلع عليه أحد وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام
ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده م وهذا ش أي
ترك القاضي عجلته بحبس الغريم م إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة ش يقال
لقيته أول وهلة أي أول شيء م فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور
مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره ش وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير
مطلقا قول الخصاف في البينة أيضا لا يحبسه في أول الوهلة وقال في الأجناس قال في كفالة الأصل قال أبو حنيفة

ينبغي للامام ان يحبس في الدين قرضا كان او غصبا او ثمن مبيع او مهرا لكن لا يحبسه في اول ما يتقدم اليه
ويقول له قم فارضه فان عاد اليه حبسه وهو قول ابي يوسف ومحمد وقال الخصاف القول عندي
ان لا يحبسه حتى يقول له الك مال ويستحلفه على ذلك فان اقر ان له مالا حبسه وان قال لا مال لي قال للطالب
ثبت ان له مالا حتى احبسه وهو مذهب بعض القضاة ثم اعلم اذا ثبت اعسار المديون لا يجوز حبسه بلا خلاف
ولا ملازمته بل يمهل الى ان يوسر قال عز وجل فنظرة الى ميسرة وعندنا لا يحبس ولكن للغريم ملازمته ولا
يمنعه من الكسب وهل يلزمه الكسب واجارة نفسه ليصرف الاجرة والكسب الى رب الدين عندنا والشافعي
لا وعند احمد يلزمه وقال مالك ان كان ممن يعتاد اجارة نفسه لزمه وبه قال الشافعي في وجه وعليه
عمل القضاة لظهور المماطلة وفي وجه يبيع ماله الظاهر وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد اما لو امتنع عن
اداء الدين يحبس بالاتفاق م قال ش اي القدوري م فان امتنع ش اي الغريم م حبسه في كل دين لزمه بدلا
عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة ش ولكنه انما يحبسه اذا طلب المدعي ذلك وقال
قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولا يحبسه عندنا في الاقرار والبينة الا عند طلب المدعي وقال شريح يحبسه من غير
طلبه وفي الذخيرة لو قال المديون بعد ثبوت الدين انا معسر وقال المدعي موسر ولا بينة له فالقول للمديون مع يمينه
وهو رواية اصحابنا واختيار الخصاف وبه قال الشافعي في وجه لان الاصل الفقر وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان
في كل دين اصله مال كثمن المبيع والقرض فالقول للمدعي وبه قال الشافعي في وجه وفي كل دين لا يقابله مال كالمهر
وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول للمديون اليه اشار محمد في كتاب النكاح في مسالة ادعاء المراة نفقة الموسرين
وزعم الزوج انه معسر فقال القول للزوج وقال بعضهم كل دين لزمه بسبب معاملة واختيار فالقول
لرب الدين وبه قال الشافعي في وجه لا اختياره لزومه بالعقد دليل اليسار م لانه ش استدلال لما ذكره القدوري
بقوله حبسه في كل دين الى آخره اي لان الغريم م اذا حصل المال ش اي المال الذي هو ثمن المبيع ونحوه من اي جهة
كان م في يده ثبت غناه به ش وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل والاصل في ذلك ان الاصل
في الانسان الفقر والغنى موجب استصحاب الحال حتى يعلم حدوث ما يخالفه وما كان بدلا عن مال فقد علم
حصول الغنى به فسقط حكم الاصل ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله فلهذا لم يصدق في الاعسار
فصار مماطلا ظالما فيحبس لاجله م وكذا اذا التزمه ش بعقد كالمهر والكفالة م باختياره دليل اليسار
اذ هو ش اي لانه لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه ش فان ادعى الاعسار يريد اسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله
ويحبس وهذا الذي ذكره القدوري وشرحه المصنف هو رواية ابن شجاع انه يحبس في ذلك ولا يقبل
قوله في الاعسار وذكر الخصاف عن اصحابنا انه يحبس فيما اذا كان بدلا عن مال حصل في يده خاصة ولا يحبس
فيما سوى ذلك لان الحبس عقوبة يستحق بالامتناع مع الغنى فلا يجوز اثباتها بالظاهر كسائر العقوبات وحاصل
المذهب عندنا ان للقاضي لا يسال المدعي اله مال ام لا اذا ادعى المديون الاعسار فحينئذ يسال فان
قال المدعي انه معسر خلى سبيله وان قال انه موسر وقال المديون اني معسر ففيه اختلاف المشايخ وراي
الخصاف ان القول قول المديون لانه متمسك بالاصل وقيل ان كان الدين وجب عليه عن مال كثمن متاع
او بدل قرض فالقول قول المدعي واذا كان بدلا عما ليس بمال كالمهر ونحوه فالقول قول المدعى عليه ونسب
الخصاف هذا القول في ادب القاضي الى ابي حنيفة وابي يوسف ومن العلماء من قال يحكم فيه
الزي ان كان زي الفقر كان القول قول المديون وان كان زي الاغنياء كان القول قول الطالب
لان ذلك علامة ودليل الا في حق العلوية والفقهاء فانهم يتكلفون في لباسهم حتى لا يذهب ماء وجههم
مع حاجتهم فلا يكون الزي دليلا وعلامة على اليسار في حقهم فان كان المطلوب في زي الفقراء وادعى الطالب
انه غير زيه وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان يحضر مجلس القاضي فان القاضي يسال البينة ان اقام
البينة على انه كان عليه زي الاغنياء قبل ذلك سمع البينة وجعل القول قوله وان لم يمكنه اقامة البينة
حكم بزي الحال وجعل القول قول المطلوب كذا في شرح ادب القاضي م والمراد بالمهر معجله دون
موجله ش لان العادة جارية بتسليم المعجل فكان الاقدام على النكاح دليلا على القدرة والوفاء بالمعجل في
مثل قوله انه معسر قال فخر الاسلام البزدوي هذا في المعجل اما اذا طلبت المراة المؤجل بعد ما ابين بها فان
القول قول الزوج في عسرته لانه لا دلالة هنا على القدرة منه على ادائه كما في النفقة فان القول قول
الزوج في انه معسر في حق النفقة م ولا يحبسه فيما سوى ذلك ش اي فيما سوى المذكور كضمان المتلف

بلاغ

وارش

وارش الجناية م اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون
القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول قول من عليه الدين في جميع ذلك ش اي في
ثمن المبيع والمهر وغير ذلك وفي الذخيرة لو اقام المدعي بينة على يساره واقام المدعى عليه بينة على اعساره فبينة
رب الدين اولى لان شهود المديون شهدوا بشيء لم يعرفوه م ويروى ش عن الخصاف انه نسبه الى ابي حنيفة
وابي يوسف وقد مر بيانه م ان القول له ش اي لمن عليه الدين الا فيما بدله مال ش يعني القول فيما بدله
مال للمدعي م وفي النفقة القول للزوج انه معسر ش يعني اذا ادعت المراة على زوجها انه موسر وادعت نفقة
الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج م وفي اعتاق العبد المشترك القول
للمعتق ش يعني اذا اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله م والمسالتان
ش وهما مسالة النفقة ومسالة اعتاق العبد المشترك م تؤيدان القولين الاخيرين ش وفي بعض النسخ القولين
الاخرين واراد بالقولين الاخيرين ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويروى ان القول له
الا فيما بدله مال م والتخريج ش اي تخريج مسالة الانفاق والاعتاق م على ما قال في الكتاب ش اي على ما قال
القدوري في مختصره حيث القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد ومع وجود الالتزام لم يكن القول
للمدعي في المسالتين فاجاب عنه وقال م انه ش اي ان النفقة على ما قيل لا لانفاق م ليس بدين مطلق
بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الانفاق ش فلو كان دينا مطلقا لم يسقط الا بالاداء وبالابراء
م ولكن ش اي وكذا ليس بدين مطلق م عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ش فان المريض اذا اعتق في مرض موته
عبدا مشتركا لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة فلما كان كذلك لم تردهما فان المسالتان نقضا للقول
الاول فهو قوله حبسه في كل دين الى آخره لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على
القدرة م ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا وثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه
ش اي الحاكم م شهرين او ثلاثة ثم يسال ش جيرانه واهل الخبرة م عنه ش اي عن يساره واعساره وهذا
التقدير رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروى الحسن عن ابي حنيفة ان التقدير باربعة
اشهر على قياس مدة الايلاء وذكر الطحاوي ان التقدير فيه بشهر وقال شمس الائمة السرخسي في ادب
القاضي ثم قال والحاصل انه ليس فيه شيء موقت مقدر بمقدار لازم بل الامر مفوض الى راي القاضي
فان مضى اربعة اشهر ووقع له انه متعنت يستديم حبسه وان كان دون ذلك بان كان شهرين او شهرا
او دونه ووقع انه عاجز لا مال له اطلقه من السجن وقال شمس الائمة الحلواني ما قاله الطحاوي اوفق
الاقاويل وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد يحبسه شهرين
او ثلاثة وعلى رواية محمد قدره اربعة اشهر وعلى رواية الحسن عن ابي حنيفة ستة اشهر ثم قال وهو
موقوف على راي القاضي م فالحبس لظهور ظلمه في الحال ش وفي بعض النسخ لظهور مطله م وانما يحبسه
مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة ش اي دفع ظهور ماله لو كان م فقدره
بما ذكره ش اي قدر محمد بما ذكر من الحبس انه شهران او ثلاثة ش ويروى غير ذلك ش اي غير الشهرين او
الثلاثة م من التقدير بشهر او اربعة ش اشهر م الى ستة اشهر ش وقد مر ذلك كله وقال المصنف م
والصحيح ان التقدير ش في مدة الحبس م مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه ش اي في الحبس
لان بعض الناس يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر الآخر في مدة كثيرة وبه قال الشافعي واحمد
ومالك وقال ابن الماجشون المالكي لا يحبس في القليل اكثر من نصف الشهر وفي الكثير يبلغ اربعة اشهر
وما بين ذلك الشهرين ونحوها بالنسبة م قال ش اي القدوري م فان لم يظهر له ش اي للغريم م مال
خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ش قال المصنف م يعني بعد مضي هذه المدة لانه استحق النظرة ش بكسر
الظاء م الى الميسرة م فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو اقام البينة على افلاسه قبل المدة ش اي المدة التي
راها القاضي برايه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم م
تقبل ش اي البينة م في رواية ش وبه قال الشافعي واحمد م ولا تقبل في رواية ش وبه قال مالك م وعلى
الثانية ش اي الرواية الثانية م عامة المشايخ ش وقال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي هو الصحيح
م وفي الذخيرة لو اخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان وشهد بذلك شاهدان فعن محمد روايتان
في رواية لا يحبسه وبه يفتي الفضلي وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة وهكذا قال النضر بن يحيى وقال

الاسكاف وعامة مشايخ ما وراء النهر يحبسه ولا يقبل منه البينة لانه عليه على النفي الا اذا ثابت مؤيدا
ولعل مضي المدة بالدت وقال شيخ الاسلام سوال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط وليس بواجب
ويطلب يمين الطالب انه لا يعرف انه معدم ويحلف فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال ابو القاسم كيفية
الشهادة ان يقول اشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا
وعلانية م لسكوته اي البينة لكي رواية . وبه قال الشافعي واحمد . ولا يقبل في رواية . وبه قال مالك
وقوله شرا ى وقول القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة ش يعني المنع عن
ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك ام لا م وسنذكر في كتاب الحجر ش اي في
باب الحجر بسبب الدين عند قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه الى اخره والمراد من الملازمة
الطواف معه اين ما طاف حتى ياخذ وافضل كسبه لا المطالبة م قال ش اي المصنف م وفي الجامع الصغير رجل اقر
عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ش انما ذكر رواية
الجامع الصغير دفعا لتوهم التناقض بين روايته ورواية القدوري وهذا لان روى لفظ القدوري في اول
الفصل بقوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه م قال وهذا اذا
ثبت الحق باقراره ولفظ الجامع الصغير يدل على جواز الحبس متصلا بالاقرار ويبينهما ثم التناقض فدفع هذا
الوهم بقوله ومراده ش يعني مراد محمد م اذا اقر عند القاضي او علم منه وظهرت مماطلته ش قال الاترازي
يعني مراد محمد فيما اذا ثبت الحق بالاقرار ثم ثبتت المماطلة فترافعا الى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الاقرار
فاندفع ذلك الوهم وقال فخر الاسلام معنى المسالة اذا كان جاحدا فاقر عنده وظهر للقاضي جحوده عند
غيره ومماطلته او ظهرت له مماطلته بعدما اقر عند غيره فحينئذ يحبسه فاما اذا اقر عنده فلا يحبسه م والحبس اولا
ومدته قد بيناه فلا نعيده ش اي الحبس المذكور اولا قبل السؤال في الجامع الصغير في قوله يحبسه
ثم يسال عنه قد بيناه ذلك قبل هذا في رواية القدوري عند قوله يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسال عنه
وبيان مدة الحبس ايضا مع الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة الى الاعادة وقال تاج الشريعة
وروى والحبس ومدته بالنصب فيهما قلت اعراب الرفع ان قوله والحبس مبتدا او اولا على الظرف
ومدته عطف على المبتدا وقوله قد بيناه خبر المبتدا واما وجه النصب فعلى تقدير وجدنا الحبس ومدته بالنصب
ايضا عطفا عليه وقوله قد بيناه يفسر لذلك المقدر م ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ش
وفي اكثر النسخ قال ش اي القدوري يحبس الرجل الى اخره لانه ظالم فيحبس وان كان مقدار النفقة يسيرا
ان كان درهما او دانقا م ولا يحبس الوالد في دين ولده ش اي لان الحبس نوع عقوبة فلا يستحقه الولد
على الوالد كالحد والقصاص ش فان الوالد لا يؤاخذ بهما لاجل ولده م الا اذا امتنع من الانفاق عليه ش اي على
ولده لان فيه اهلاكه وفي الانفاق احياؤه وهو معنى قوله م لان فيه ش اي في الانفاق عليه م احياؤه ولكونه
ولانه ش اي ولان الانفاق م لا يتدارك لسقوطها ش اي لسقوط نفقة الولد م بمضي المدة ش اي الزمان
بخلاف الدين حيث لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس . والله اعلم

م باب كتاب القاضي الى القاضي

ش اي هذا باب في بيان حكم كتاب القاضي الى القاضي اورد هنا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من
عمل القضاة ايضا الا ان الحبس عمل القاضي الواحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يابى جواز
العمل به لما فيه من شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس اليه
لحديث علي رضي الله عنه انه جوزه لحاجة الناس الى ذلك وعليه اجمع الفقهاء م قال ش اي القدوري م
ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق ش اي في الحقوق التي تثبت مع الشبهات دون ما تندرئ بها
م اذا شهد به عنده ش اي اذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه ويشهد على صيغة المجهول م للحاجة
ش اي لحاجة الناس اليه م على ما نبين ش اشارة الى قوله بعد هذا لمساس الحاجة الى اخره وفي الاخبار
لا يكتب القاضي الى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبد والدابة والثوب ويكتب في العقار ويسمع فيه
الشهود على ذلك اذا بين حدودها الاربع وقال ابو حنيفة لو كتبت في العبد لكتبت في الدابة
والحمار ومعنى هذا لا اكتب فلكن لك في العبد وفي جعل الابق وقال ابو يوسف اكتب في العبد وفي الجارية
لا يكتب في قولهم وقال ابو يوسف في ادب القاضي املاء رواية بشر بن الوليد في الجارية يكتب

الى هنا لفظ الاجناس وقال في شرح او قال ابن ابي ليلى يقبل في جميع ذلك اي يقبل كتاب القاضي الى — الطحاوي ح
القاضي في المنقول وعن يحمل ما فيه والفتوى على هذا لتعامل الناس م فان شهدوا على خصم حاضر ش المراد
من الخصم هنا الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلا لاجل اثبات الحق عليه والمسخر هو الشخص الذي
ينصبه القاضي من جهة الخصم لاثبات الحق ولو لم يكن خصما اصلا لا المدعى عليه ولا نائبه يجوز الحكم على الغائب
فلا يحتاج الى الخصم م حكم بالشهادة لوجود الحجة ولنه حكمه وهو المدعو سجلا ش اذ السجل لا يكون الا بعد الحكم م
وان شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ش اي كتب القاضي
بما يسمعه من الشهادة الى القاضي م ليحكم المكتوب اليه ش اي القاضي المكتوب اليه م بها ش اي بهذه الشهادة — ة
لكن اذا ثبت عنده انه كتاب القاضي الكاتب وهو بمنزلة نقل الشهادة م وهذا الكتاب الحكمي ش اي وهذا
الكتاب الى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لانه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه م وهو نقل الشهادة في الحقيقة
ش الا ترى ان للقاضي الاول ان يبطله قبل ان يبعث به الى الثاني وكذا للثاني ان لا ينفذ كتابه الا ان
يكون ذلك برايه كذا في المبسوط م ويختص ش اي كتاب القاضي الى القاضي م بشرائط نذكرها ان شاء الله
تعالى ش في هذا الباب ومن الشرائط المعلومة الخمسة ذكرها في الذخيرة وهو ان يكون القاضي الكاتب
معلوما والقاضي المكتوب اليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعى عليه معلوما والمدعى به المعلوم
ثم الاعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون بذكر اسمه واسم ابيه واسم جده او قبيلته لان اعلام
الانسان اذا كان غائبا بهذه الاشياء ولو لم يذكر اسم ابيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق وبذكر
ابيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند ابي حنيفة ان كان مشهورا م وجوازه ش اي جواز نقل كتاب
القاضي الى القاضي وهذا هو الموعود بقوله على ما نبين م لمساس الحاجة ش اي لشدة حاجة الناس
اليه م لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فاشبه الشهادة على الشهادة ش يعني يعرف
من ان جوازه ثابت لمشابهته الشهادة على الشهادة لا تحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم
فلما جوزنا الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق الناس فكذلك جوزنا الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة
القياس لما ذكرنا انه مخالف للقياس فيما دية الاتحاد في مناط الاستحسان م وقوله ش اي وقول القدوري
في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح ش بان ادعى رجل نكاحا على امراة او بالعكس وكذلك الطلاق
اذا ادعت امراة على زوجها م والنسب ش بان ادعى نسبا من الميت م والمغصوب ش بان ادعى غصبا
على رجل م والامانة المجحودة ش الوديعة التي جحدها المودع م والمضاربة المجحودة ش التي جحدها المضارب
والمانع بالجحد فيهما لان المودع والمضارب لو كانا معترفين لا حاجة الى كتاب القاضي م لان ذلك كله ش اي
لان المذكور من هذه الاشياء كله م بمنزلة الدين ش والدين يجوز فيه الكتاب فكذا يجوز فيما كان بمنزلته م
وهو ش اي الدين م يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ش فان قيل لا نسلم عدم الاحتياج في الاشياء — ع
فيما سوى الدين فان الشاهد يحتاج الى ان يشير الى الرجل والمراة عند دعوى النكاح من الجانبين
وكذلك في الامانة والمغصوب قلنا لا بل النكاح ونظاير المذكورة لا يحتاج الى الاشارة لان دعوى
المدعي نفس النكاح لا نفس المراة وكذا امثالها لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الانسان والمدعى
هو الفعل م ويقبل في العقار ايضا ش اي يقبل كتاب القاضي الى القاضي في دعوى العقار ايضا م لان
التعريف فيه ش اي في العقار م بالتحديد ش اي ببيان حدوده الاربعة . ولا يقبل ش اي كتاب القاضي
الى القاضي م في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة ش عند الدعوى والشهادة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد في العبيد والجوار وهو القياس والمنصوص من الشافعي انه لا يجوز في المنقول وهو اصح القولين
عنده م وعن ابي يوسف انه ش اي ان كتاب القاضي الى القاضي م يقبل في العبد دون الامة لغلبة
الاباق فيه دونها ش اي في العبد دون الامة لان العبد يخدم خارج البيت فيقدر على الاباق غالبا
فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم في البيت فلا تقدر على الاباق غالبا فلا تمس الحاجة
كذا في شرح ادب القاضي للصدر الشهيد قلت اكثر جواري اهل مصر يخرجن الى الاسواق وغيرها في
اكثر الاوقات م وعنه ش اي وعن ابي يوسف رواها عنه بشر بن الوليد م يقبل ش كتاب القاضي الى القاضي
فيهما ش اي في العبد والامة م بشرائط تعرف في موضعه ش وموضعه كتاب الاباق من المبسوط
وارادها بيان حلية العبد وصفته وسنه الذي اخلاه والختم في عنقه واخذ الكفيل ونحو ذلك

بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى ان يكتب
بشهادة شهوده عنده يكتب الى كذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كذا وكذا
ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلها
الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو في يده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه
فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم
تحضرا العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي
بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارى يشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة
الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ
كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا اخر
الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى
يقضي له بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري
صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد امين لئلا يطأها قبل
القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه
العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية
والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه ش
اي ان كتاب القاضي الى القاضي م يقبل في جميع ما ينقل ويحول ش وعليه ش اي على قول محمد المشايخ
م المتأخرون ش وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول وقال الاسبيجابي وعليه الفتوى
من الخلاصة ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضي المكتوب اليه ونسبه ولكن كتب
الى من يبلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وابو يوسف وسع واجاز وعليه عمل الناس اليوم
ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله وان كتب فيه تاريخ ينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت ام لا
ولا يكتفى بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا وكل كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون المعاينة فكذا
لو شهدوا على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لم يعمل به الى هنا لفظ الخلاصة وفي شرح للطحاوي وكتاب
القاضي الى القاضي في حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جائز الا في الحدود والقصاص وفي خزانة
الفقه ويجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين او من قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي الرستاق
الى قاضي مصر م وقال ش اي القدوري م ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين ش يعني
لا يقبل القاضي المكتوب اليه كتاب القاضي اليه الا بحجة تامة وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين كما في
ساير الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب وسيأتي
الجواب عنه عن قرب م لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا ش اي اشتراط الحجة
م لانه ش اي لان كتاب القاضي الى القاضي م ملزم فلا بد من الحجة وهذا عند عامة الفقهاء وعن الحسن
البصري والعنبري وابي ثور والاصطخري وابي يوسف في رواية وقال مالك في رواية مثل قول الشعبي فانهم
قالوا اذا كان القاضي المكتوب اليه يعرف خطوط القاضي الكاتب وختمه قبله كما في كتاب الاستيمان من
اهل الحرب وكما في كتاب رسول القاضي الى المزكي واجاب المصنف عن قولهم كما في كتاب الاستيمان بقوله م
بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم ش فان الامام بالخيار ان شاء اعطى الامان وان
شاء لم يعطه فلم يشترط فيه البينة واجاب عن قولهم كما في رسول القاضي الى المزكي بقوله م وبخلاف رسول
القاضي الى المزكي ورسوله ش اي ورسول المزكي م الى القاضي ش حيث يقبل من غير حجة تامة م لان الالزام
بالشهادة ش اي القضاء يضاف الى الشهادة م لا بالتزكية ش اي لا بالالزام بالتزكية ولهذا الوصف بدون
التزكية صح مضاف وانما التزكية نوع رجحان الصدق وقال الاكمل رحمه الله قيل قوله يشير الى
ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا حتى لزوم القضاء عليه ببينة وغيرها والقياس يقتضي اتحاد
كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله او اتحادهما في عدمه لان القياس
يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول
فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع

القضاء فيكون حجة واما الرسول فقام مقام المرسل في هذا الموضع ليس بحاضر وقول القاضي في غير موضع
قضائه كقول واحد من الرعايا م قال ش اي القدوري م ويجب ان يقرأ ش القاضي الكاتب م الكتاب عليهم
ش اي على الشهود م ليعرفوا ما فيه ش اي في الكتاب م او يعلمهم ش اي او يعلم القاضي الشهود م به ش اي بما
في الكتاب م لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه ش اي الكتاب م بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا ش
اي ما ذكر من الوجهين م عند ابي حنيفة ومحمد ش وبه قال الشافعي واحمد ومالك في رواية م ان علم ما في الكتاب
والختم بحضرتهم شرط ش ادعاء شرط على الخبرية والمبتدا هو قوله هذا او قوله ان علم ما في الكتاب معناه لا
علم ما في الكتاب فان كان عند احد وجه غير هذا فليبين م وكذا ش اي وكذا اشترط م حفظ ما في الكتاب عندهما
ش اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى م ولهذا ش اي ولكون اشتراط حفظ ما في الكتاب ش يدفع اليهم
ش اي الى الشهود م كتاب اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم ش فان فات شيء من الامور المذكورة لا
يقبل الكتاب عندهما م وقال ابو يوسف اخرا ش اي في قوله الاخير انما قال ذلك لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة
ومحمد ش شيء من ذلك ش هذا مقول القول واما الشيء مبتدا وان كان نكرة لانه تخصص بقوله من ذلك اي
شيء كان من ذلك اي علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرتهم وقوله م ليس بشرط ش خبر المبتدا المذكور
م والشرط ش اي عند ابي يوسف م ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه ش وبه قال مالك في رواية م وعن ابي يوسف
م ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالعيان ش لان الخبر يحتمل الصدق
والكذب وليس في المعاينة احتمال م واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف ش تيسيرا على الناس
واجمعوا في الصك ان الاشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد بما في الكتاب قال الكاكي فاحفظ هذا فان
الناس اعتادوا بخلاف ذلك حيث يشهدون على ما في الصك من غير قراءة الحد ودون غير ذلك كما في مختلفات
القاضي وما قالاه احتياط وما قاله ابو يوسف توسع ومن الشرائط عندهما ان يحفظوا شهادة ما في الكتاب
من وقت التحمل الى وقت الاداء كما في جميع الشهادات كذا في الذخيرة ومن الشرائط عندهما ان يكون الكتاب
معنونا بان يكتب فيه هذا كتاب من فلان بن فلان القاضي ببلد كذا والشرط العنوان الباطن عندهما
لا على عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفى المكتوب اليه بالعنوان وجاز ذلك وعلى العكس
لا يجوز وصورة العنوان الظاهر في زماننا ان يكتب قبل كتابة التسمية من جانب اليسار من فلان بن
فلان الى القاضي الامام فلان بن فلان قاضي بلد كذا ويكتب في جانب اليمين فوق كتابة التسمية بسم الله
الملك الحق المبين وحوذ لك الى القاضي الامام فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين وحكامهم فان كتب الى القاضي فلان كذا وفي البلد قاضيان لا يصح ولو كان قاض واحد يصح ثم
يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان بن فلان الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونوا
ويكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق المبين الى قاضي بلد كذا فلان بن فلان والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين وحكامهم ثم يكتب بعد البسملة هذا كتابي اطال الله بقاء فلان القاضي الى اخره كما هو
الرسم في الكتاب ثم يكتب اما بعد ثم اعلم انهم اختلفوا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي الى القاضي
فيها فقال بعضهم قالوا لا يجوز فيما دون مسافة السفر وقال الشافعي واحمد في وجه وحكى الطحاوي عن ابي
حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون السفر وقال بعض المتأخرين من اصحابنا هذا مذهب ابي يوسف ومحمد
وبه قال مالك م وقال ش اي القدوري م واذا وصل ش اي كتاب القاضي ش الى القاضي لم يقبله ش وفي
بعض النسخ لم يقبله من الاشكال والاول اوفق لرواية الكتب من الجوامع وفتاوى قاضي خان م الا بحضرة
الخصم لانه ش اي لان الكتاب م بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره ش اي حضور الخصم م بخلاف سماع
القاضي الكاتب ش حيث يسمع الشهادة وان كان الخصم وهو المدعى عليه غائبا م لانه ش اي لان سماعه للنقل
لا للحكم ش فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الاصول وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم فكذا
هنا وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه
فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به م فاذا سلمه
الشهود اليه ش وفي بعض النسخ قال اي القدوري اذا سلم الشهود الكتاب الى القاضي المكتوب اليه
نظر في ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا وقرأه علينا في مجلس حكمه وختمه فتحه القاضي
المكتوب اليه وقرأه على الخصم والزمه ما فيه ش اي في الكتاب هذا اي المذكور عند ابي حنيفة ومحمد

حه

وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر شـ اشارة الى ما قاله قبل هذا وقال
ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم انه كتابه وختمه م ولم يشترط شـ اي لم
القدوري م في الكتاب شـ اي في مختصره ظهور العدالة للفتح شـ اي فتح الكتاب لانه قال فاذا شهدوا انه
كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا
يعلم انه لم يشترط العدالة وقال المصنف م والصحيح انه يفض الكتاب شـ اي يفتحه ويفك ختمه م بعد
ظهور العدالة كذا ذكر الخصاف لانه ربما يحتاج شـ اي المدعي م الى زيادة الشهود شـ اذا لم تظهر العدالة م وانما
يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم شـ ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه واما اذا فك الخاتم فلا
يمكنهم ذلك م وانما يقبله المكتوب اليه شـ ذكر هذا تفريعا على ما تقدم من مسائل القدوري اي وانما يقبل
الكتاب القاضي المكتوب اليه م اذا كان الكاتب شـ اي القاضي الكاتب على القضاء م حتى لو مات شـ اي
القاضي الكاتب م او عزل او لم يبق اهلا للقضاء شـ بان فسق او جن او ارتد ولحق بدار الحرب لا يقبله وقال
ابو يوسف والشافعي واحمد يقبله ولعل له (?) واستدل المصنف على عدم القبول بقوله م لانه شـ اي كان
القاضي الكاتب بالامور المذكورة م التحق بواحد من الرعايا شـ لانه حينئذ خرج من ان يكون حاكما فلا يقبل
الحكم بكتابه م ولهذا شـ اي ولكونه ملتحقا بواحد من الرعايا م لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير
عملها شـ يعني اذا اخبر القاضي قاضيا آخر في غير عمل المخبر لا يقبل كتابه فلان لا يقبل كتابه اذا عزل او مات
الطريق الاولى كذا قال تاج الشريعة وفي الذخيرة قاضيان التقيا في عمل احدهما او في مصر ليس من عملهما
فقال احدهما للآخر ثبت عندي لفلان كذا فاعمل بما تحول لك لم يقبل منه ولم ينفذه لان الخطاب والسماع ان
احدهما وجد من غير القاضي حيث لم يكن في مكان ولايته ، ولذا شـ اي ولهذا لا يقبله قاضي آخر م اذا مات
المكتوب اليه وقد مات م الا اذا كتب الى فلان ابن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين م فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب اليه م لان غيره شـ اي
غير المكتوب اليه م صار تبعا له وهو معروف شـ اي معلوم الذي صار تبعا له معلوم م بخلاف ما اذا كتب
ابتداء شـ من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني م الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يقبل
عليه مشايخنا لانه غير معروف شـ اي مجهول حاصل الكلام ان في الصورة الاولى صرح الكتاب باسمه
على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ف
لانه اي ما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم صير غيره تبعا له واما في الصورة الثانية فانه لما
ابتدأ من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح لانه من معلوم الى مجهول
والعلم به شرط وهو مذهب ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه وفيه رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه
حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس م ولو مات الخصم شـ يعني لو مات المدعى عليه قبل
وصول كتاب القاضي الى القاضي م ينفذ الكتاب شـ اي ينفذ القاضي المكتوب اليه الكتاب م على وارثه
شـ اي وارث الخصم م لقيامهم شـ اي لقيام الورثة م مقامه شـ اي مقام الخصم م ولا يقبل كتاب القاضي الى
القاضي في الحدود والقصاص شـ وبه قال الشافعي في قول وفي قول آخر يقبل وبه قال مالك واحمد
لان الاعتماد على الشهود قلنا م لان فيه شـ اي في كتاب القاضي م شبهة البدلية شـ لان المكتوب اليه صار
جزؤه لا عن الكاتب لا نائبا بشاهد الشهادة م فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما شـ فلا يقبل
ما يسقط بالشبهات م ولان مبناها شـ اي مبنى الحدود والقصاص م على الاسقاط وفي قبوله شـ اي
وفي قبول كتاب القاضي الى القاضي فيهما م سعي في اثباتها شـ فلا يجوز والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل آخر

شـ اي هذا فصل آخر متعلق بمعنى في هذا الباب فصل قبل
هذا حتى يقول فصل آخر وصاحب [illegible] ان هذا فصل آخر في كتاب ادب القاضي لانه تقدم فصل في الحبس وهذا
فصل آخر م ويجوز قضاء المرأة في كل شيء شـ وقال الشافعي ومالك واحمد لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل
غير اهل للحضور مع الرجال ومحافل الخصومة م الا في الحدود والقصاص شـ مجمع عليه في عدم الجواز
اعتبارا بشهادتها شـ اي قياسا على شهادتها فان شهادتها جائزة م وقد مر الوجه شـ اي من وجه هذا في اول
ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة
يكون اهلا للقضاء وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل القضاء في غيرهما وقال الاكمل

وقيل اراد به ما هو من قبيل تخطوط (?) من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية
لا تعتبر فيها شهادتها لذلك وقضاؤها ، وهما مستفاد من شهادتها انتهى وقال تاج الشريعة قوله وقد مر
الوجه اي في كتاب الحدود وان فيها شبهة البدلية قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين الاية م وليس للقاضي
ان يستخلف في القضاء الا ان يفوض اليه ذلك اي الاستخلاف وبه قال الشافعي ومالك واحمد ولو اذن في
الاستخلاف يجوز بلا خلاف ولو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف ولو ولاه وسكت عن الاذن والنهي فعندنا
لا يجوز وبه قال الائمة الثلاثة وعن الاصطخري من اصحاب الشافعي يجوز اذا ولاه في عمل لا يقدر ان يتولاه
بنفسه م لانه شـ اي لان القاضي م قلد القضاء شـ اي القضاء م دون التقليد به شـ اي حكم هذا م
فصار كتوكيل الوكيل شـ فان الوكيل لا يملك الا اذا فوض اليه ذلك لان مطلق التفويض ليس باذن للاستخلاف
بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه شـ اي حيث يجوز له الاستخلاف وان لم يؤذن له بذلك
م لانه شـ اي لان اداء الجمعة م على شرف الفوات لتوقته شـ اي لتوقت اداء الجمعة م بوقت تفوت الاداء
بانقضائه شـ ولان الموانع من اقامتها من المرض والحدث في الصلوة وغيرهما قد يعتري به شيء من ذلك مع
ضيق الوقت ولا يمكن انتظار الامام الاعظم لانها لا تحتمل التاخير عن الوقت م فكان الامر به شـ اي باداء الجمعة
م اذنا بالاستخلاف دلالة شـ اي من حيث الدلالة وان لم يكن صريحا لكن انما يجوز ذلك اذا كان ذلك الخير (?)
مع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز
لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بمن افسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة لم
يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة الاول التحق بمن شهد الخطبة م
ولا كذلك القضاء شـ اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت يفوت بالتاخير عند العذر م ولو قضى
الثاني شـ يعني لو استخلف القاضي بدون الاذن من الامام وقضى هذا النائب كيف يكون حكمه قال المصنف
ولو قضى الثاني شـ اي ولو حكم نائبه الذي ولاه م بمحضر من الاول شـ وهو القاضي المولى من الامام م او
قضى الثاني شـ وهو النائب م بغير غيبة المستنيب م فاجاز الاول شـ وهو القاضي المستخلف م جاز شـ
اذا كان من اهل القضاء م كما في الوكالة شـ فان الوكيل اذا لم يأذن له الموكل بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول
واجازه الاول جاز م وهذا شـ اي وجه الجواز م لانه شـ هذا يصلح ان يكون دليلا للمسالتين اما في هذه
المسألة فلانه شـ اي فلان الخليفة م حضره راي الاول شـ اي راي القاضي الاول الذي ولاه الخليفة وقت نفوذ
لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي او اجازه قضاء حضره راي القاضي فيكون راضيا به واما
في الوكالة فسيجيء في كتابها ان شاء الله تعالى فان قيل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في
الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقاء اسهل من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء
قضاء لم يحضره راي القاضي وكان رضى الخليفة بتولية القاضي معتبدا (?) به م وهو الشرط شـ اي حضور راي
الاول هو شرط الجواز م واذا فوض اليه يملكه شـ اي اذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له ان
يولي غيره م فيصير الثاني نائبا عن الاصيل شـ اي فيصير النائب الذي ولاه القاضي المفوض اليه نائبا عن
الخليفة م حتى لا يملك الاول عزله شـ اي القاضي الاول لا يملك عزل القاضي الذي هو نائب القاضي المولى من
جهة الخليفة لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك القاضي المستنيب عزله وقال الشافعي واحمد
يملك عزله لانه نائبه قضاء كتوكيله قلنا انه صار قاضيا من جهة الخليفة الا ان يقول له الخليفة ول من شئت
او استبدل من شئت فصار كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برايك صح توكيله على الموكل وصار الثاني وكيل
الموكل حتى لو مات الموكل انعزل الاول والثاني ولو مات الاول لا ينعزل وكيله فكذا اذا عزل الاول م واذا
رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه شـ اي نفذه م الا ان يخالف الاجماع شـ كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات
م او الكتاب شـ كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه يخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه م او السنة شـ اي او السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول
على مذهب سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير فان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة
م بان يكون قولا لا دليل عليه شـ متعلق بقوله يخالف الاجماع وهكذا وقع لفظ الاجماع مقدما على ذكر الكتاب
والسنة والنسخة الصحيحة هكذا الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع ثم قوله بان يكون قولا لا
دليل عليه بيان المخالفة الاجماع كما اذا قضى على الدين سنون بحكم بسقوط الدين عن عليه لتاخير المطالبة فانه

لانه ليس شرعيا على ذلك وعلى النسخة الاولى يكون قوله بان يكون تعليلا للاستثناء فكانه يقول عدم
تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا لا دليل عليه م وفي الجامع الصغير وما
اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك ش اي غير ما قضى به الاول اعاد لفظ
الجامع بهذا اللفظ لان فيه فائدتين احدهما انه قيد بالفقهاء لان القاضي اذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد
لم ينفذ قضاؤه وعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه لهذا ذكر في فصول الاستروشني محالا الى الجامع
وفي الذخيرة لا ينفذ المرفوع اليه على قول العامة والفائدة الثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك نفي رواية
العدوي لم يتعرض بذلك فيحمل الا على انه امضاه فيما اذا كان راي القاضي موافقا لحكم الاول فاذا كان مخالفا
لا يمضيه والبات رواية الجامع بان ذلك الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان يوافق رايه او يخالفه
لان الحكم لاقى محلا مجتهدا فيه ولا ينقض باجتهاد اخر وقد صح عن عمر رضي الله عنه انه قلد القضاء ابي الدرداء رضي الله عنه
بعد كرم استعماله فاختصم الى ابي الدرداء رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فسأله
عن حاله فقال قضى علي فقال عمر رضي الله عنه لو كنت مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضاء
فقال عمر رضي الله عنه ليس هنا نص والراي مشترك ويروى ان عمر رضي الله عنه استعمل زيد بن ثابت رضي الله
عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر احد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي والي في كرم وعن عمر انه قضى في حادثة
بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فسئل عن ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي م والاصل ش اي الاصل
تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة م ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ش وفي بعض
النسخ محلا مجتهدا فيه م ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول ش في ان كلا منهما يحتمل الخطأ
وقد ترجح الاجتهاد الاول باتصال القضاء فلا ينقض بما هو دونه ش في درجة وهو ما لم يتصل القضاء به فلو قضى في
المجتهد فيه مخالفا لرايه ش حال كونه م ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان
وفي بعض النسخ فعند ابي حنيفة روايتان في رواية لا ينفذ وبه يفتي شمس الائمة الاوزجندي لانه زعم فساد
قضائه فيعامل في حقه بزعمه وفي رواية ينفذ وبه يفتي الصدر الشهيد المرغيناني واشار الى وجه هذا القول
م وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين لان كل مجتهد لا يقطع القول بان الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه
بل لا يحتمل عنده تعيين الصواب فيما اتصل به القضاء حملا لامر القضاء على الصواب وذكر في الذخيرة
الاختلاف في نفاذ القضاء وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء م وعندهما ش اي عند ابي
يوسف ومحمد م لا ينفذ في الوجهين ش اي النسيان والعمد وبه قال الشافعي ومالك واحمد م لانه قضى بما هو
خطأ عنده ش فيعامل بزعمه قال المصنف م وعليه الفتوى ش لانه زعم فساد قضائه والمرء مؤاخذ بزعمه
كذا في المحيط وذكر في الصغرى الفتوى على قول ابي حنيفة في نفاذ القضاء على خلاف المذهب وفي فتاوى ظهير الدين
استحق للسلطان ان يتعرض لذلك م ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا للسنة لما ذكرنا ش من الكتاب والسنة
المشهورة والاجماع م والمراد بالسنة المشهورة ش الرفع لانه خبر لقوله والمراد اي المراد من السنة ليس مطلق
السنة بل السنة المشهورة م منها ش اي من السنة والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف
فيه السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج
امراة الاب وجاريته ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه م وفيما اجمع
عليه ش اي في الذي اجمع عليه الجمهور اي جمهور العلماء اي اكثرهم وجلهم م لا يعتبر بمخالفة البعض
ش اي بعض العلماء فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع فينقضه من رفع
اليه قال الاكمل نقلا عن السغناقي وينبغي ان يحمل كلام المصنف هنا على ما اذا كان الواحد المخالف
ممن لم يسوغ اجتهاده وذلك كقول ابن عباس في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه
احد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا
سوغ له فلا لانه لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس
بالجمع من الاخوة وفي اعطاء ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا
هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف فلا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل ليس مانعا لانعقاد
لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء م وذلك ش اي مخالفة البعض لما اجمع عليه الجمهور م خلاف ش اي مخالفة
للاكثر م وليس باختلاف ش لم يذكر احد الفرق فيما وقفت عليه من الشروح والفرق بينهما ان الاختلاف

ان يكون الطريق مختلفا والمقصد واحد كخلاف الشافعي والخلاف هو ان يكون الطريق مختلفا والمقصود
مختلفا فافهم فانه دقيق م والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول ش وهم الصحابة رضي الله عنهم وفي الذخيرة
والاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي وقع بعدهم
قال فيها اذا حكم حاكم حنفي او مالكي برايه بما خالف راي من تقدم عليه من الصدر الاول ثم رفع ذلك
الى حاكم يرى بذلك كان له ان ينقضه م قال ش قال محمد في الجامع الصغير م وكل شيء قضى به القاضي
في الظاهر ش اي فيما بيننا م بتحريمه فهو في الباطن ش اي عند الله م كذلك ش اي حرام م عند ابي حنيفة رضي الله
عنه ش ومن صورة التحريم اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت بينة كاذبة وقضى القاضي بالفرقة
وتزوجت باخر بعد انقضاء العدة فعلى قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا لا يحل للزوج الاول وطؤها
ظاهرا وباطنا ويحل للثاني ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال او لا وعلى قول ابي يوسف اخرا ومحمد والشافعي ومالك
واحمد لا يحل للثاني وطؤها اذا كان عالما بحقيقة الحال ومن صورة التحريم ايضا صبي وصبية سبيا وهما
صغيران فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما الاخر فجاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه فالقاضي يقضي
بينهما ويفرق بينهما فان رجع الشهود او تبين انهم زور لا يسع للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ
ظاهرا وباطنا وكذا عند محمد لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود م وكذا اذا قضى ش القاضي م باحلال
م يعني اذا قضى القاضي باحلال شيء في الظاهر فهو في الباطن كذلك ومن صوره رجل ادعى على امراة
نكاحا وهي تجحد فاقام عليها شاهدين زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل للمراة التمكين
منه عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الاول وعند محمد وابي يوسف في قوله الاخير وزفر والائمة
الثلاثة لا يحل لهما ذلك م وهذا ش اي الذي ذكرناه م اذا كانت الدعوى بسبب معين ش كنكاح وبيع
وطلاق وعتاق لا في الاملاك المرسلة مثل ان يدعي الملك ولم يذكر السبب فان الحكم فيها بشهادة الزور
لا ينفذ باطنا بالاجماع ومن صور البيع ما اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور وسواء كانت الدعوى من
جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من جهة البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية
فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا م ولا يقضي القاضي على غائب ش ولا يقضي له ايضا عندنا م
الا ان يحضر من يقوم مقامه ش مثل وكيل الغائب او وصيه م وقال الشافعي يجوز ش اذا كان غائبا عن البلد
او عن مجلس الحكم اذا كان مستترا في البلد قولا واحدا وبه قال مالك واحمد ولو كان غائبا عن مجلس الحكم
غير مستتر في البلد قولان اصحهما انه لا يحكم بدون حضوره وبه قال مالك واحمد اذ في المستتر يضيع
الحقوق وفي غيره لا والثاني انه يجوز م لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ش فيجب للقاضي العمل بمقتضاها
م ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ش لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم
على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق
لا حاجة اليها م ولا منازعة دون الانكار ش يعني لا تكون المنازعة الا بالانكار م ولم يوجد ش فان قيل
قد عملت بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح
اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه حق كذا في المبسوط والاسرار والذخيرة فان قيل وقف
الحكم الى حضور المدعى عليه بعد ثبوت المدعى غير مفيد لان المدعى عليه لو حضر فاما ان يقر او ينكر فعلى الوجهين
كان الدعوى لازمة عليه قلنا بل هو مفيد لانه يحتمل ان يطعن في البينة ويثبت طعنه بالحجة ويحتمل انه
سلم الدعوى ثم ادعى الاداء الى المدعي ويثبت بالحجة م ولانه ش دليل اخر على المطلوب اي ولان الشان
يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء ش على الحاكم م لان احكامهما ش اي احكام القضاء
بالبينة والاقرار م مختلفة ش فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر
في الزوائد المتصلة والمنفصلة فان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه
ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة بخلاف الاقرار فانه حجة قاصرة
لانعدام الولاية على الغير م ولو انكر ش المدعى عليه م ثم غاب فكذلك ش يعني لا يقضي القاضي في غيبته
لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء ش لان البينة انما تظهر حجة بالقضاء وبقاء شرط وهو محتمل هنا
وفيه ش اي وفي الوجه م خلاف ابي يوسف ش فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء
والثابت لعدم عينيته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات فان قلت

احتج الشافعي بقوله عليه السلام البينة على المدعي فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة زيادة عليه وبما
قالت هند يا رسول الله ان ابا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال عليه السلام خذي من ماله ما
يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه وهو غائب قلت حجتنا عن قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه
لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر فانك لا تدري بما تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن
واما قوله عليه السلام البينة على المدعي فدليلنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في
حق المدعي لانه حاصل بقوله ولا في حق القاضي لانه حاصل بقول المدعي اذا لم يكن له منازع انما الحاجة الى البيان
في حق الخصم الجاحد وذلك لا يكون الا بحضوره واما الجواب عن حديث هند فهو انه عليه السلام
كان عالما باستحقاق النفقة مثل ابي سفيان الا ترى انها لم تقم البينة وقيل كان هذا فتوى وليس بحكم
م ومن يقوم مقامه ش لما ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك بقوله
ومن يقوم مقامه ش اي مقام المدعى عليه الغائب ولا يخلو هذا الا ان يكون م قد يكون بانابته ش كوكيله
م او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي ش قيد به احترازا عن المسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف
الروايتين ذكره في الذخيرة وتفسير المسخر ان ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع القاضي الخصومة عليه
ولكنا لو احضر المدعي رجلا غير الخصم ليسمع القاضي الخصومة عليه والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة
عليه ولا على المسخر وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يبعث من امنائه
الى باب داره وينادي على باب داره ويقال احضر مجلس الحكم والا نحكم عليك اما في غير ذلك الموضع
فلا م وقد يكون حكما ش هذا عطف على قوله قد يكون بانابته اي قد يكون من يقوم مقامه حكما م بان
كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر ش اي يكون سببا لا محالة اما اذا كان سببا في وقت
دون وقت لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلني ان احملك
اليه فقالت قد طلقني ثلاثا وبرهنت قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب
حتى لو حضر الغائب وانكر الطلاق فاعادت البينة واما صورة كون ما يدعى سببا على الغائب سببا لما يدعيه على
الحاضر فكثيرة منها رجل اقام بينة على آخر ان هذه الدار له اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وذو اليد
غصبها منه وهو منكر قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب حتى لو حضر الغائب وانكر البيع لا
يلتفت الى انكاره لان الشراء من المالك سبب لما يدعي على الحاضر فصار الحاضر كالوكيل عن الغائب فصار
كانكار الغائب م وهذا ش اي ما يدعى على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر م في غير صورة من
الكتب ش ولهذا قال شيخ الاسلام وتفسير ذلك في مسائل منها ما ذكرناه الان ومنها اذا ادعى
على رجل انه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق فبرهن انه ذاب له على فلان
الف درهم فانه يقضي بها ومنها ما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذو اليد ما اشتريتها
من احد والدار داري فبرهن المدعي انه اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانه شفيعها يقضي بالشراء
في حق ذي اليد والغائب جميعا م اما اذا كان شرطا ش يعني اما اذا كان ما يدعى على الغائب شرطا لحقه
ش اي لحق المدعي على الغائب كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف
عليه ان فلانا طلق امرأته واقامت على ذلك بينة فلا تقبل هذه البينة ولا يقضى عليه بوقوع الطلاق اشار
اليه بقوله م فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب ش وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب
لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال فخر الاسلام وشمس الاسلام الاوزجندي
البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان المدعى كما يتوقف على السبب يتوقف
على الشرط فان قيل لو قال لها ان دخل فلان الدار فانت طالق فاقامت المرأة البينة انه دخل
وفلان غائب كانت البينة صحيحة الجواب انما صحت هناك لانه ليس فيها ابطال حق الغائب
فلا يكون قضاء على الغائب م وقد عرف تمامه ش اي تمام هذا المذكور من المسالة م في الجامع ش الصغير
م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ويقرض ش من الاقراض اي الاقراض الصادر المحمود وفاعل م القاضي
اموال اليتامى ش قال صاحب الشريعة اي الى الثقات والثقة المليء الحسن المعاملة وفي الاقضية انما يملك
القاضي الاقراض اذا لم يحصل غلة لليتيم اما اذا وجد فلا يملك هكذا روي عن محمد رحمه الله م ويكتب ذكر
الحق ش اي يكتب كتابا وهو الصك لاجل ذكر الحق وهو الاقراض م لان في الاقراض ش اي في اقراض

اموالهم مصلحتهم ش اي مصلحة اليتامى م لبقاء الاموال محفوظة ش فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ
بنفسه م مضمونة ش لان بالقرض تصير الاموال مضمونة فيقرض بخلاف الوديعة فانه وان حصل الحفظ
بها فليست بمضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب
المصنف عن هذا بقوله م والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له م والكتابة ليحفظه ش اي ليحفظ
القاضي الكتابة ويعني البيان بها م وان اقرض الوصي ش اي مال اليتيم م ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج
ش فيبقى مخافة التوى وان كان الحفظ والضمان موجودين م والاب ش في اقراض مال الصغير م
بمنزلة الوصي حيث لا يجوز له الاستقراض م في اصح الروايتين ش وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر
الشهيد والعتابي م لعجزه ش اي لعجز الاب م عن الاستخراج وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية
الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه لا يعجز منه
بان يجحده وان اخذ الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك

باب التحكيم

ش اي هذا باب في بيان التحكيم وهو مصدر من حكم
بالتشديد يقال حكمه اي فوض اليه الحكم وهو ايضا من انواع القضاء الا انه اخر ذكره لان حكمه ادنى
حالا من حكم القاضي ولهذا اذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينهى اليه ابطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود
والقصاص بخلاف حكم القاضي ويجوز حكم القاضي في رضى الخصم بذلك ام لا ولا يجوز حكم الحكم الا برضى الخصمين
وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها
فلما جاء التحكيم بين الزوجين دل ذلك على جوازه في سائر الخصومات واما السنة فما روى ابو شريح انه قال
يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء اتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه السلام ما احسن
هذا رواه النسائي واما الاجماع فان الصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم م واذا
حكم رجلان رجلا وحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما على انفسهما ولاية فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما ش الا انه
لا ينفذ على غيرهما حتى لو طعن المشتري بعيب فحكم هو والبائع رجلا فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع ان يرده على
بائعه ولو اصطلح البائع الاول والثاني والمشتري جميعا على حكمه رده على البائع الاول استحسانا والوكيل
بالبيع اذا طعن المشتري بعيب فاصطلحا على حكم ورده بعيب لا يحدث مثله على الآمر في رواية وفي رواية
جاز عليه دون الموكل وان كان عيب يحدث مثله يلزم البائع الا اذا حكماه برضى الموكل كذا في المحيط م وهذا
ش اي وهذا الذي ذكرناه انما يصح م اذا كان المحكم ش بتشديد الكاف المفتوحة بصفة الحاكم المولى
م لانه ش اي لان المحكم م بمنزلة القاضي فيما بينهما ش اي فيما بين المحكمين واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع
الفرق بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانهما يجوزان في القضاء
دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود قطع المنازعة
والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض م فيشترط اهلية القضاء ش هذا
نتيجة قوله لانه بمنزلة القاضي فلذلك ذكره بالفاء ان شرط اهلية القضاء وقت التحكيم ووقت
الحكم حتى لو حكما عبدا ثم اعتق او صبيا ثم بلغ او ذميا فاسلم وحكم لا ينفذ حكمه كما في المولى وكذا لو كان مسلما
وقت التحكيم ثم ارتد وكذا على العكس في الكل لا ينفذ حكمه كذا في المغني والمحيط م ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد
والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي ش هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا كله من اضافة
المصدر الى المفعول لانه لو جعل من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل يتغير حكم المسالة فان ذلك جائز وفي
المغني يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر وتحكيم الذمي لا يجوز بين المسلمين اما لو كان الذمي حكما
فيما بين الذميين يجوز لانه من اهل الشهادة بين اهل الذمة دون المسلمين م لانعدام اهلية القضاء ش اي في
المذكورين م اعتبارا باهلية الشهادة ش اي لاجل الاعتبار باهلية الشهادة فانهم ليسوا اهل الشهادة
والقضاء مبني عليها م والفاسق ش مبتدأ م اذا حكم ش على صيغة المجهول بتشديد الكاف م يجب ان يجوز
ش عند المشايخ م عندنا ش خلافا للشافعي م كما مر في المولى ش اي في القاضي الفاسق المولى في اول كتاب
ادب القاضي يعني اذا حكم الفاسق ينبغي ان يجوز قضاؤه على الفاسق لو ادى القضاء لكن ينبغي ان لا يولى الفاسق
القضاء وكذا لا يحكم الفاسق وقد مر الكلام مستوفى هناك م ولكل واحد من المحكمين ش بتشديد الكاف
المكسورة وفتح الميم م ان يرجع ما لم يحكم ش اي المحكم م عليهما ش لي على المحكمين م لانه ش اي لان الحكم م مقلد

ش بفتح اللام المشددة م من جهتهما ش اي من جهة المحكمين م فلا يحكم الا برضاهما جميعا ش وبه قال الشافعي في قول
ومالك في رواية واحمد في وجه م واذا حكم ش اي المحكم م لزمهما ش اي لزم المحكمين ما حكم به م لصدور حكمه
ش اي حكم المحكم م عن ولاية عليهما ش وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد وعن الشافعي لا بد من تراضيهما
بعد الحكم وهو اختيار المزني م واذا رفع حكمه ش اي حكم المحكم م الى القاضي فان وافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة
في نقضه ش اي في نقض القاضي حكم هذا المحكم م ثم في ابرامه ش اي في حكمه قطعا م على ذلك الوجه ش اي الوجه
الذي حكم به المحكم وفائدة امضاء الحاكم حكم المحكم انه لو رفع الى حاكم مخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم
يمضه لتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه م وان خالفه ابطله ش اي وان خالف حكم المحكم مذهب الحاكم الذي
دفع اليه ابطل حكم المحكم م لان حكمه ش اي حكم المحكم م لا يلزمه ش اي لا يلزم الحاكم م لعدم التحكيم منه ش اي من
المحكم بخلاف حكم الحاكم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز
لقاض اخر ان يرده وعند مالك وابن ابي ليلى حكم المحكم في المجتهدات نافذ كالمولى فلا يبطله وان خالفه
الا ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم م ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ش هذا مذهب الخصاف
فانه قال التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره القدوري في مختصره وكذلك اختاره المصنف
والمراد بالحدود التي هي الواجبة حقا لله تعالى واما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت الروايات
فيهما فقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي من اصحابنا من قالوا انما لا يجوز هذا في الحدود الواجبة لله
تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى واما في القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم لان
الاستيفاء اليهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد وعن ابي حنيفة لا يجوز وقال
الشافعي لا يجوز في غير الاموال ويجوز في الاموال وما في معناها وبه قال مالك حتى لا يجوز في حد ولا لعان
ولا في قصاص وقذف ولا طلاق او عتاق او نسب او ولاء لانها مبنية على الاحتياط فيتعين القاضي المولى له
م الحدود م لانه لا ولاية لهما على دمهما ش هذا دليل القصاص من قبل القدوري ودليل الحدود اي لان الشان لا ولاية
للمحكمين على دمهما م ولهذا لا يملكان الاباحة ش ولو علل المصنف بمثل ما علل غيره لان حكم الحكم ليس بحجة
في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات لكان اشمل م قالوا ش اي المشايخ
من المتأخرين م تخصيص ش القدوري م الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ش
كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عند اصحابنا لكن مشايخنا امتنعوا من هذه الفتوى
وقالوا يحتاج الى حكم المولى كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام لذا ذكره الصدر الشهيد في ادب
القاضي وفي الذخيرة وفتاوى العتابي يجوز حكم الحكم في اليمين المضافة لكن لا يفتى كيلا يتجاسر الناس وقال
شمس الائمة الحلواني مسالة حكم الحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام الاستاذ
ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا م وهو
صحيح ش اي التحكيم في سائر المجتهدات صحيح لانه هو الظاهر عن اصحابنا م الا انه لا يفتى به ويقال ش عند السؤال
م يحتاج الى حكم المولى ش اي القاضي المولى م دفعا ش اي للدفع م للتجاسر من العوام ش يعني ما ذكرناه م فان حكماه
ش اي فان حكم المحكمان الحكم م في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له ش اي للحكم م عليهم
ش اي على العاقلة م لعدم التحكيم من جهتهم ش وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين م ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده
القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه ش اي لان حكم الحكم على القاتل م مخالف لرايه ش اي لراي القاضي م و
مخالف للنص ش وهو حديث حمل بن مالك فقوموا فدوه كما سياتي في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى م الا اذا
ثبت القتل باقراره ش هذا استثناء من قوله رده القاضي اي رده القاضي قضاه بالدية في ماله الا اذا
ثبت القتل باقرار القاتل فحينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل م لان العاقلة لا تعقله ش اي لا تعقل الاقرار
ولا الصلح ولا العمد م ويجوز ان يسمع ش اي الحكم م البينة ويقضي بالنكول ش هذا لفظ القدوري وقال
المصنف م وكذا بالاقرار لانه ش اي لان كل واحد من سماع البينة والقضاء بالنكول او بالاقرار م حكم يوافق الشرع
ش لان ليس الحكم الا بواحد من هذه الاشياء م ولو اخبر ش اي المحكم م باقرار احد الخصمين ش بان قال لاحدهما اعترفت
عندي لهذا بكذا م او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي بينة عليك لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك
هذا وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى
القاضي ينفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك م وهما ش اي والحال ان المحكمين م على تحكيمهما بعد ش اي قول

لان الولاية قائمة ش فيملك الانشاء الحكم ويملك الاخبار ببعض الاشياء م وان اخبر الحكم ش بان يقول
حكمت عليك لهذا بكذا م لا يقبل ش اي قوله م لانقضاء الولاية ش لانه لما تكلم صار معزولا ولا
قوله اي حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا لا يقبل قوله كما هاهنا م وحكم الحاكم لابويه
وولده وزوجته باطل والمولى ش اي القاضي المولى م والمحكم ش اي الذي جعل حكما م فيه ش اي في بطلان
الحكم م سواء وهذا ش اي بطلان الحكم م لانه ش اي لان الشان م لا تقبل شهادته ش اي شهادة الحاكم م
لهؤلاء ش اي للوالدين والولد والزوجة م لمكان التهمة ش وهو ظاهر م وكذلك لا يصح القضاء عليهم بخلاف
ما اذا حكم عليهم لانتفاء التهمة ش وهذا ايضا ظاهر م فكذا القضاء ش اذا قضى عليهم م ولو حكما رجلين لا بد من
اجتماعهما ش حتى لو حكم احدهما ولم يحكم الاخر لا يجوز م لانه ش اي لان التحكيم م امر يحتاج فيه الى الراي ش
لان راي الواحد ليس كراي الاثنين ولا يصح قضاؤه على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى لو شهد على
ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه والله اعلم بالصواب
وفي المحيط ولو حكما حرا او عبدا فحكم لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا يحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب
ابطل حكمه عليهما ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر
القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام ولو حكم لا يجوز الا ان يجيزه القاضي بعد الحكم او يتراضى به الرجلان
بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعد ذلك جاز وليس للحكم ان يفوض
التحكيم الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بغير رضاهما فاجاز الاول لم يجز الا ان يجيزه بعد الحكم وفي السول ينبغي
ان يجوز كالوكيل الاول اذا اجاز بيع الوكيل الثاني ولو حكما احدهما لاحدهما ثم حكما اخر ينفذ حكم الاول ان كان
ما عنده والا ابطله وكتاب الحكم الى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي اليه ولا يعمل الحكم بكتاب قاض الا اذا رضي
الخصمان م مسائل شتى ش اي هذه مسائل شتى م من كتاب القاضي ش اي مسائل متفرقة
متعلقة بكتاب القضاء واصل شتى من شت الامر يشت شتا اذا تفرق وقال الله تعالى من نبات شتى اي متفرقة وجاؤا
اشتاتا اي متفرقين ويوم شتى واشياء شتى وقال الله تعالى ان سعيكم لشتى اي ان عملكم لمختلف وفي تفسير
النسفي ان اعمالكم لمختلفة وقد جرت عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسائل في اواخر الكتاب استدراكا
للفائت ويترجمون بقولهم مسائل متفرقة او بقولهم مسائل شتى او بقولهم مسائل منثورة قال الاترازي
وكان القياس على هذا ان يذكر صاحب الهداية مسائل هذا الفصل في اخر كتاب ادب القاضي انتهى قلت
الذي ذكره صاحب الهداية هاهنا هو القياس لان كل بحث فيه مسائل شتى من الابواب والفصول من كتاب
ادب القاضي ومتعلقاته فافهم م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كان علو لرجل وسفل لاخر
فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ش اصل يتد يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة والوتد بفتح
الواو وكسر التاء وقال الجوهري الوتد بالكسر واحد الاوتاد وبالفتح لغة وكذلك الود في لغة من يدغم
يقول وتدت الوتد اتده وتدا واذا امرت قلت تد وتدك بالميتدة وهي المدق انتهى قلت
الوتد في لغة البلديين الخازوق وهو قطعة من الخشب او الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شيء او يربط
به شيء م ولا ينقب كوة ش قال الاترازي الكوة بفتح الكاف كذا في الديوان على وزن فعلة وفي المغرب
الكوة نقب البيت والجمع كوى وقد تضم الكاف في المفرد والجمع وتستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول
فيقال كوى النهر وقال الجوهري الكوة نقب البيت والجمع كواء بالمد وكوى ايضا مقصور والكوة بالضم
لغة وتجمع على كوى قلت الكوة تخش في الحائط عن نافذ من وراءها لحظ فاشى م وهذا ش اي الذي ذكر
من عدم جواز دق الوتد ونقب الكوة م عند ابي حنيفة ش وكذا لا يفتح بابا ولا يدخل جذعا فيه ولا يهدم
سفله ولذا لم يكن لصاحب العلو ان يحدث في بنائه ولا ان يضع عليه جذعا ولا كنيفا لم يكن م معناه ش اي
معنى قول محمد في الجامع ليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة م بغير رضا
صاحب العلو ش حاصله كما سيجي الان ان ابا حنيفة انما اراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر وقيل بل عند ابي حنيفة
الحظر اصل والاطلاق بعارض لعدم الضرر والاطلاق فيما لم يضر لصاحبه فان له ان يصنع ما لا يضر به بلا اتفاق
وانما الخلاف في حالة الاشكال انه يضر به ام لا فعند ابي حنيفة ليس له ذلك الا برضى صاحبه م وقالا ش
اي قال ابو يوسف ومحمد م يصنع ما لا يضر بالعلو ش لان التصرف حصل في ملكه م وعلى هذا الخلاف ش
المذكور بين ابي حنيفة وصاحبيه م اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه ش بيتا او يضع عليه جذعا نحو

ذلك م مثل ما حكي عنهما ش اي عن ابي يوسف ومحمد م تفسير لقول ابي حنيفة لا خلاف فيه ش قال بعض المشايخ في
شرح الجامع الصغير ان ابا حنيفة اراد بما منع ما فيه ضرر ظاهر فيكون متفقا عليه لان التصرف حصل في ملكه م
وقيل بينهم خلاف لان م الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق ش اي الاطلاق والنفوذ
فاذا اشكل ش ولم يعلم انه يضر ام لا م لا يجوز المنع ش لان الاصل الاطلاق في تصرف ملكه م والاصل عند ابي حنيفة
الحظر ش اي المنع م لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ش وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه م فصار
هذا كحق المرتهن والمستاجر ش في منع المالك عن التصرف في المرهون م والمستاجر والاطلاق ش اي اطلاق
التصرف م بعارض عدم الضرر فاذا اشكل ش بان لم يعلم افيه ضرر ام لا م لا يزول المنع على انه ش اي
مع ان التصرف م بعارض عدم الضرر فاذا اشكل ش بانه لم يعلم افيه ضرر ام لا م لا يزول المنع على انه ش اي مع ان
التصرف فيه م لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع عنه ش ولهذا لا يملك صاحب السفل
ان يهدم كل الجدار او السقف فكذا البعض قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقول ابي حنيفة قياس
وقال قاضي خان رحمه الله لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا او ما اشبهه وسعد برخامه
العلو له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وبه قال الشافعي ومالك واحمد الاصل
فيه قوله عليه السلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وفي الاقضية لو انهدم السفل يجبر صاحب السفل على البناء
وبه قال الشافعي في الجديد ومالك في رواية واحمد في رواية وقال ابو داود وابن ابي ليلى يجبر ويجبر صاحب العلو ان
شاء بنى السفل الى موضع علوه ثم بنى عليه ويمنع صاحب السفل عن السكنى فيه حتى يؤدي قيمة السفل والصحيح
انه تعتبر قيمته يوم البناء لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دار مشتركة فبنى احدهما بغير اذن صاحبه
لا يرجع على صاحبه بشيء وبه قال الشافعي في الاصح لان هنا غير مضطر الى البناء في نصيب شريكه لانه يمكنه ان
تقاسم الساحة ولهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار المشترك بعد انهدامه عندنا وبه قال الشافعي في قول
واحمد ومالك في رواية ولو كان البيت صغيرا فانهدم ولا يمكن قسمة الساحة لا يكون معتبرا في البناء وهكذا
نقول في الطاحون والحمام حتى لو انهدم بعضه رجع بحصة صاحبه عليه ولو انهدم كله فان امكن البناء
بعد القسمة يكون في البناء متطوعا والا لا كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله م قال ش اي محمد في الجامع الصغير
م واذا كانت زائغة ش اي سكة كذا قاله الكاكي وقال تاج الشريعة قوله زائغة اي سكة غير نافذة وفي تهذيب
الزائغة كوجهة سميت بذلك لزيغها من الطريق الاعظم وقال الاترازي الزائغة المحلة سميت بها لميلها
من طرف الى طرف من زاغت الشمس اذا مالت وفي تهذيب ديوان الادب الزائغة الطريق الذي حاد عن
الطريق الاعظم م مستطيلة ش اي طويلة من استطال بمعنى طال م ينشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة
ش اي الزائغة المتشعبة غير نافذة وكذلك الزائغة الاولى ايضا غير نافذة كما ذكر التمرتاشي والفقيه ابو الليث
حيث قال سكة طويلة غير نافذة وسكة اخرى عن يمينها او شمالها غير نافذة ولكن في اكثر الكتب لم يقيد الاولى
بكونها غير نافذة وتعليل الكتاب يقتضي ذلك وصورتها هكذا

م ليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى
ش اي السفلى م لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها
ش اي لان المرور لاهلها م خصوصا ش اي خاصة حتى لا يكون لاهل الاولى ش اي السكة الاولى م فيما بيع فيها
ش اي في السكة القصوى م حق الشفعة ش لان السكة لهم خاصة م بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة
ش وليست للسكان فيها خاصة م وقيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه ش اي لان الفتح م رفع جداره
ش وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم
يمنع م والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه ش اذا فعل ذلك
م عساه ش لعله يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ش ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع
م قال ش اي محمد م واذا كانت ش اي الزائغة القصوى م مستديرة قد لزق طرفاها ش يعني سكة لها
اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها فانثنى السكة والسكة غير نافذة م فلهم ان يفتحوا ش اي فلكل واحد منهم ان يفتح بابه
م لان لكل واحد منهم حق المرور فيها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها
ش بهذه الصورة

قال ش اي محمد م ومن ادعى في دار دعوى فانكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز ش مثلا اراد به
اذا كان المدعى به مقدارا معلوما كالثلث ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة لان الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت
الدعوى صحيحة واما اذا كانت فاسدة فلا يصح م وهي ش اي هذه المسالة م مسالة الصلح على الانكار ستذكرها ان
شاء الله تعالى ش والصلح على الانكار جائز عندنا خلافا للشافعي وبقولنا قال مالك واحمد م والمدعى به وان كان
مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا ش خلافا للشافعي وبقولنا قال مالك واحمد هذا جواب عما يقال
لم يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا
لا يصح دعواه اجاب المصنف بقوله والمدعى به الى اخره ثم علله بقوله م لانه ش اي لان المجهول م جهالة
في الساقط فلا تفضي الى المنازعة ش والاصل فيه ان ما يجب تسليمه يشترط العلم به لان الجهالة تفضي الى المنازعة
المانعة من التسليم والتسلم وما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه م على ما عرف ش اي في كتاب الصلح م قال ش
اي محمد في الجامع الصغير م ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت ش يعني انه سماها البتة م وسئل
البينة ش على دعواه م فقال ش اي المدعي م جحدني الهبة ش ولم يكن بينهم في حق الهبة م فاشتريتها
منه واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لم تقبل بينته لظهور التناقض فالتناقض يمنع صحة
الدعوى اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به ش اي بالشراء قبلها ش اي قبل الهبة اي قبل عقدها
م وان شهدوا به ش اي بالشراء بعدها ش اي بعد الهبة لوضوح التوفيق ش وهذا لانه يمكنه ان يقول
وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع فلا تناقض وفي الوجه الاول التوفيق غير
ممكن فيتحقق التناقض اذ لا يمكنه ان يقول وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منذ سنة وهذه المسالة
تدل على ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق واما اذا امكن فلا م ولو كان ادعى الهبة ثم اقام
البينة على الشراء قبلها ش اي قبل الهبة م وهو لم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم يقبل ايضا ذكره في بعض
النسخ ش اي في بعض نسخ الجامع الصغير ثم ذكر المصنف وجه عدم قبول البينة هنا للتناقض بقوله
م لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ش في ذلك الوقت م ودعوى الشراء ش قبل الهبة م رجوع
منه ش اي عن الاقرار للواهب م وبعد مناقضا ش فلا تقبل بينته م بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة ش
حيث تقبل بينته م لانه يقرر ملكه ش اي ملك الواهب م عندها ش اي عند الهبة فان قيل ينبغي ان لا تقبل
في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة اجيب بانه لما جحد الهبة فقد
فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما
فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا م ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ش
اي الآخر المخاطب م ان اجمع البائع ش اي ان قصد وعزم بقلبه وقيل ان يشهد لما انه على العزم بالقلب
م على ترك الخصومة وسعه ش اي حل له اي للبائع م ان يطأها ش اي الجارية وبه قال الشافعي في وجه واحمد
في رواية وقال زفر لا يحل وبه قال الشافعي في وجه لانه لما باعها فهي على ملك المشتري عالم ببيعها من البائع
اذ يقال لا فسخ م لان المشتري لما جحده اي البيع م كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به ش اي بالجحد م كما اذا
تجاحدا ش البيع لان الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة وبلفظ الرد وبجحودهما بان تجاحدا البيع لان الفسخ رفع
العقد من الاصل والجحود انكار من الاصل فيحصل احدهما مجازا عن الاخر م فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم
الفسخ ش بينهما الا ترى الى ما قالوا في شروح الجامع الصغير اذا قال لآخر اخرج من هذه الدار بكذا او دعك
هذا الثوب بكذا فاخذ الدار او الثوب وذهب به كان ذلك قبولا منه كذا هذا فان قيل لو كان قيام الجحود
والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز للمراة جحود النكاح والعزم على ترك الخصومة ان تتزوج
بزوج اخر فاجيب بانه تقوم مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل
ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع م ومجرد
العزم ش هذا جواب عما يقال الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه
على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب المصنف بقوله ومجرد العزم ش اي مجرد عزم الرجل م ان كان
لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل ش اي فقد اقترن العزم بالفعل م وهو امساك الجارية ونقلها ش اي نقل الجارية
من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه ش اي وما يشابهه من الافعال كالكسوة والعرض على البيع ه
والاستخدام لان امساك الجارية بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ دلالة كمن قال لآخر اخرجتك هذه الدابة بكذا

لهذا لنزكي المكان كما اذا اخذ المستاجر لنزكيه كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول
م ولانه ش دليل اخر اي ولان الشان م لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري ش لجحوده العقد م فات رضا البايع
ش وفواته موجب الفسخ لفوات ركن البيع م فيستقل بفسخه ش اي فيستقل البايع بفسخ العقد فيجعل
عزمه فسخا من الطرفين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول بناء على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من
جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البايع وفي الثاني مرتب على الفسخ من جانب البايع باستبداده
م ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ش اي بسبب من الاسباب من استقراض او ثمن سلعة او غصب
او وديعة م ثم ادعى انها زيوف صدق ش اي القول قوله مع يمينه م في بعض النسخ ش اي في بعض نسخ الجامع
الصغير م اقتضى ش اي لفظ اقتضى موضع قبض وهو اي لفظ اقتضى عبارة عن القبض ايضا لكن
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اقتضى وفي المبسوط اقر الطالب انه قبض مما له على فلان مائة ثم قال وجدتها
زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل وقوله في الكتاب ثم ادعى انها زيوف صدق محمول على هذا اي وصل
ام فصل وبه صرح المحبوبي في جامعه فقال هو مصدق وصل ام فصل وفي المبسوط في باب الاقرار بالدين
لو قال لفلان علي الف من ثمن مبيع الا انها زيوف او نبهرجة يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول
ابي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل ولا يصدق ان فصل ولو اقر بالمال غصبا او وديعة فقال هي نبهرجة
او زيوف صدق فصل ام وصل ولو قال على الف من غير ذكر التجارة والغصب فقال بعض مشايخنا هو على
الخلاف المذكور وقيل يصدق ههنا اذا وصل بالاتفاق وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا يقبل في
جميع الصور م ونبهرجة ش اي وكذا الحكم فيما ذكرنا من تصديقه م ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة
ولهذا ش اي ولكونها من جنس الدراهم لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز ش اذ لو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالا
وهو فيهما لا يجوز وذلك لعدم م والقبض لا يختص بالجياد ش هذا جواب عما يقال الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار
بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق فيقبضه لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم
يسمع منه فكذا هذا فاجاب بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة والزيوف له حق فيقبضه لانه دون
حقه والممنوع من القبض ما زاد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار
بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه م فيصدق لانه انكر قبض حقه ش لان
القول قول المنكر مع يمينه م بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه ش اي او اقر انه قبض حقه م او الثمن
ش اي او اقر انه قبض الثمن م او استوفى ش اي او اقر انه استوفى حيث لا يصدق م لاقراره بقبض الجياد صريحا
ش في قوله انه قبض الجياد م او دلالة ش في الثلاثة البقية م فلا يصدق ش لانه متناقض اما في الاول
فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا بقبض الجياد والاستيفاء عبارة
عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وقال السغناقي في النهاية جمع المصنف
بين هذه المسائل الاربع في الجواب انه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بقبض الجياد ثم ادعى انها
زيوف لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي يصدق موصولا ولا يصدق مفصولا ثم اطال الكلام فيه
م والنبهرجة كالزيوف ش اي في حكم التصديق اذا قال قبضت من فلان كذا درهما ثم ادعى انها نبهرجة يصدق
كما اذا قال انها زيوف م وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم ش وقال الكاكي ليس هذا الحكم
على الاطلاق فانه ذكر في المبسوط في الاقرار لو اقر انه قبض خمسمائة له على المديون ثم قال وجدت فيها رصاصا
لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة فان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من
الدراهم صورة وان لم يكن فيها معنى فكان بيانا لتغيير الظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا وكذلك في
الستوقة لان الرصاص ابعد من الستوقة في اسم الدراهم والحكم في الرصاص هكذا فيجب ان يكون كذلك في الطريق
الاولى حتى لو تجوز به فيما ذكرنا ش اي في الصرف والسلم م لا يجوز ش لانه ليس من جنس الدراهم ثم بين الزيوف
والنبهرجة والستوقة فقال بقوله م والزيوف ما زيفه بيت المال ش اي رده وفي المغرب زافت عليه دراهمه
اي صارت مردودة عليه لغش فيها م والنبهرجة ما يرده التجار ش وقال الكاكي النبهرج الدراهم التي
فضتها ردية وقيل التي فيها الغلبة للفضة وقد استعير لكل باطل ومنه بهرج دمه اذا ابطل والستوقة
ما يغلب عليها الغش ش وهو بالفتح اردأ من النبهرجة وفي الفوائد قال ابو نصر الزيوف هي التي الغش
والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه بالفضة وكان الفقيه ابو جعفر

يقول

يقول الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما بهرجه التجار والستوقة ما دسيه معرب وهو تعريب سه
توى المبسوط الستوقة كالفلوس فانه صفر مموه من الجانبين وقيل معرب سه طاقه اي الطاق الاعلى والاسفل
فضة والاوسط صفر م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ش اي المقر له
ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الالف درهم فليس له عليه ش اي على المقر م شيء لان الاقرار ش المعتبر
هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني ش وهو قوله بل لي عليك الف درهم م دعوى فلا بد من الحجة ش اي
البينة م او تصديق من خصمه ش حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا م بخلاف ما اذا قال اشتريت
ش مني هذا العبد م وانكر ش يعني المقر اي الشراء منه وانكر المقر له م له ان يصدقه ش بعد ذلك لان اقراره كان
كان محتمل الابطال لكن المقر لم يستقل بابطاله فلا ينفرد احد المتعاقدين بالفسخ وهو معنى قوله م لان
احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد ش يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته
م والمعنى انه ش اي ان الفسخ م حقهما فبقي العقد فعمل التصديق ش بخلاف الاول ش فان احدهما ينفرد بالاثبات
ينفرد الاخر بالرد واليه اشار بقوله م اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا ش اي الحكمان المذكوران وقال
الاكمل رحمه الله فلئن كان عزم المشتري على ترك الخصومة وجب ان لا يفيد التصديق بعد الانكار لان الفسخ قد
تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك
فان العزم والفعل كان دليل الفسخ ولم يستقر ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد
بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه والتوفيق بين
الكلامين صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا قال لما اقر المشتري في مكانه بالشراء
لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان
لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذا على الابراء ش يعني
تقبل البينة على القضاء وتقبل ايضا على الابراء م وقال زفر لا تقبل ش وبه قال ابن ابي ليلى م لان القضاء يتلو
الوجوب ش لانه تسليم مثل الواجب م وقد انكره فيكون متناقضا في دعواه ش وقبول البينة يقتضي دعوى
صحيحة م ولنا ان التوفيق لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه ش دفعا للخصومة والشغب م الا يرى ش توضيح
لما قبله م انه يقال قضى بباطل ش كما يقال قضى بحق م وقد يصالح على شيء ش بالانكار م فيثبت ثم يقضى ش
اي يودى والقضاء يجيء بمعنى الاداء قال الله تعالى فاذا قضيت الصلوة اي فاذا اديت ولهذا اذا قال
ش اي الرجل المخاطب عند دعوى المال عليه م ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ش لانه يعني ليس لك
شيء في الحال لاني قد قضيت حقك ولانك ابرأتني الا يرى انه لو صرح به يصح وهذا لانه نفي الحال فاذا
اقام البينة على المدعى به فالمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يصر متناقضا اصلا فالواو دلت
المسالة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسالة الكتاب بفصل دعوى
القصاص والرق فقال الا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على الابراء
او العفو او الصلح معه على مال قبلت ولو ادعى رقبة جارية فانكرت واقام البينة على رقبتها ثم اقامت
هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ادت اليه قبلت م ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل
بينته على القضاء وكذا على الابراء ش اي وكذا لا تقبل بينته على الابراء م لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين
اخذ وعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة ش فتعذر التوفيق فبطلت البينة م وذكر القدوري
ش اي عن اصحابنا م انه ش اي بينته على تاويل البرهان تقبل ايضا على القضاء م لان المحتجب ش اي الرجل
المحتجب وهو الذي لا يراه كل احد لعظمته وقال تاج الشريعة المحتجب الذي لا يتولى الامور بنفسه
م او المخدرة ش اي المرأة المخدرة وهي التي لا تعتادها البروز وحضور مجلس الحكم م قد يؤذى بالشغب
ش على بابه والشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين وقال الجوهري الشغب بالتسكين تهييج الشر
ولا يقال شغب م فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ش من حيث
انه عرفه بعد رضائه بلا معرفة وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير فعلى هذا لو كان المدعى
عليه يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته لانه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه وقيل تقبل البينة على الابراء في
هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن
ادعى على اخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة ش اي اقام المدعي البينة م على الشراء ش

منه م فوجد ش اي المشتري م بها ش اي بالجارية م اصبعا زايدة ش خص هذا العيب بالذكر لان العيب اخر لما اذ عيب
قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة م فاقام المدعي البينة انه بري اليه من كل عيب لم تقبل بينة البايع ش لان
التوفيق بين الكلامين متعذر م وعن ابي يوسف انها ش اي ان بينة البايع م تقبل ايضا ومذكرنا ش اراد به ما ذكره
في المسألة المتقدمة بان التوفيق ممكن ووجه التوفيق ههنا هو ان يكون البايع وكيلا من المالك في البيع مكان المالك
في قوله ما بعتها صادقا ثم المالك في دعواه البراءة من كل عيب لا يكون مناقضا م ووجه الظاهر ش اي ظاهر الرواية
م ان شرط البراءة ش عن العيب م تغيير للعقد من اقتضاه وصف السلامة الى غيره فليستدعي وجود البيع ش
لان الصفة لا تكون بدون الموصوف عين معقود عليه وقد انكره ش اي في الحال ان البايع قد انكر البيع م فكان مناقضا
ش لان دعوى البراءة تقتضي سابقة العقد فلا تسمع بينته م بخلاف الدين ش فان هناك تقبل بينة المطلوب على
القضاء والابراء بعد انكاره اصل الدين اذا التوفيق ممكن بان يقول ما كان لك على شيء قط غير اني دفعت المال
قطعا للخصومة والملامة فلما جحدت اثبته كما ذكره المحبوبي م لانه ش اي لان الدين م قد يقضي وان كان باطلا
على ما مر ش عند قوله لان غير الحق قد يقضي ويبرأ منه م قال ش اي محمد رحمه الله م ذكر حق ش كان باخر الام
اي كتاب اقرار بدين وقال الكاكي قوله ذكر حق اي صك يعني لو كتب ذكر اقرار على نفسه م ثم كتب في اسفله
ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله ش يعني من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق وله ولاية الطلب
ان شاء الله م او كتب في شراء ش يعني كتب ذكر اقرار م في شراء ش يعني في صك الشراء كتب في اخره وما ادرك فلان بن
الدرك م فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله ش يعني يبطل الصك كله حتى يبطل الدين
الذي فيه وتفسد الشراء وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكتب على نفسه ذكر
الحق فيكتب في اسفله ان شاء الله تعالى او يكتب الشراء فيكتب في اسفله فما ادرك فلانا من درك فعلى فلان
ان شاء الله قال ان شاء الله يبطل الدين ويفسد الشراء وهذا معنى قوله م وهذا عند ابي حنيفة ش يعني بطلان
الصك كله م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م ان شاء الله هو على الخلاص ش يعني قوله ان شاء الله ينصرف الى
قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم م وقولهما ش اي وقول ابي يوسف
ومحمد م استحسان ذكره ش اي ذكر محمد م في كتاب الاقرار ش من المبسوط م لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه
ش لان الصك يشمل على اشياء ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف الى الذي يليه م لان الذكر ش اي الصك يكتب
للاستيثاق م والتاكيد لا للابطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه م وكذا الاصل
في الكلام الاستبداد ش اي الاستقلال فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء
الى ما يليه والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا او اذا لم يكتب في اخره ان شاء الله والثاني مسلم والاول
عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد ما دام لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف
م وله ش اي ولابي حنيفة م ان الكل ش فيما نحن فيه م كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة ش بعضها على البعض م مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ش
فانه ينصرف الى الجميع ولا يلزمه شيء م ولو ترك فرجة ش اي موضع بياض قبل قوله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو
ولي ما فيه ان شاء الله م قالوا ش اي المشايخ م لا يلتحق ش اي قوله ان شاء الله حينئذ م به ش اي بجميع الصك
بل يلتحق بقوله ومن قام بذكر الحق م ويصير فاصل السكوت ش اي يصير تلك الفرجة كالسكوت في النطق
فان قيل ينبغي ان لا يكتب قوله ومن قام الى اخره لانه توكيل ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول
لا يعلم وكيلا قلنا الغرض من كتابته اثبات رضى المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة منه على قول
ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح وكونه توكيلا بمجهول لا يفسد فيصح لانه في
الاسقاط والاسقاطات يصح مع الجهالة كما في الصلح على الانكار وقيل هو للاحتراز عن قول ابن ابي
ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفة
فان ارضى بالوكالة المجهولة عنده لا تثبت فوجوده كعدمه قلت ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند
ابن ابي ليلى يجوز التوكيل بغير رضى الخصم مطلقا م
ش اي هذا فصل في بيان احكام القضاء بالمواريث وهو جمع ميراث اصله موراث
قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها وهو اسم لمثل الارث ولما كان الموت اخر احوال المرء ذكر الاحكام
المتعلقة بها اخرا م واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت

قبل موته فالقول قول الورثة ش هذه من مسائل الجامع الصغير وقال المصنف م وقال زفر القول قولها
وبه قال الشافعي م لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ش فيحصل موجودا بعد الموت لا قبله
ولنا ان سبب الحرمان المراة وهو اسلامها من ميراث زوجها النصراني م ثابت في الحال فيثبت فيما مضى
تحكيما للحال ش اي باستصحاب الحال وتحكيم الحال عند عدم دليل اخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق
كما في جريان ماء الطاحونة ش كان ابا مع المستاجر اذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه
تحكم الحال فان كان جاريا في الحال كان القول قول رب الطاحونة وان لم يكن جاريا كان القول قول المستاجر
وهذا ش اي تحكيم الحال م ظاهر ش نحن م نعتبره للدفع ش اي لدفع الاستحقاق وهنا الميراث م وهو
اي زفر م يعتبره للاستحقاق وفي بعض النسخ وما ذكره زفر يعتبره ش اي يعتبر الاستصحاب للاستحقاق
وبه قال الشافعي والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق م ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة
بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته فالقول قولهم ش اي الورثة
م ايضا ولا يحكم الحال ش اي لا يقال انها مسلمة في الحال فيكون مسلمة قبل موته فلا يحكم الحال لان تحكيمه
يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق م وهي محتاجة اليه ش اي الى الاستحقاق وهو لا يصلح لذلك وبه يتم
الدليل وقوله م اما الورثة فهم الدافعون ش اشارة الى معنى اخر وهو ان في كل مسألة منهما اجتمع نوعان مما
الاستصحاب اما في الاولى فلان نصرانيتها امراة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت
اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى الاصل فيه ان يبقى وهو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود
في الحال الاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى وهو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها
كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دفعا فكان القول قولهم واما في الثانية
فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فبالنظر الى النصرانية يقتضي بقاؤها الى ما بعد الموت
وبالنظر الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح
فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيد بظهر الاستدلال به وقوله م ويشهد لهم
ظاهر الحدوث ايضا ش دليل اخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل
ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهرا في المسألة الاولى معارضا للاستصحاب ف
يحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات
قال الاكمل ويتوقف بعض اجال يقول ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان
حجة للجميع معترفا به لما قضي بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال
به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر على الاجر من ثبوت العيب الموجب
لسقوط الاجر فاما العقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا الى ههنا كلامه ثم قال واعتبر هذا
واستغنى عما في النهاية من التطويل م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن مات وله في يد رجل اربعة
الاف درهم وديعة فقال المستودع ش اي الذي عنده الوديعة م هذا ابن الميت لا وارث له غيره فا
ش اي فان المستودع م يدفع المال اليه ش اي الى ابن الميت ش لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة ش
اي من حيث الخلافة عن الميت م فصار ش حكم هذا م كما اذا اقر ش اي المستودع م انه حق المورث ش بكسر
الراء وهو حي ش اي في الحال انه حق اصالة ش اي من حيث الاصالة م بخلاف ما اذا اقر ش اي المستودع
م لرجل انه وكيل المودع ش بكسر الدال م بالقبض او انه اشترى منه ش اي او اقر ان الرجل المقر له اشترى
عين الوديعة من المودع م حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع ش بكسر الدال م وهو حي ش
اي في الحال انه حي م فيكون ش اي اقراره م اقرارا على مال الغير ش فلا يصح لان اقراره حجة قاصرة عليه فلا
يصلح في حق الغير م ولا كذلك ش اي وليس الحكم كذلك م بعد موته ش اي بعد موت المودع م بخلاف المديون
اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض ش يعني اذا اقر المديون لرجل انه وكيل صاحب الدين بقبض الدين حيث يؤمر
بالدفع م لان الديون تقضى بامثالها ش لا باعيانها م فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ش ومن اقر
على نفسه يؤمر بالخروج عن عهدته م فلو قال المودع ش بفتح الدال م لاخر ش اي لشخص اخر م هذا ابنه
ايضا وقال الاول ش اي الابن الاول م ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول
انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ش اي الابن الاول م ابنا معروفا

ش لانه لا مزاحم له م لانه حين اقر للاول لا مكذب له ش لعينه لم يكن به احد م فصح ش اي اقراره م وحين اقر
للثاني ش اي للابن الثاني م له مكذب ش وهو الابن الاول م فلا يصح ش واعترض بان تكذيب غصبين بينهم
ان لا يوثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء
كالذي اقر بالمسلم الوديعة من القاضي بعد ما امر لغيره من اقر له القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كان الاقرار
الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار م قال ش اي القدوري م واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يوخذ
منهم ش اي من الغرماء م كفيل ولا من وارث ش اي ولا يوخذ ايضا كفيل من وارث م وهذا شيء ش اي اخذ الكفيل
شيء م احتاطه بعض القضاة ش وكان ابن ابي ليلى يفعل كذلك بالكوفة في قضائه م وهو ظلم ش هذا دليل
على ان المجتهد يخطي ويصيب ونص على ان الامام اسبق الايمة ابا حنيفة واصحابه براء من مذهب اهل الاعتزال
حيث قالوا كل مجتهد مصيب م وهذا ش اي عدم اخذ الكفيل من الغرماء والوارث م عند ابي حنيفة وقالا
ياخذ الكفيل ش اي لا يدفع المال اليهم حتى ياخذ الكفيل وبه قال الشافعي في قول واحمد وقال في قول
اخر لا يجب اخذ الكفيل بل يستحب وقيل ان كان الوارث ممن يحجب حجب الاملاء وقيل ان كان الوارث
مامونا لا يجب وان كان غير مامون يجب وقال الكاكي وهذا الدفع الى الوارث انما يصح اذا كان وارثا لا يحجب
بغيره وان كان يحجب بغيره لا يدفع اليه المال فاذا كان وارثا يختلف نصيبه ولا يحجب يدفع اليه اقل النصيبين
عند ابي يوسف وعند محمد اوفر النصيبين وبه قال الشافعي في وجه وقول ابي حنيفة يضطرب ذكره
الصدر الشهيد في ادب القاضي م والمسالة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم
له وارثا غيره ش قيد بقوله ولم يقل الشهود الى اخره لانه اذا قالوا ذلك يدفع اليه المال بلا اخذ كفيل
بالاتفاق وعند ابن ابي ليلى لا يثبت ارثه حتى يقول الشهود لا وارث له سواه ولا ياخذ الكفيل عنده في هذه
الصورة ايضا وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه يجب اخذ الكفيل في جميع الصور واذا شهدوا انه
ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي
يتلوم زمانا على قدر ما يرى ولم يقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان
لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن وان كان يحجب بغيره كالجد والاخ
فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف
والربع عند محمد والثمن عند ابي يوسف وقول ابي حنيفة مضطرب م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان
القاضي ناظر للغيب ش بضم الغين المعجمة وتشديد الياء جمع غايب م والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما
غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع ش القاضي م اللقطة ش الى رجل اثبت عنده انه صاحبه
فانه ياخذ منه كفيلا م والابق ش اي وكما اذا دفع العبد الابق الى صاحبه ش فانه ياخذ منه كفيلا احتياطا
م واعطى ش اي وكما اذا اعطى م امراة الغائب النفقة من ماله ش اي من مال الزوج بان كان عند انسان
وديعة يقر بها المودع ويقر ايضا بالنكاح فانه يفرض لها النفقة وياخذ منها كفيلا احتياطا م ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان حق الحاضر ثابت قطعا ش فيما اذا كان القاضي يعرف يقينا انه وارث للميت م او
ظاهرا ش فيما اذا لم يعرف القاضي وارثا اخر واحتمل وجود الاخر وعدمه فاذا كان الامر كذلك م فلا يوخر
ش اي حق الحاضر م لحق موهوم الى زمان الكفيل ش لان القاضي ليس مكلفا بالعلم بل بما ظهر عنده من الحجة فكان
العمل بالظاهر واجبا عليه م كمن اثبت الشراء ممن في يده ش بالبينة م او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه
لا يكفل ش اي المشتري او رب الدين مع احتمال شراء اخر ودين اخر فلو اخذ الكفيل بناء على هذا
الاحتمال يكون الادنى معارضا قبل الحجة الاعلى وانه لا يجوز م ولان المكفول له مجهول ش هذا دليل اخر على عدم
جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول
فلا يصح م فصار ش اي هذا م كما اذا كفل لاحد الغرماء ش ولم يعين من هو فانه لا يصح م بخلاف النفقة ش
هذا جواب عما استشهد به من المسايل اما النفقة فلان حق الزوج ثابت ش في الوديعة م وهو ش اي
الزوج م معلوم ش ايضا فصحت الكفالة له فاما الابق واللقطة ففيه ش اي ففي كل واحد منهما م روايتان ش
قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا وقال في رواية احب الي ان ياخذ منه كفيلا والاصح انه على الخلاف
ش المذكور اذا ظهر الاستحقاق بالبينة قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى
قول ابي حنيفة فعلى ما قالوا لا يصح قياسهما على تلك المسالة وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقر العبد

ش بانه لم يطلبه م بكفيل بالاجماع لان الحق غير ثابت ش لان العلامة او قول العبد لا يوجب الاستحقاق م ل
الطالب ش اي ولاجل ذلك م كان له ش اي كان للقاضي م ان يمنع ش من الدفع فصح تاخيره للتكفيل بيانه
للقضاء م وقوله ش اي وقول ابي حنيفة في الجامع الصغير حين ساله ابو يوسف عن مسالة قسمة الميراث
بين الغرماء م ظلم اي ميل عن سواء السبيل ش انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله م وهذا ش اي اطلاق الظلم على
المجتهد فيه م يكشف عن مذهبه ش اي مذهب ابي حنيفة م ان المجتهد يخطي ويصيب م لا كما ظنه البعض ش
وهو المعتزلة ان كل مجتهد مصيب على مذهب ابي حنيفة وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة
انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه يصيب في الاجتهاد حتى
يكون مثابا وان وقع اجتهاده مخالفا لما عند الله عز وجل فقد قال محمد لو تلاعنا ثلاثا فرق القاضي بينهما
نفذ قضاوه وقد اخطا السنة جعل قضايه صوابا مع قوله انه مخطئ الحق عند الله تعالى كذا في التقويم م قال
ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كانت الدار في يد رجل اقام اخر ش اي اقام الرجل الاخر م البينة ان اباه
مات وتركها ش اي الدار م ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب قضى له بالنصف ش اي بنصف الدار م
والنصف الاخر ترك في يد الذي هو في يده ولا يستوثق منه ش اي من صاحب اليد م بكفيل ش اي لا يوخذ
من ذي اليد كفيل م وهذا ش اي ترك النصف الاخر في يد من في يده م عند ابي حنيفة ش وعدم الاستيثاق
بالكفيل هنا بالاجماع والخلاف في الذي ذكرناه م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد ان كان الذي هو في
يده جاحدا اخذ منه ش اي اخذ منه الكفيل م وجعل في يد امين حتى يقدم الغايب م وان لم يجحد ترك
في يده ش لانه امين م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه الجحود صار خائنا فلا يترك المال في يده بخلاف المقر
بانه امين ترك في يده م وله ش اي ولابي حنيفة م ان القضاء وقع للميت مقصودا ش لان القضاء بالارث
قضاء للميت ولهذا تقضى ديونه منه وتنفذ وصاياه م واحتمال كونه ش اي كون صاحب اليد مختار الميت
ثابت فلا ينقض يده م بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده
باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يحصل المطلوب فاكتفى به م كما اذا كان ش من بيده يقر فانه
انما ترك الباقي بيده لذلك م وجحوده ش اي هذا جواب عما ذكر من وجهه ان الخيانة بالجحود م قد
ارتفع بقضاء القاضي ش وكذا الاريبة م والظاهر من الابرام م عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة
معلومة له ش اي للابن م وللقاضي ش فالظاهر انه انما جحد لاشتباه الامر عليه وقد زال ذلك بالحجة
م ولو كانت الدعوى في منقول والمسالة بحالها م فقد قيل يوخذ ش اي النصف الاخر منه ش اي من الذي
في يده م بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع منه ابلغ فيه ش اي في المنقول لانه لما جحد ربما يتصرف
فيه اما لخيانته او لو يعد الله ملكه فالاخذ منه ابلغ في الحفظ م بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا ش اي
ولكون العقار محصنة بنفسها م يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا حكم وصي
الاخ والام والعم على الصغير ش في بيع العروض على الكبير وانما خصهم بالذكر اذ ليس لهم ولاية التصرف ولهم
ولاية الحفظ وهذا من باب الحفظ م وقيل المنقول على الخلاف ايضا ش يعني لا يوخذ نصيب الغايب من يد
المدعى عليه على قول ابي حنيفة خلافا لهما وقال الاسبيجابي في مبسوطه واما المنقول فلا سلطان على قول مالك
يوخذ نصيب الغايب من يده وموضع على بن عمك واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة قال بعضهم لا ينزع من
يده وقال بعضهم ينزع من يده م وقول ابي حنيفة فيه ش اي في المنقول م اظهر ش من قوله في العقار م لحاجة
الى الحفظ ش اي لحاجة المنقول الى الحفظ فاذا لم ينزع من يده كان مضمونا عليه واذا انتزع منه لم يبق مضمونا
عليه فكان الحفظ في عدم النزع اكثر ش وانما لم يوخذ الكفيل ش هذا اجمال قوله ولا يستوثق منه بكفيل
ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي لا يسمح نفسه باعطايه والقاضي يطالبه
به فينشا الخصومة والقاضي لا ينتصب لانشايها بل لقطعها وهو معنى قوله م والقاضي انما نصب لقطعها
ش اي لقطع الخصومة لا لانشايها فان قيل حيث ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر
يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطايه اجاب الاكمل عنه بقوله يحمل تركيب الدليل هكذا
لان الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ودفعها فما كان منشا لشيء كان
منشيا له هذا احلف الحل م واذا حضر الغايب ش يريد ان ياخذ نصيبه هل يكلف الى اعادة البينة ام لا
فقال النصف م لا يحتاج الى اعادة البينة ش في اخذ نصيبه من ذي اليد م ويسلم اليه النصف بذلك

ش لان بينة الحاضر كانت له وللاخ الغايب لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له ش اى للميت
م وعليه ش اى وعلى الميت سواء م كان دينا او عينا لان المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح
خليفة عنه ش اى عن الميت م في ذلك ش الامر وهو اختيار المصنف واختيار فخر الاسلام والخصاف ومنهم من قال
يكلف باعادة البينة على قياس قول ابي حنيفة في قتل العمد اذا اقام الحاضر البينة ان فلانا قتل اباه عمدا ثم حضر
الغايب يحتاج الى اقامة البينة م بخلاف الاستيفاء ش جواب عما يقال لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز
له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع تقرير الجواب ان الاستيفاء نفسه خلاف
ذلك م لانه ش اى لان المستوفي م عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره فلقايل ان يقول فليكن
عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه فجوابه ان السايل قال لكن لا يدفع اليه سوى
نصيبه بالاجماع وما كان ذلك الا لعدم قبول التشكيك م ولهذا ش اى ولاجل كون العامل لنفسه لا يصلح ان يكون
نائبا لغيره لا يستوفي ش اى الحاضر م الا نصيبه وصار كما اذا اقامت البينة بدين للميت يكون هو خصما الى
قوله له وعليه للتعميم ش لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون هو خصما في جميع التركة ويكون
قضاء على جميع الورثة اذا كانت التركة جميعها في يده وهو معنى قوله م الا انه ش اى الا ان
م انما يثبت استحقاق الكل ش اى كل التركة م على احد الورثة اذا كان الكل ش اى كل التركة م في يده ش اى
في يد الحاضر م ذكره في الجامع ش اى في الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث م لانه ش اى لان الحاضر
م لا يكون خصما بدونه لانه يقتصر القضاء على ما في يده ش وفي الكافي ان دعوى العين لا تتوجه الا على ذي
اليد وانما ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد
الورثة ينتصب خصما وان لم يكن في يده شيء من التركة وكذا ذكر في المحيط والذخيرة م ومن قال مالي في المساكين
صدقة فهو على ما فيه الزكوة ش اى يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكوة
كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو من جنس مال الزكوة والقليل منه
ولهذا قالوا اذا اراد ان يتصدق بماله وعليه دين محيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه
التصدق بقدره عند تملكه ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث
المنازل وثياب البذلة وغير ذلك م وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان
يلزمه التصدق بالكل وبه ش اى وبالقياس م قال زفر ش وهو قول الشافعي وهو قول النخعي والبتي
واستدل زفر والشافعي بقوله عليه السلام من نذر ان يطيع الله فليطعه والجواب عنه انا نحن نقول به
وفرقنا العرف بين الوصية والنذر وقال الزهري ومالك واحمد يتصدق بثلث ماله سواء كان زكويا
ام لا لما روي انه عليه السلام قال لابي لبابة حين قال ان من توبتي يا رسول الله ان انخلع من مالي فقال
عليه السلام يجزيك الثلث والجواب عنه انه ليس بنذر وليس هو محل النزاع وقال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي حكاه عن ابي حنيفة وعن نفسه انه اذا قال مالي في المساكين صدقة
انصرف الى مال الزكوة واذا قال ما املكه صدقة انصرف الى جميع الاموال وفي قول مالك ثلثه
وفي قول الشافعي عليه كفارة اليمين وروي عن الشعبي انه لا يجب عليه شيء الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث رحمه الله
وجه القياس في الصدقة بالكل ما قال زفر م لعموم اسم المال ش فانه عام يتناول ما يجب فيه الزكوة وما لا يجب فيه
الزكوة فينصرف الى الكل م كما في الوصية ش فانه اذا اوصى بثلث ماله ينصرف الى الكل ولا يختص بما فيه الزكوة
م وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ش فايجاب الله تعالى الصدقة في مطلق المال
ينصرف الى مال الزكوة فكذا ايجاب العبد م فينصرف ايجابه ش اى ايجاب العبد م الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة
من المال ش ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجد في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة
عبادة فهو من جنس الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلوة لانه انتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص
بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة لانه لانتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص م اما الوصية اخت
الميراث لانها ش اى لان الوصية خلافة كهي ش اى كالوراثة اذ في كل منهما تمليك مضافا الى ما بعد الموت
م فلا تختص ش اى الوصية م بمال دون مال ش كالميراث لا يختص بمال الزكوة م ولان الظاهر ش دليل
آخر اى ولان الظاهر من حال الناذر م التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة ش لان الحياة مظنة
الحاجة الى ما تقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكوة م ولا كذلك الظاهر اما الوصية تقع في حال الاستغنا

ش عن الاموال

ش عن الاموال م فينصرف الى الكل ش اى كل الاموال م ويدخل فيه ش اى في النذر م الارض العشرية
عند ابي يوسف رحمه الله ش اى لان الارض العشرية م سبب الصدقة ش وهي العشر فكانت الارض العشرية
بمنزلة مال التجارة من حيث انها من جنس مال الزكوة التي يجب فيها الصدقة ولا يقال في العشر معنى المؤنة الحديث
فقال المصنف م اذ جهة الصدقة ش اى العبادة م في العشر راجحة عنده ش اى عند ابي يوسف م
وعند محمد لا يدخل لانه ش اى لان الارض العشرية على تاويل المكان او لتذكير الخبر كما في قوله هذا ربي م
سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ش اى عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع محمد م ولا
تدخل فيه ش اى في النذر م ارض الخراج لتمحضه مؤنة ش لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء وقوله م بالاجماع
يتعلق بقوله ولا تدخل م ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال وهو رواية عن ابي
حنيفة ذكره في الامالي واليه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني م لانه ش اى لان لفظ الملك م اعم من لفظ
المال ش اذ الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة بخلاف
ما لو قال عبده حر ان املك الا خمسين درهما فان ذلك ينصرف الى مال الزكوة وان نص على لفظ الملك
ذكره في الجامع لان بقرينة الاستثناء يفهم ان المراد هو ملك المال اذ استثناء الدراهم يقتضي ان المستثنى
من جنسه كذا ذكره المحبوبي م والمقيد ش بتشديد الياء الملفوظ هذا جواب عما يقال الصدقة بالاموال
مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن اعتبار الواجب الرعاية وتقرير الجواب ان المقيد
م ايجاب الشرع ش اى المقيد بمال الزكوة ايجاب الشرع م وهو مختص بلفظ المال ش قال الله تعالى خذ
من اموالهم صدقة وقال صلى الله عليه وسلم هاتوا عشر اموالكم م فلا مخصص في لفظ الملك ش اذ
لم يوجد من الله عز وجل ايجاب الصدقة مضافا الى الملك مخصوصا باموال الزكوة م فبقي على العموم ش
ولا ينظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع م والصحيح انهما ش اى ان لفظ مالي
وما املك م سواء ش فيما نحن فيه يعني يختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار شمس الائمة ذكره في مبسوطه
وهو اختيار ابي بكر البلخي م لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة ش الملتزم بفتح الزاي واراد
باللفظين قوله مالي في المساكين صدقة وقوله ما املك صدقة في المساكين بيان هذا ان الملتزم
بالصدقة والصدقة انما تجب على العبد شرعا في المال الفاضل من الحاجة وكذا في ايجاب العبد على
نفسه والفاضل عن الحاجة مال الزكوة فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكوة بدلالة لفظ
الصدقة هكذا لفظ شيخي العلاء رحمه الله تعالى م على ما مر ش قال الكاكي اشار الى ما ذكر من وجه
الاستحسان والقياس وفي النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه انما يشمل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب
الشرع وهو بلفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله م ثم اذا
لم يكن له سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ش لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك
لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل الناس من ساعته م ثم اذا اصاب شيئا ش
يعني اذا حصل له شيء من الدنيا م تصدق بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ش على الصدقة وغيرها
م ولم يقدر بشيء ش على صيغة المجهول يعني لم يبين في المبسوط مقدار ما يمسك م لاختلاف احوال
الناس فيه ش بكثرة العيال وقلتهم م وقيل المحترف يمسك قوته ليوم ش اى لاجل نفقته يوم لان
له يصل الى ما ينفق يوما فيوما م وصاحب الغلة ش اى صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي
يؤجرها م لشهر ش اى يمسك منه لاجل قوته لشهر واحد م وصاحب الضيعة لسنة ش اى يمسك
صاحب الضيعة لاجل قوت سنة لان يد الدهاقين تصل الى ما ينفق سنة فسنة م على حسب تفاوت
وصولهم الى المال ش فانه يصل اليه المال عند مضي نصف سنة وتارة في آخر السنة م وعلى هذا
ش اى على هذا الاعتبار م صاحب التجارة يمسك مقدار ما يرجع اليه ماله ش باعتبار التفاوت
وصولهم الى المال م قال ش اى محمد في الجامع الصغير م ومن اوصي اليه ش على صيغة المجهول
م ولم يعلم بالوصية ش اى ولم يعلم انه وصي م حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز
بيع الوكيل حتى يعلم ش انه وكيل لتوقف التوكيل على العلم وقال احمد لا يتوقف التوكيل على العلم كالوصاية
وفي الجامع فاذا اعلمه انسان فباع فهو جائز ولا يكون بهذا الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل

عدل هذا لفظ محمد فيه وفي شرح وجه ان عندهما يثبت العزل بخبر الواحد سوا كان عدلا او فاسقا
او عبدا او حرا او غير ذلك كالوكالة م وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا ش يعني
لا يجوز بيع الوصي ايضا قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة م لان الوصايا انابة بعد الموت
فيعتبر بالانابة قبله ش اي قبل الموت م وهي الوكالة ش اي الانابة قبل الموت وكالة قال الاكمل
قوله لان الوصاية انابة اي جعل الوصي نائبا عن نفسه والانابة بمعنى جعل الغير نائبا عن نفسه لم يوجد
في كتب اللغة المتداولة بين الناس بل هي مستعملة فيها بمعنى الرجوع كقولهم اناب الى الله رجع فلهذا
عيب على صاحب الكتاب استعمال الانابة بمعنى جعل الغير نائبا عن نفسه قال شيخي العلامة صاحب
الغاية لعمري هذا موضع عيب اذ صاحب الكشاف استعملها في ذلك والكشاف في سورة الروم ولكن
قوله لم نجده في اللغة انتهى قلت لا يحتاج الى هذه الحوالة قال الجوهري قال ناب عني فلان اي قام
مقامي ويستخرج منه صحة قول المصنف ووجه الفرق ش بينهما م على الظاهر ش اي على ظاهر الرواية
م ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة ش وهو بعد الموت فلا يتوقف على العلم كما
في تصرف الوارث ش بالبيع فلم يعلم بموت المورث فانه صحيح م اما الوكالة انابة لقيام ولاية الاول
عنه فيتوقف على العلم م وهذا ش اي توقف الوكالة على العلم وعدم توقف الوصية عليه م لانه ش
اي لان التوكيل م لو توقف عليه اي على العلم وفي بعض النسخ انما لو توقف عليه ش اي لو توقف
الوكالة على العلم لم يفت النظر لتوقف الموكل وفي الاول لو توقف موت بعجز الموصي ش واراد بالاول
امر الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر لعجز الموصي لعدم قدرته ثم اعلم ان هذا الذي ذكره من عدم
جواز التصرف قبل العلم بالوكالة اذا اثبتت مقصودة ولكن اذا اذن الصبي والعبد بالتجارة ان كان
قصدا لا يثبت بدون العلم لان الاذن من الاذان بمعنى الاعلام والاعلام لا يتصور بدون العلم اما اذا
ثبتت الوكالة في ضمن امر الحاضر بالتصرف معه روايتان نحو ان يقول الموكل لرجل اذهب بعبدي
الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبر ان صاحب العبد امره ببيعه فاشتراه
صح شراؤه منه وان لم يخبره بذلك واشتراه منه ذكر محمد في كتاب الوكالة ان البيع جائز وجعل
معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البايع وذكر في كتاب الزيادات انه لا يجوز البيع واما العزل
القصدي لا يصح بدون العلم والحكمي يصح بدونه كما اذا مات الموكل ونحو ذلك وكذلك الحجر
ومن اعلمه ش اي من اعلم الوكيل م من الناس بالوكالة ش اطلق اسم الناس ليتناول كل مميز صغيرا
او كبيرا او كافرا او مسلما م يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ش اي اطلاق محض لا يشمل
على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد كاف وفي اصول شمس الائمة المعاملات التي
لا الزام فيها كالوكالات والمضاربات والاذن للعبد في التجارة يكفي فيها خبر الواحد وقال
الشافعي واحمد لا يثبت الوكالة والعزل عنها بخبر الواحد م وهذا من باب المعاملات ش ولهذا لا
يشترط فيه لفظ الشهادة م ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده ش اي عند الوكيل م شاهدان
او رجل عدل ش والمراد من الشهادة الاخبار اذ لفظ الشهادة ليس بشرط ذكره في جامع قاضي خان
م وهذا ش اي اشتراط الشاهدين او رجل عدل م عند ابي حنيفة وقالا هو ش اي النهي في الوكالة
م والاول م هو ش الاعلام بالوكالة م سوا اي لا اكتفا بخبر الواحد م لانه ش اي لان العزل م من
المعاملات وبالواحد ش اي وباخبار الواحد م فيها ش اي في المعاملات م كفاية ش فيثبت بخبر
الفاسق اعتبارا بالوكالة والاذن للعبد في التجارة بخلاف الديانات فانها لا يثبت بخبر الفاسقين
فلان لا يثبت بخبر الفاسق الواحد اولى هذا ذكره الامام المحبوبي م وله ش اي ولابي حنيفة م انه ش
اي ان العزل خبر ملزم ش اما كونه خبرا فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما كونه ملزما
فلانه يلزم الامتناع عن التصرف م فيكون شهادة من وجه ش دون وجه من حيث انه ضرر يلزمه
الموكل من حيث منعه عن التصرف فيشترط الشهادة م فيشترط احد شطريها ش اي احد شطري الشهادة
م وهو ش اي احد شطري الشهادة م العدد ش بان يكونا اثنين م او العدالة ش بان يكون واحدا
عدلا م بخلاف الاول ش اي التوكيل لانه لا الزام فيه بوجه م وبخلاف رسول الموكل ش فانه لا يشترط
فيه ايضا شيء من ذلك م لان عبارته ش اي عبارة الرسول م كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

ثم اذ ربما

ش اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت الى عدل يرسله الى وكيله م وعلى هذا الخلاف ش يعني
الذي ذكره بين ابي حنيفة وصاحبيه في اشتراط احد شطريها وههنا ست مسايل ذكر المصنف
منها خمسة منها عزل الوكيل وقد مضى ثم ذكر الاربعة بعد ذلك الاولى قوله م اذا اخبر المولى
بجناية عبده ش فان اخبره اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق او بيع كان اختيارا منه
للفداء وان اخبره فاسق فصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف فعنده لا يكون اختيارا خلافا
لهما الثالثة هي قوله م والشفيع ش اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت شفعته
وان اخبره فاسق فعلى الاختلاف الثالثة قوله م والبكر ش اذا بلغها تزويج الولي فسكتت فان
اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف الرابعة بمعنى
قوله م والمسلم الذي لم يهاجر الينا ش اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرايض لزمه وقبل
القضاء وان اخبره فاسق ولم يصدقه فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافا لهما والسادسة التي
لم يذكرها المصنف عزل المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت
الحجر صدق العبد او كذب فان كان فاسقا وكذبه ثبت الحجر عندهما خلافا لابي حنيفة وقيد بتلقاء نفسه
لان حكم الرسول حكم مرسله كما ذكرنا م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا باع القاضي
او امينه عبدا للغرماء واخذ المال ش اي الثمن م فضاع ش اي الثمن م فاستحق العبد لم يضمن
ش اي القاضي او امينه صورة المسالة في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
الرجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل وله عبد يساوي مائة درهم فيرفع الغريم الوصي الى
القاضي فيامره بالبيع للغريم في دينه فيبيعه بمائة درهم فيقبض الوصي الثمن فيهلك ثم يستحق
العبد من يد المشتري قال يرجع المشتري على الغريم بالثمن والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير والمصنف ذكر بيع القاضي او بيع امينه ثم ذكر
ان امين القاضي لم يضمن م لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي كالامام ش والامام
لا يضمن فكذا القاضي وامينه وهو معنى قوله م وكل واحد منهم ش اي من الامام والقاضي وامينه
لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد ش اي كل واحد منهم م عن قبول هذه الامانة ش خوفا من الضمان م فتضيع
الحقوق ش اي حقوق المسلمين م ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم ش اي للغرماء
م فاذا كان كذلك م فيرجع عليهم ش اي على الغرماء م عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان
العاقد محجورا عليه عند تعذر الرجوع ش اطلق لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور والصبي المحجور
فان من وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق
حقوق العقد بهما بل يتعلق بموكلهما واذا تعذر تعلق الحقوق هنا على العاقد تتعلق بما يرتبا الناس
الى العاقد كما في توكيل المحجور واقرب الناس فيما نحن فيه الغريم لوقوع العقد له كما في الوكيل م ولهذا
ش اي ولاجل وقوع البيع لاجل الغرماء م يباع ش اي العبد م بطلبهم ش اي بطلب الغرماء م وان
ش امر القاضي الوصي ببيعه ش اي ببيع العبد م ثم استحق ش اي العبد م او مات ش اي العبد م
قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه ش اي لان الوصي م عاقد نيابة عن الميت
ش فيما ظاهر اذا كان الميت اوصى اليه م وان كان ش اي الوصي م باقامة القاضي عنه ش اي عن
الميت م فصار كما اذا باعه ش اي كما اذا باعه الميت م بنفسه ش حال حياته وثمة كان يرجع الحقوق
اليه فكذا هنا م لان القاضي انما اقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه
قال ش يجوز ان يكون فاعله محمدا لانه كذا حكى عن ابي حنيفة ويجوز ان يكون فاعله المصنف
قائل م ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم ش اي لان الوصي عامل للغرماء ومن عمل عملا لغيره ولحقه
فيه ضمان رجع على من وقع له العمل م وان ظهر للميت مال ش اخر بعد ذلك م يرجع الغريم فيه بدينه
ش اي باخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي من ذلك المال بعينه اختلاف م قالوا ش اي
المشايخ م ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا ش كما يرجع بدينه وانما قال بهذا اللفظ
لان فيه اختلافا قال ابو الليث يجوز ان يقال يرجع بما ضمن للوصي او للمشتري م لانه ش اي لان
الضمان لحقه في امر الميت وعن بعض المشايخ لا يرجع لان الضمان انما لحقه بفعله لان قبض الوصي

كشمس الايت وفي الكافي الاصح انه يرجع لانه قبض ذلك وهو مضطر فيه م والوارث اذا بيع له ش اي
لاجله ش يعني اذا احتاج الى بيع شيء من التركة وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع المشتري بالثمن
على الوصي والوصي على الوارث اشار اليه بقوله م بمنزلة الغريم ش حيث يرجع م لانه اذا لم يكن
في التركة دين كان العاقد عاملا له ش اي للوارث م

فصل آخر

ش اي هذا فصل آخر في مسايل يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل
العزل وبعده مقبول ام لا فلذلك ذكرها في فصل على حدة م واذا قال القاضي قد قضيت على هذا
بالرجم فارجمه ش يعني اذا قال القاضي قد حكمت على هذا بالرجم وسعك ان ترجمه م او بالقطع فاقطعه
ش اي او اذا قال لك قضيت عليه بالقطع وسعك ان تقطعه م او بالضرب فاضربه ش اي او اذا
قال قضيت عليه بالضرب فاضربه وقوله م وسعك ان تفعل جواب قوله واذا قال القاضي في
ثلاث صور م وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا ش لانه كان حكى هذا عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الجامع
الصغير ثم رجع عنه م وقال لا تاخذ بقوله ش اي بقول هذا القاضي م حتى تعاين الحجة ش
اي الشهادة تحضرتك قال الكاكي او يشهد عنده ذلك مع القاضي عدل وهذه رواية ابن سماعة عن
محمد م لان قوله ش اي قول القاضي م يحتمل الغلط والخطاء والتدارك ش بعد وقوع الامر
م غير ممكن ش لفواته وبه اخذ مشايخنا لفساد قضاة هذا الزمان لا سيما قضاة مصر لان اكثرهم
يتولون بالرشى باحكامهم باطلة وصدق خبر الواحد يتعين مرتبة الانبياء عليهم السلام وغيرهم
غير معصومين عن الكذب والغلط على الخصوص في قضاة هذا الزمان لغلبة الجهل والفسق فيهم
م وعلى هذه الرواية ش اي الرواية التي روي عن محمد م لا يقبل كتابه ش اي كتاب القاضي الى القاضي
وقال المصنف رحمه الله. واستحسن المشايخ هذه الرواية ش وقالوا ما احسن هذا في زماننا
لفساد حال اكثر القضاة ش فلا يؤتمنون م الا في كتاب القاضي ش الى القاضي م ياخذ بالهذه
الرواية واخذ بظاهر الرواية م للحاجة اليه ش اي الى كتاب القاضي الى القاضي للضرورة م ووجه
الظاهر ش اي وجه ظاهر الرواية م انه ش اي ان القاضي م اخبر عن امر يملك انشاءه ش لان المولى
يتمكن من انشاء القاضي ومن اخبر بما يمكن به من الانشاء لا يرد م فيقبل لخلوه عن التهمة ش وقال
الاكمل رحمه الله وفيه بحث وهو انه يتمكن من ذلك بحجة او بغيرها والثاني ممنوع والاول يحتاج الى غير
ظاهر الرواية من معاينة الحجة م ولان طاعة اولي الامر واجبة ش هذا دليل آخر لان القاضي من اولي
الامر وطاعة اولي الامر واجبة م وفي تصديقه طاعة ش اي طاعة للقاضي فكان ينبغي ان يقال الطاعة
م وقال الامام ابو منصور الماتريدي واسمه محمد بن محمد بن محمود والنسبة الى ماتريد محلة من سمرقند
ويقال ماتريت ايضا بالتاء م ان كان ش اي القاضي م عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة
وان كان عدلا جاهلا يستفسر ش اي عما قضى لتهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر على
وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه
بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة فحينئذ
م وجب تصديقه ش وقبول قوله م والا فلا ش اي وان لم يحسن التفسير فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله
م وان كان ش اي القاضي. جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل قوله الا ان يعاين سبب الحكم
لتهمة الخطاء ش في الجهل م والخيانة ش اي ولتهمة الخيانة في الفسق وهذا على اربعة اقسام
ذكر المصنف منها ثلاثة ولم يذكر القسم الرابع من القسمة العقلية وهو ان يكون عالما عادلا لانه
يقبل قوله بدون الاستفسار م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا عزل القاضي فقال
لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها دينا عليك وقال الرجل اخذتها ظلما فالقول
قول القاضي وكذلك اذا قال ش اي القاضي م قضيت بقطع يدك في حق هذا ش فالقول قول
القاضي م وهذا ش اي كون القول قول القاضي في هاتين الصورتين م اذا كان الذي قطعت
يده والذي اخذ منه المال ش حال لكونهم مقرا انه ش اي ان القاضي م فعل ذلك ش اي كل واحد
من اخذ المال وقطع اليد م وهو قاض ش يعني في حال قضائه م ووجهه ش اي وجه كون القول قول
القاضي في الوجهين ش ثم م انهما ش اي ان القاضي والماخوذ منه المال او المقطوع يده م لما توافقا

ش اي ان القاضي م فعل ذلك ش اي اخذ المال او القطع حال كونه م في قضائه ش يعني
في حال ولايته فلما اتفقا م كان الظاهر ش اي ظاهر الحال م شاهدا له ش اي للقاضي م اذ القاضي
لا يقضي ش وفي بعض النسخ لا يقضي م بالجور ش اي بالظلم والخروج عن الحق م ظاهرا ش والقول
قول من يشهد له الظاهر م ولا يمين عليه ش اي على القاضي م لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين
على القاضي ش لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس لامتناع الدخول في القضاء ولانا لو
الزمناه اليمين لكان خصما وقضاء الخصم لا يجوز م ولو اقر القاطع ش اي بامر القاضي م او الاخذ ش اي
او اقر اخذ المال بامر القاضي م بما اقر القاضي ش اي بالقطع او الاخذ م لا يضمن القاضي م ايضا لانه
ش اي لان القاطع او الاخذ م فعله في حالة القضاء ش وهو صحيح م ودفع القاضي صحيح ش اي دفع القاضي
المال الى رب الدين او المستحق صحيح م لانه دفع في حالة القضاء ش والظاهر انه محق م كما اذا كان ش
اي دفع القاضي المال الى الاخذ بحكم القضاء م معاينا ش يعني في معاينة الماخوذ منه المال لا يضمن الاخذ
وكذا اذا اقر بما اقر به القاضي م ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه ش اي ان القاضي فعل م
قبل التقليد او بعد العزل ش اي او فعل بعد عزله م فالقول قول القاضي ايضا هو الصحيح
ش احترز به عما ذكره شمس الايمة في جامعه ان القول للمدعي اذا قال فعله بعد العزل م لانه ش
اي لان القاضي اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان م لانه اذا عرف انه كان قاضيا صحت
اضافة القطع او الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة فينتفي بها الضمان وهو اختيار
فخر الاسلام والصدر الشهيد م فصار ش اسناد القاضي هنا م كما اذا قال ش من عهد منه الجنون
طلقت ش امراتي م او قال ش اعتقت ش عبدي م وانا مجنون والجنون ش اي والحال م ان
الجنون منه كان معهودا ش اي معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق ولا العتاق
لاضافته الى حالة منافية للايقاع م ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل ش وهو فصل ان
المقطوع يده والماخوذ ماله يزعم ان القاضي قطع واخذ قبل التقليد او بعد العزل م بما اقر به القاضي
يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان ش وهو اخذ المال وقطع اليد م وقول القاضي مقبول في دفع الضمان
عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره يعني لا يقبل في ذلك فان قيل ينبغي ان لا يضمن الاخذ
والقاطع ايضا لانهما اسندا الفعل ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان الجواب ان جهة الضمان
راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرا والظاهر
لا يعارض القطعي م بخلاف الاول ش اي الفصل الاول م لانه ثبت فعله ش اي فعل القاضي م في
قضائه بالتصادق ش فكان بمنزلة المعاين معاينة م ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد اقر به
القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه يؤخذ
المال م منه لانه اقر ان اليد كانت له ش اي للماخوذ منه م فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة
ش لانه لم يكن له ولاية الاخذ الا بحجة ظاهرة م وقول المعزول ش اي وقول القاضي المعزول فيه
ليس بحجة ش لكونه شهادة فرد بخلاف ما لو كان المال هالكا لان القاضي منكر وجوب الضمان والقول
قول المنكر والله اعلم بالصواب

م كتاب الشهادات

ش اي هذا كتاب في بيان احكام الشهادات وهي جمع شهادة والشهادة لغة اخبار قاطع كذا في الصحاح
يعني الاخبار بالشيء عن شهادة وعيان لا عن تخمين وحسبان ومن هذا قالوا مشتقة من المشاهدة
التي المعاينة والاشارة اليه النبوية بقوله اذا رايت مثل الشمس فاشهد وفي الشرع اخبار عن صدق
بلفظ الشهادة في مجلس القضاء والحكم وسببها في حق التحمل المعاينة وفي حق الاداء طلب المدعي وركنها
استعمال لفظ الشهادة وشروطها كثيرة تاتي في اثناء المسايل وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما
ثبت بادنى المبسوط والقياس يابى كونها الشهادة حجة ملزمة لانه خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل
لا يكون حجة الا ان القياس ترك بالنصوص والاجماع ووجه ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي
ظاهر جدا لان القاضي يحتاج في حكمه الى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه م قال ش اي القدوري
م الشهادة فرض ش اي اداؤها وتحملها اذا تعين وفرض كفاية اذا لم يتعين بالاجماع م يلزم الشهود
الاداء ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي ش وقوله ولا يسعهم تاكيد لقوله يلزم الشهود م لقوله

تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا ش هذا دليل ان الطلب من المدعي شرط الفرضية والنهي عن الاباء
عند الدعاء امر بالحضور للاداء م وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ش انما خص
القلب وان كانت الجملة آثمة لانه رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت
فسد كله كما جاء في الحديث كانه قيل فقد تمكن الاثم في اصله وملك اشرف شيء منه ولان افعال القلوب
اعظم من سائر الجوارح فاصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان
الشهادة من آثام القلوب كان من اعظم الذنوب وقال الزمخشري كتمان الشهادة هو ان يضمرها ولا يتكلم بها
فلما كان اثما مقترفا بالقلب اسند اليه لان اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها ابلغ م وانما يشترط
طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ش ونوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يطلبه
ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمه فان
والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود
فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آنفا ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف
بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان يعني كلامه وانما
يشترط وجود سببها لاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب وجوده شرط فلا يخالفه حينئذ فان قلت
اما جعله شرطا وقوله تعالى ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع
دل على سبب وغيره كقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس م قال ش اي القدوري م والشهادة
في الحدود يخير الشاهد فيها بين الستر والاظهار لانه ش اي لان الشاهد م بين حسبتين ش بكسر
الحاء وتسمى حسبة والحسبة ما ينتظر به الاجر في الاخرة وفي الصحاح احتسبت بهذا اجرا عند الله
والاسم الحسبة بالكسر وهي الاجر والجمع الحسب وفلان محتسب البلد ولا يقال محسب م اقامة
الحد ش اي احدى الحسبتين اقامة الحد حسبة لله تعالى فيقام عليه الحد والحسبة الاخرى م التوقي
عن التهتك ش اي التحفظ من هتك المسلم حسبة لله تعالى فان قيل هذا الذي ذكره معارض لاطلاق قوله
تعالى ولا تكتموا الشهادة ولتقييد المطلق بخبر الواحد لا يجوز الجواب ان الاية محمولة على الشهادة في حقوق
العباد بدليل سياق الاية وهي اية المداينة وبالاجماع وبالنص قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة
الى قوله فلهم عذاب اليم في الدنيا والاخرة والمعنى ان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعي
المحتاج الى احياء حقه من الاموال وغيرها فاما الحدود فهي حقوق الله تعالى والله عز وجل موصوف
بالغنا والكرم وليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك ان يختار الشاهد جانب الستر واليه اشار
المصنف بقوله م والستر افضل لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م للذي شهد
عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك ش الذي قال له النبي صلى الله عليه وسلم هذا القول لم
يشهد عنده بشيء ولكنه حمل ماعزا على ان اعترف عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا كما رواه ابو
داود والنسائي عن سفيان عن زيد بن اسلم عن يزيد بن نعيم عن ابيه نعيم بن هزال ان ماعزا اتى
النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا
لك ثم اخرج ابو داود عن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان يأتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره
انتهى بلفظ ابي داود ورواه عبد الرزاق في مصنفه ولفظه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك قلت لم ار احدا من الشراح حرر هذا الموضع حتى قال الاكمل ايضا
قوله عليه السلام للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية
بردائك لكان خيرا لك انتهى وقد قلنا الذي قال له النبي صلى الله عليه وسلم هذا القول لم يشهد
عند النبي صلى الله عليه وسلم وكيف يقول الاكمل شهد عنده رجل يقال له هزال الاسلمي وهزال لم يشهد
اصلا وانما حمل ماعزا على ان اعترف عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا وقال عليه السلام لهزال
لو سترته بثوبك كان خيرا وهزال بفتح الهاء وتشديد الزاء وباللام اسلمي سكن المدينة وقال ابن المنذر
نعيم بن هزال قيل لا صحبة له وانما الصحبة لابيه هزال وصاحب الذنب اسمه ماعز بن مالك
الاسلمي يعد في المدنيين والمراة التي وقع عليها اسمها فاطمة جارية هزال م وقال عليه السلام ش
اي وقال النبي صلى الله عليه وسلم م من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة ش هذا اخرجه

البخاري

البخاري ومسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه مرفوعا ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والاخرة والله في عون
العبد ما كان العبد في عون اخيه م وفيما نقل من التلقين للدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه
دلالة ظاهرة على افضلية الستر ش لم يتعرض احد من الشراح لحل هذا التركيب فقوله دلالة مبتدأ
وخبره مقدما هو قوله وفيما نقل من التلقين الى اخره قوله للدرء اي لدفع الحد اما الذي نقل من النبي
صلى الله عليه وسلم من تلقينه للدرء عن حد الزنا فما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما في حديث
ماعز قال له عليه السلام لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا قال افنكتها قال نعم قال فعند ذلك
امر برجمه والذي نقل عنه للدرء عن حد السرقة فما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه عن حماد بن سلمة
عن اسحق بن عبد الله بن ابي طلحة عن ابي المنذر مولى ابي ذر عن ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت
قال بلى فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع واما الذي نقل عن اصحابه عليه السلام من التلقين
للدرء فما رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن طاوس عن عكرمة بن خالد قال اتي عمر بن الخطاب
رضي الله عنه برجل فسأله اسرقت قل لا فقال لا فتركه وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده باسناده الى
ابي مطر قال رايت عليا رضي الله عنه اتي برجل فقيل انه سرق جملا فقال له ما اراك سرقت قال بلى قال
فلعله شبه عليك قال بل سرقت قال يا قنبر اذهب به فاوقد النار وادع الجزار وشد يديه حتى اجيء
فلما جاء اليه قال له اسرقت قال لا فتركه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابي موسى رضي الله عنه
اتي بسارق وهو يومئذ امير فقال اسرقت اسرقت قل لا قل لا مرتين او ثلاثا وروى محمد في كتاب الاثار
اخبرنا الامام الاعظم ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال اتي ابو مسعود الانصاري رضي الله
عنه بامراة سرقت جملا فقال اسرقت قولي لا فقالت لا فتركها وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري
عن علي بن الاقمر عن يزيد بن ابي كبشة عن ابي الدرداء رضي الله عنه انه اتي بامراة سرقت فقال لها اسلامة
سرقت قولي لا قالت لا فخلى عنها م الا انه ش استثناء من قوله يخير الشاهد وهو منقطع اي الا ان
الشاهد م يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ المال احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة
على الستر ش اي لحفظ الستر على السارق م ولانه ش دليل اخر اي ولان انه م لو ظهرت السرقة لوجب
القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه لانه اذا قال سرق يسقط الضمان حينئذ فيضيع
حق صاحب المال فلهذا كانت الشهادة بالاخذ اولى من الشهادة بالسرقة لانها شهادة على وجه يثبت
المال ولا يجب الحد وفيها رعاية الجانبين م قال ش اي القدوري م والشهادة على مراتب منها
الشهادة على الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ش لفظ اربعة نص في العدد والذكورة ولا يقبل
الا اربعة رجال عدول مسلمين وهم احرار وهم يشهدون انهم راوا كالميل في المكحلة وقيل على ان
الزنا فعل اثنين فيشترط على كل واحد منهما اثنان م ولا يقبل فيها ش اي في شهادة الزنا م شهادة
النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا
شهادة للنساء في الحدود والقصاص ش هذا اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حفص عن حجاج
عن الزهري الى اخره واسم الزهري محمد بن مسلم المدني سكن الشام ومات بادامى وهي اول عمل فلسطين
وعمره اثنان وسبعون سنة روى عن خلق كثير من الصحابة والتابعين وانما خص الخليفتين اي
ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لان تمهيد قواعد الشرع واظهار طرق الاحكام كان اكثر في خلافتهما وعن عطاء وحماد
ابن ابي سليمان انه تقبل شهادة النساء فيها حتى لو شهد ثلاثة رجال في الزنا وامراتين يقبل قلنا على
قولهما لا معنى لما وقع في قوله اربعة منكم م ولان فيها ش اي في شهادة النساء م شبهة البدلية ش اي من
حيث الصورة قال شيخي العلاء رحمه الله قوله شبهة البدلية اي صورة لا حقيقة لانه لو كانت البدلية حقيقة
لما اعتبر شهادة النساء عند امكان العمل بشهادة الرجال كالتيمم مع الوضوء ولما اعتبر شهادتهن مع
امكان شهادتهم علم انه ليست في شهادتهن حقيقة البدلية لكن فيها شبهة البدلية باعتبار الصورة
فان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان خرج على مشابهة قوله فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام
ذلك كفارة ايمانكم فلهذا اورثت شبهة البدلية م لنيابتها مقام شهادة الرجال ش اي لقيام شهادتهن

مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان كذلك م فلا تقبل ش اي شهادتهن م فيما يندرئ بالشبهات ش
لان حقيقة البدلية غير متحققة في الحد وحتى لا تقبل الشهادة على الشهادة فيها ولا كتاب القاضي الى القاضي
فكذلك شبهة البدلية اعتبارا للشبهة بالحقيقة لان الشبهة فيما يسقط بالشبهات كالحقيقة وحكي عن
مالك انه لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا عند عدم الرجلين نظرا الى ظاهر الآية فحينئذ في شهادتهن
حقيقة البدلية م ومنها ش اي من مراتب الشهادة م الشهادة ببقية الحدود ش كحد الشرب والسرقة
م والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ش وعن الحسن
البصري لا يقبل في القتل الا اربعة كالزنا وعن عطاء يقبل فيها شهادة النساء م ولا يقبل فيها ش اي
في الحدود والقصاص م شهادة النساء لما ذكرنا ش اشارة الى حديث الزهري وما ذكر من شبهة البدلية
وفي بعض النسخ لما قلنا وقال في الاجناس قال في نوادر ابن رستم وتقبل فيه اي في التعزير الشهادة على
الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز فيه العفو ويصح فيه الكفالة وهو حق الآدمي م
قال ش اي القدوري م وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء
كان الحق مالا ش كالبيع م او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ش اي الوصاية لانه
في العقد او غير المال م ونحو ذلك ش كالعتاق والرجعة والنسب وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة
والاجل وشرط الخيار ذكره في مبسوط شيخ الاسلام م وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا
في الاموال وتوابعها ش وهي التي ذكرناها كالاعارة الى آخره وبقوله قال مالك واحمد في رواية وفي رواية
اخرى كقولنا م لان الاصل فيها ش اي في شهادتهن م عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط
ش لغلبة النسيان فيهن م وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ش بكسر الهمزة اي الخلافة م ولهذا
ش اي ولاجل ان الاصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها ش
استثناء من قوله لان الاصل فيها اي في شهادة النساء عدم القبول اي الا ان شهادتهن م قبلت في الاموال
ضرورة ش لكثرة وقوع اسبابها لانه يلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة فاذا لم يسمع فيها يفوت حقوق
الناس لكثرة وقوعها ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح وهو معنى قوله
م والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ش وكذلك الطلاق والرجعة
والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص وحاصل مذهب
الشافعي هو ما ذكره في وجيزهم لا يقبل شهادة النساء الا في الاموال وحقوقها كالاجل والخيار والشفعة
والاجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب الا المال فيثبت برجل وامرأتين وكذا فسخ العقود وقبض نجوم
الكتابة الا النجم الاخير ففيه الوجهان لترتب العتق عليه وما ليس بمال ولا يؤول الى المال كالنكاح والرجعة
والطلاق والعتق والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص
حتى الوصاية والوكالة فيثبت برجلين ولا يثبت برجل وامرأتين واما ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب
النساء والرضاع فانه يثبت باربع نسوة ولا يثبت الولادة بقول القابلة وحدها م ولنا ان الاصل فيها م
اي في شهادة النساء م القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو ش اي ما ينبني عليه م المشاهدة
ش وفي بعض النسخ وهي المشاهدة اي المعاينة وبها يحصل العلم للشاهد م والضبط ش وهو حسن السماع والفهم
والحفظ م والاداء ش الذي يحصل به العلم للقاضي م اذ بالاول ش اي المشاهدة م وبالثاني م يبقى ش
اي بالضبط يبقى العلم للشاهد وبالثالث ش اي بالاداء يحصل العلم للقاضي م ولهذا ش اي ولكون العلم
اصلا فيها م يقبل اخبارها ش بكسر الهمزة م في الاخبار ش بفتح الهمزة وهي الاحاديث والآثار م ونقصان
الضبط ش هذا جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط تقريره ان يقال ان ذلك يبدأ بالتسليم ان نقصان
الضبط م بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى ش اي بالمرأة الاخرى م اليها ش اي الى المرأة الواحدة
م فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ش اي شبهة البدلية ولم يذكر المصنف الجواب عن قول الشافعي لنقصان
العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف
وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو
حاصل لجميع افراد الانسان في مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال الحواس
في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب النظريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة

ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة
هو ان يستحضرها وتلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منهما
وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات واستعمال الحواس في الجزئيات
فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله
صلى الله عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل فلذلك لا يصلحن للولاية والخلافة والامارة
وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فافهم م فلهذا ش اي فلاجل شبهة البدلية م لا تقبل ش اي شهادتهن
فيما يندرئ بالشبهات ويقبل فيما يثبت بها م وهذه الحقوق ش اراد بها النكاح والطلاق والوكالة
والوصية ونحو ذلك م تثبت مع الشبهات ش اما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتها مع الهزل واما
الوكالة والايصاء والاموال فانه تجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك
امارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال م وعدم قبول الاربع ش هذا
جواب عن قول الشافعي ولا تقبل شهادة الاربع م على خلاف القياس ش لان القياس يقتضي قبول ذلك
ولكنه ترك ذلك م كيلا يكثر خروجهن ش لان في كثرة خروجهن كشفهن وافتضاحهن وهو ممنوع م
قال ش اي القدوري م وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال شهادة امرأة واحدة ش وقال مالك تجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة والاستهلال
وعيوب الاماء ولا يجوز في ذلك شهادة امرأة واحدة وبه قال ابن ابي ليلى كذا في المبسوط وبه
قال الثوري م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م شهادة النساء جائزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ش هذا غريب وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج
عن ابن شهاب الزهري قال مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال غيرهن
من ولادات النساء وعيوبهن وقال ايضا اخبرنا ابو بكر بن ابي شيبة عن موسى بن عقبة عن
القعقاع بن الحكيم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه
الا هن من عورات النساء وما يشبه ذلك من حملهن وحيضهن وقال ايضا اخبرنا الثوري عن
جابر الجعفي عن عبد الله بن نجي ان عليا رضي الله عنه اجاز شهادة المرأة القابلة وحدها في الاستهلال
والجعفي ضعيف وكذلك ابن نجي وقال ايضا اخبرنا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي حدثني اسحق عن ابن شهاب
ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اجاز شهادة امرأة في الاستهلال م والجمع المحلى بالالف واللام ش
اراد بهذا بيان وجه الاستدلال بالحديث الذي ذكره وهو ان الالف واللام اذا دخل الجمع يراد به الجنس
لانه ليس ثمة معهود م فيتناول الاقل ش وهو الواحد لبطلان العدد بواسطة الجنسية وقال
الكاكي وبدل ان حذيفة راوي الحديث قال انه عليه السلام اجاز شهادة القابلة على الولادة وقال
الاترازي اصحابنا رووا في الاسرار وغيره عن حذيفة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة القابلة في الولادة انتهى قلت رواه محمد بن عبد الملك الواسطي عن ابي عبد الرحمن
المدائني عن الاعمش عن ابي وائل عن حذيفة الى آخره وقال هذا لا يصح وقال الدارقطني ابو عبد الرحمن
المدائني مجهول م وهو ش اي الحديث الذي ذكره م حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ش من النساء
وهو قول عطاء ايضا وللشافعي ان يقول هذا الحديث غير صحيح فكيف يكون حجة علي وليس لنا الا ما ذكرناه
عن عبد الرزاق وبقولنا قال احمد وهو قول الحسن البصري م ولانه ش دليل معقول لنا اي ولان
الشأن م انما سقطت الذكورة ش يعني انما سقطت صفة الذكورة بالاتفاق م ليخف النظر ش
اذ النظر الى العورة حرام الا اذا اعتبرنا نظر جنسها م لان نظر الجنس اخف ش لان نظر المرأة الى عورة
المرأة اخف اذ شهوتهن اقل من نظر الرجل الى عورتها م فكذا ش اي فلاجل ذلك م يسقط اعتبار
العدد ش لان نظر الواحد اخف من نظر الجماعة م الا ان المثنى والثلاث احوط ش لزيادة طمأنينة
القلب م لما فيه من معنى الالزام ش لان فيه شبها بالشهادة وقال تاج الشريعة قوله من معنى الالزام
يعني الزام الغير وقال الاكمل اعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر
الواحد لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث احوط من نظر الواحد والجواب ان يقال
هذا النظر يوجب عدم اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما فقلنا بعدم الوجوب

والجوار احتياطا م ثم حكمها ش اي حكم شهادة امراة واحدة م في الولادة شرحناه في الطلاق ش يعني
في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة فلينظر
فيه هناك م واما حكم البكارة ش فانه سواء كانت المراة مهيرة او معيبة لابد من نظر النساء اليها
للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرت اليها وشهدن فاما ان يؤيد شهادتهن مؤيد او لا فان
كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني فلابد ان يضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا م فان شهدن
انها بكر ش فان كانت مهيرة م يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها ش اي بعد السنة م لانها ش اي
لان شهادتهن م تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل ش بيانه ان امراة العنين مع زوجها اذا اختلفا بعد
مضي المدة فقال الزوج وصلت اليها وقالت هي لم يصل الي فانها ترى النساء فان قلن هي بكر فانها تخير
فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما وانبنت الفرقة بقولهن لتايده بشهادة فصل الاصل وهو البكارة م
وكذا في رد المبيع ش اذا كان جارية م اذا اشتراها بشرط البكارة ش بيانه اذا اشترى رجل جارية
على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع هي بكر في الحال فان القاضي يريها النساء م
فان قلن انها ثيب ش لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد
بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع م يحلف البائع ش لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر
فان لم يكن قبضها بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل يرد عليه وان حلف لزم المشتري م لينضم نكوله ش
اي نكول البائع م الى قولهن م والعيب يثبت بقولهن ش هذا جواب عما يقال شهادة النساء حجة
فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن ش اي في حق سماع الدعوى وحق التحليف م فيحلف البائع ش فان
المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لابد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان
القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب يثبت العيب في الحال وعمل في الحدث ثم يحلف البائع
على انه لم يكن ذلك المبيع في الوقت الذي كانت في يده م واما شهادتهن على استهلال الصبي لا يقبل عند ابي
حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال ش اي لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع
عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة وبه قال الشافعي في قول وان لم يحضر الرجال فشهادتهن
كشهادتهن على جراحات النساء في الحمامات وان لم يحضر الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد
من الام فلا يطلع عليه الرجال م الا في حق الصلوة ش اي تقبل شهادة المراة الواحدة الحرة على استهلال
الصبي في حق الصلوة عليه فانها تجوز بالاتفاق م لانه ش اي لان حق الصلوة م من امور الدين ش فشهادة
الواحدة حجة في ذلك كشهادتها على هلال رمضان م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م يقبل
في حق الارث ايضا لانه ش اي لان استهلال الصبي صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة م فصار
كشهادتهن على نفس الولادة ش وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول م قال ش اي القدوري م ولا
بد في ذلك كله ش اي في جميع ما ذكر من انواع الشهادة م من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد
لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله عز وجل ممن ترضون من الشهداء
واشهدوا ذوي عدل منكم ش والتي [illegible] ولا خلاف فيه للفقهاء وكون الشهادة حجة باعتبار الصدق
وهو معنى قوله م ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى ش من التعاطي وهو التناول م غير الكذب
قد يتعاطاه ش اي لان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا ويقدم على شهادة
الزور ايضا فترد شهادته للتهمة م وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها ش اي قدر [illegible]
م في الناس ذا مروءة ش اي انسانية وفي المروءة لغتان الهمز وتشديد الواو م تقبل شهادته لانه لا يستاجر
لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ش لانه لا يرضى ان يعرف بين الناس بالكذب لمن وثر يمنعه عن ذلك
وكذلك لا يرى لنفسه ان يستاجر على شهادة الزور خوفا ان يثلم في وجاهته م والاول ش وهو عدم
قبول شهادة الفاسق مطلقا ذا وجاهة او لا م اصح ش لاطلاق قوله عز وجل واشهدوا ذوي عدل
وقوله ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا ولان قبول الشهادة والعمل بها اكرام الشهادة وقال عليه السلام
اكرموا الشهود الحديث وفي حق الفاسق امرنا بخلاف ذلك قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه
بوجه مكفهر اي شديد العبوسة ولا مروءة لمن لم يجتنب الفسق شرعا كذا في المبسوط م الا ان القاضي
ش اي لكن القاضي م لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا ش وقال الشافعي لا تقبل شهادة الفاسق ولا

الفاسق

ده

يجوز قضاؤه م والمسالة معروفة ش وقد مر الكلام فيها في اوائل كتاب ادب القاضي م واما لفظة الشهادة
فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها ش اي في النصوص م بهذه اللفظة ش اي بلفظ الشهادة
قال الله تعالى اقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال صلى الله عليه وسلم
اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع م ولان فيها ش اي لفظة الشهادة م زيادة توكيد ش لدلالتها على
المشاهدة م فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة ش اي بلفظ الشهادة
اشد ش والنصوص وردت بقبولها بهذه اللفظة فتقتصر على مورد النص ولا يقال جاء الامر بالتكبير
بلفظ التكبير قال الله تعالى وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفة ومحمد تبديله بلفظ اخر مثل الله
اجل واعظم لانا نقول ان التكبير للتعظيم وفي قوله اجل واعظم صريح التعظيم فكان مثله من كل وجه
فالحق به دلالة اما الشهادة فتنبئ عن المشاهدة والعيان ولهذا اتذكر للقسم فكانت لها زيادة
تاكيد في الاخبار على قوله اتيقن او اعلم فلا يمكن الحاقهما بلفظ الشهادة م وقوله ش اي قول القدوري
م في ذلك كله ش اي في جميع ما تقدم ش من انواع الشهادة م اشارة الى ما تقدم م حتى
يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء بالولادة هو الصحيح ش احترز به عن قول العراقيين
فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة وفي المنتقى ان لفظة الشهادة والحرية غير معتبر وحكي عن الكرخي
ان الشهادة على الولادة ليست بشهادة وانما هي خبر واليه ذهب صاحب المختلف والذي قاله
القدوري هو الذي اختاره مشايخ بلخ وقال الرازي وعليه مشايخنا وقال التمرتاشي قال في
شرح بكر قال مشايخ بخارى وبلخ تشترط لفظة الشهادة وقال مشايخ العراق لا تشترط كما في شهادة
هلال رمضان م لانه ش اي لفظ شهادة النساء بالولادة م شهادة ش وليست بمجرد اخبار م لما فيه
من معنى الالزام ش اي الزام النسب م حتى اختص ش اي لفظ شهادة النساء م بمجلس القضاء ش فلا
يعتبر في غير مجلس القاضي م ويشترط فيه ش قال الرازي اي في الشاهد م الحرية والاسلام ش
في جميع ما ذكرنا من مراتب الشهادة والظاهر ان الضمير في قوله فيه اي في اشتراط لفظ الشهادة في
شهادة النساء بالولادة تشترط الحرية والاسلام ايضا ويؤيده نسخة شيخنا العلاء رحمه الله ولهذا
تشترط الحرية والاسلام حتى لو كانت امة او كافرة لا يقبل م قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر
العدالة في المسلم ولا يسال ش اي عن حال الشهود م حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي
صلى الله عليه وسلم م المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ش هذا الحديث رواه
ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن عبد الله عن جده
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اخره م ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ش اي مثل ما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم روي عن عمر بن الخطاب هذا رواه الدارقطني في سننه مطولا حدثنا عبيد الله
ابن ابي حميد عن ابي المليح الهذلي قال كتب عمر رضي الله الى ابي موسى الاشعري اما بعد فان القضاء فريضة محكمة
وسنة متبعة الحديث وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او مجربا في شهادة زور او
ظنينا في ولاء او قرابة وقال الدارقطني وعبيد الله ابن ابي حميد ضعيف وقال النسائي متروك الحديث و
قال البخاري منكر الحديث واسم ابي حميد غالب ابو الخطاب الهذلي الكوفي م ولان الظاهر ش في حال المسلم م
الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية ش فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت
للمدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة قيل في جوابه ما اشار اليه المصنف بقوله م اذ لا وصول
الى القطع ش اي لا امكان للوصول الى الدليل القطعي الا بالظاهر لانه لو لم يكتف بالظاهر احتيج الى
التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر اذ لو لم يعمل بقوله لاحتيج الى مزك اخر ويؤدي ذلك
الى الثالث والرابع فيؤدي الى الدور او التسلسل وقال الاكمل يجوز ان يقال الظاهر هنا اعتبر للدفع لا
للاستحقاق لان دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر
العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا م الا في الحدود والقصاص ش استثناء من قوله ولا يسال
حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص م فانه ش اي فان الحاكم م يسال عن الشهود لانه يحتال
لاسقاطها ش اي لاسقاط الحدود ولان مبناها على الدرء م فيشترط الاستقصاء فيها ش اي
السؤال عن العدالة ربما يفضي الى الدرء فيجب السؤال احتيالا له م ولان الشبهة فيها ش اي في الحدود

جميع

م وانه ش اي العدالة وان كانت ظاهرة ولكن احتمال كونه غير عدل ثابت فتحمل هذه الشبهة
بالدرء م وان طعن الخصم فيهم ش اي في الشهود م سال عنهم ش يعني في غير الحدود والقصاص لان في
الحدود والقصاص يسال قبل الطعن م لانه تقابل الظاهران ش يعني كما ان الظاهر ان الشهود
لا يكذبون فكذا الظاهر ان الخصم لا يكذب في طعنه فاذا كان كذلك م فيسال ش الحاكم م عنهم
ش اي عن الشهود م طلبا للترجيح ش بين المتعارضين م وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال عنهم
السر والعلانية في سائر الحقوق ش يعني سواء طعن الخصم او لم يطعن في جميع الدعاوي وبه قال
الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لم يسال عنه ومن عرف جرحه رد شهادته
تجب السؤال عما شك م لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة ش
يقال تعرفت ما عنده اي تطلبته منه حتى عرفته م وفيه ش اي وفي تعرفه م صون قضائه ش اي حفظه
م عن البطلان ش على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا فيبطل القضاء م وقيل هذا ش اي هذا الخلاف
م اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ش بيانه ان ابا حنيفة رضي الله عنه كان في القرن
الثالث الذي شهد النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية لاهله حيث قال خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين
يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد وهما كانا
في القرن الرابع الذي شهد النبي صلى الله عليه وسلم بفشو الكذب في اهله فلهذا اشترطا الاستكشاف ولو
شاهدا ابو حنيفة ذلك لقال بقولهما ولهذا قال المصنف م والفتوى اليوم على قولهما ش اي على قول ابي
يوسف ومحمد م ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة ش اي الرقعة التي يكتب فيها القاضي اسامي
الشهود وحلاهم م الى المعدل ش بكسر الدال سميت بالمستورة لانها تستر عن نظر العوام م فيها ش اي
في المستورة بان م النسب ش اي نسب الشهود م والحلى بكسر الحاء المهملة وتخفيف اللام مقصورا جمع
حلية وفي المغرب حلية الانسان صفته وجاء الضم في الحاء في الجمع والكسر افصح م والمصلى ش قيل اراد
به المحلة والظاهر ان المراد به مسجد المحلة م ويردها المعدل ش اي يرد المعدل المستورة م كل ذلك ش
السر كيلا يظهر ش اي المعدل م فيخدع ش على صيغة المجهول بالنصب لانه جواب النفي اي يخدع بالمال م او
يقصد ش مجهول ايضا منصوب لانه معطوف على يخدع اي يقصد بالاضرار اذا كان ظاهرا وفي المحيط
وفتاوى قاضي خان وينبغي للقاضي ان يختار للمسائل عن الشهود من هو اوثق الناس واورعهم واكثرهم
والزمهم امانة وخبرة واعلمهم بالتمييز فطنة فيوليه المسالة ثم يكتب في رقعة اسماء الشهود واسماء
ابائهم وحلاهم وقبائلهم ومحالهم ومصلاهم ويبعث تلك الرقعة على يد امين مختومة اليه ولا يطلع
احد على ما في يده حتى لا يتخدع بالرشوة ولو كان المزكي ثقة وقد تجعل الامين على المدعي ويمن الضعيف الى
يكتب فيها اساميهم عليه ايضا ثم المزكي يسال عنهم من اهل جيرانهم ومحلتهم فان لم يجدوا الا من اهل سوقهم
فاذا قال المسؤول عنهم هو عدل يكتب المزكي في اخر الرقعة انه عدل مرضي عندي جائز الشهادة والا يكتب
انه غير عدل غير مرضي وفي فتاوى قاضي خان من عرف فسقه لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا
عن هتك الستر ويقول الله يعلم الا اذا خاف ان القاضي يقضي بشهادته بعد تعديل غيره فحينئذ يصرح به
ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ثم يبعث تلك الرقعة الى القاضي
سرا ثم القاضي ان شاء جمع بين تزكية السر وبين تزكية العلانية وفي الذخيرة وينبغي ان يكون المزكي صاحب
خبرة ولا يكون منزويا لا يخالط الناس لانه اذا لم يخالطهم لا يعرف العدل من غير العدل وينبغي ان لا يكون
طماعا ولا فقيرا حتى لا ينخدع بالمال فان لم يجد المزكي اهل مسجده او محلته او سوقه ليسال اهل مجلسه فان
وجدهم كلهم غير ثقات يعتبر في ذلك تواتر الاخبار ولو لم يعرف الشهود بالعدالة فاخبره رجلان عدلان
على التسبب وعن ابن سماعة عن ابي حنيفة تجوز تزكية السر المراة والعبد والمحدود في القذف
اذا كانوا عدولا ولا تجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته لان تزكية السر من الاخبار وخبر
وقول هؤلاء في الامور الدينية اذا كانوا عدولا مقبول كما في روايتهم الاخبار وشهادتهم بهلال رمضان اما
العلانية نظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب الا بها كالشهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة
سوى لفظ الشهادة حتى لا تجوز تزكية الوالد لولده وعلى العكس وفي السر جائز م وفي العلانية ش اي وفي
التزكية العلانية م لا بد ان يجمع ش الحاكم في مجلس القضاء م بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل

غيره ش لان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد
م وقد كانت العلانية ش اي التزكية العلانية م وحدها ش يعني بدون تزكية السر م في الصدر الاول ش اي الصحابة
رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل كان لا يتوقى عن الجرح لانهم كانوا لا يقابلونه بالاذى لو جرحهم وفي
زماننا ليس كذلك م ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ش اذ الشهود يقابلون الجارح بالاذى م
ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ش لان الشهود يقابلون المزكي اذا جرحهم بالاذى ويقع بينه وبينهم
العداوة م ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو ش اي الشاهد م حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي
بقوله ش اي بقول المعدل م هو عدل ش ولا يشترط ان يقول هو عدل جائز الشهادة م لان الحرية ثابتة بالدار
لان الدار دار الاسلام وقال المصنف رحمه الله م وهو الاصح ش وبه قال اصحاب الشافعي واحمد وقال مالك
لا بد من ذكر العدالة والرضى بان يقول هو عدل مرضي ولا يقتصر على احد الوصفين ذكره في الجواهر م وفي
قول من راى ان يسال عن الشهود ش بيان هذا ان ابا حنيفة قال على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على
قول من يقول بالسؤال اذا سال م لم يقبل قول الخصم ش وهو المدعى عليه م انه عدل ش وفسر المصنف الخصم
بقوله م معناه قول المدعى عليه وكذا فسرناه ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال
في قول من راى ان يسال عن الشهود انه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسال عنه اي
وذلك لان من اصل ابي حنيفة ان القاضي لا يسال عن الشهود في غير الحدود والقصاص الا اذا طعن
الخصم ومع هذا اذا سال عنهم على قول من راى ذلك فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفي بذلك حتى
يسال غيره لان تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث
اعتقده على شهادته م وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته ش اي تزكية الخصم وبه قال الشافعي في
قول وفي قول اخر لا يجوز م لكن عند محمد ش انما يجوز م بضم تزكية اخر اليه ش لان العدد شرط
عنده ش اي عند محمد وفي بعض النسخ لان العدد شرط عنده وفي جامع قاضي خان هذا اذا كان المدعى
عليه يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا او سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا قال هم عدول
لا يصح هذا التعديل لان العدالة في المزكي شرط عند الكل ولم يوجد وعن محمد ان القاضي يسال عن المدعى
عليه شهدوا عليك بحق او بغير حق فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضي بشيء م ووجه الظاهر
ش اي وجه ظاهر الرواية م ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره ش
بالصاد المهملة والاصرار هو الثبات على الشيء اي الخصم مبطل في ثباته على الانكار م فلا يصلح معدلا ش لا
لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق م وموضوع المسالة ش هذا جواب عما يقال تعديل الخصم اقرار منه
بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق فاجاب المصنف بقوله م
وموضوع المسالة ش يعني الذي بنيت عليه هذه المسالة م اذا قال ش اي المدعى م هم عدول الا انهم
ف اخطاوا او نسوا ش ومثل هذا ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام يشتمل على الاقرار وغيره فيصدق
في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة واجيب بانه لا اقرار فيه بالنسبة اليه لانه نسبهم في ذلك
الى الخطاء والنسيان فانى يكون اقرارا م اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة ش جمع صادق
فقد اعترف بالحق ش فيقضي القاضي عليه باعترافه لا بالشهادة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير
م واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز ش لانه ليس بشهادة فلا يشترط فيه العدد
العدد والاثنان افضل لانه احوط م وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ش وبه قال مالك واحمد
سول في رواية م وقال محمد لا يجوز الا اثنان ش وبه قال الشافعي واحمد في رواية م والمراد منه ش اي من ر
القاضي الذي يسال عن الشهود م المزكي ش وهو المرسل اليه فكان قوله الذي يسال عن الشهود
صفة الرسول لتفسيره والذي يسال عنه عن الشهود هو المزكي م وعلى هذا الخلاف رسول القاضي
الى المزكي والمترجم عن الشاهد ش يعني يكفي الواحد للتزكية والرسالة والترجمة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي واحمد والترجمة
جائز اذا كان القاضي لا يعرف لسانهم والنبي صلى الله عليه وسلم صنع في حق سلمان رضي الله عنه
فقال ترجم كلامه اذا فسر بلسان اخر وفي الخلاصة الترجمان اذا كان اعمى فعند ابي حنيفة لا يجوز وعن
ابي يوسف انه يجوز م له ش اي لمحمد م ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة

وهو بالتزكية فيشترط فيه ش اي في المزكي م العدد كما يشترط فيه العدالة ويشترط الذكورة في
المزكي في الحدود ش بالاجماع وكذلك في القصاص وذكر في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب
ابي حنيفة تشترط الذكورة في المزكي عند ابي حنيفة خلافا لهما وتشترط ايضا عند الائمة الثلاثة فيما لا يثبت
بشهادة النساء وعلى هذا الخلاف الجرح فعندهما يثبت بواحد وبه قال مالك واحمد وعند محمد لا بد من اثنين
وبه قال الشافعي واحمد في رواية م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م انه ش اي ان التزكية م ليس
في معنى الشهادة ولهذا ش اي ولعدم كونه في معنى الشهادة م لا يشترط فيها لفظة الشهادة ومجلس القضاء ش
فلا يشترط فيها ما يشترط في الشهادة م واشتراط العدد امر حكمي ش اي تعبدي ثبت بالنص على خلاف القياس
م في الشهادة فلا يتعداها ش اي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية م ولا تشترط اهلية الشهادة
في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا ش لمولاه وغيره م فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد
ش شرط م على ما قال الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء ش وقال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون
المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية ذكره في الفصل
الثامن من كتاب القضاء م قالوا ش اي المشايخ يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد ش الا
من الذكور في المزكين ذكره في الذخيرة م **فصل** ش اي هذا فصل في بيان احكام
تتعلق باداء الشهادة بان الشاهد كيف يشهد عند القاضي م ما يتحمله الشاهد على ضربين ش اي على نوعين
م احدهما ما يثبت حكمه بنفسه ش اي بلا احتياج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم
الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه ش الذي سمعه مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم هذا من المسموعات
والذي رآه مثل الغصب والقتل ونحو ذلك من المبصرات م وسعه ش اي وسع الشاهد م ان يشهد به
وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن ش اي العلم بالموجب بنفسه هو الركن م
في اطلاق الاداء ش اي في جواز اداء الشهادة م قال الله عز وجل الا من شهد بالحق وهم يعلمون ش بيانه
ان الله تعالى جوز اداء الشهادة بعد العلم ومتى حصل العلم بالرؤية والسماع فتصح الشهادة بدليل
الاجماع ايضا الا ترى ان رجلا لو طلق امراته ثلاثا او اعتق عبده او امته وسمع الرجلان ذلك جاز
للمراة او العبد يطلب شهادتهما لم يسعهما ترك الشهادة لئلا يقع الرجل في الوطي الحرام في المراة والامة
قالوا انما يجوز ذلك اذا رآه يفعل ذلك وعرف صحته فان سمع كلامه من وراء حجاب غليظ او حائط
لا يراه لا يسعه الشهادة لان الصوت يشبه الصوت فلا يجوز الشهادة بالشك م وقال النبي صلى
الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ش هذا الحديث رواه البيهقي في سننه
والحاكم في المستدرك عن محمد بن سليمان بن مشمول حدثنا ابي حدثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام عن
ابيه طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس
قال نعم قال على مثلها فاشهد او فدع قال الحاكم حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي في
مختصره فقال بل هو حديث واه فان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى وقال النسائي
ضعيف وقال ابن عدي عامة ما يرويه لا يتابع عليه لا في اسناده ولا في متنه فان قيل جعل العلم بالموجب
ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط والموصولة
للشرط اجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه م ويقول
اشهد انه باع ش يعني اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد انه باع ولا يقول
اشهدني لانه كذب ش لانه ما اشهده وفي الذخيرة هذا في البيع الصريح اما في البيع على سبيل التعاطي
يشهدون على الاخذ والاعطاء لان التعاطي بيع حكمي وقيل لو شهدوا على البيع يجوز م ولو سمع من وراء
حجاب ش اي قول واحد بعت وقول اخر اشتريت م لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي ش بان قال
اشهد بالسماع من وراء الحجاب م لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة ش وهي الكلام الخفي من حد ضرب يقال
فلان حسن النغمة اذا كان حسن الصوت في القراءة م الا اذا كان ش استثناء من قوله لا يجوز له
ان يشهد الا اذا كان ش اي الشاهد م دخل البيت وعلم انه ليس فيه ش اي في البيت م احد سواه
ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره ش اي غير الباب م فسمع اقرار الداخل ولا يراه ش حينئذ
يجوز له ان يشهد على اقراره م لانه حصل العلم في هذه الصورة ش وكان ابن مقاتل يجوز الشهادة بالسماع

من وراء الحجاب مطلقا وقال ابو الليث اذا رأى شخصها حال اقرارها يجوز والا لا بشرط رؤية شخصها
لا رؤية وجهها ذكره في الذخيرة م ومنه ش هذا بيان للضرب الثاني من الضربين اللذين ذكرهما بقوله ما
يتحمله الشاهد على ضربين اي ما يتحمله الشاهد م ما لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة ش فانها لا يثبت بها
الحكم ما لم يشهد م فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها ش بضم الياء
في يشهد لانه مجهول م لان الشهادة ش اي شهادة الاصول م غير موجبة بنفسها ش وفي بعض النسخ
غير مثبتة بنفسها م وانما تصير ش اي الشهادة م موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة
والتحميل ش اي لا بد من الانابة بتحميل الشهادة على الفرع حين نقلها الفرع الى مجلس القاضي وقال الاكمل
الاكمل والاول معنى قوله الانابة اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر
الموكل والثاني معنى قوله والتحميل اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل
بل بطريق التحميل م ولم يوجد ش اي كل واحد من الانابة والتحميل م وكذا اذا سمعه ش اي اذا سمع الشاهد
م يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ش اي لان ذلك الشاهد ما حمل السامع على
شهادته وانما حمل غيره ش اي غير السامع وهذا بخلاف القاضي اذا اشهد على قضيته وسمع منه اخرون
وسعهم ان يشهدوا لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فيصح التحميل من غير اشهاد كذا ذكره فخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير م قال ش اي القدوري م ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان
يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم ش وهذا كما رايت لم يذكر القدوري
فيه الخلاف وكذا لم يذكره في شرح الاقطع وكذلك الخصاف لم يذكر الخلاف في ادب القاضي فلاجل هذا
قال المصنف رحمه الله م قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد ش ولما ذكر الخلاف في
المختلف وذكر ان القاضي وراوي الخبر كذلك على الخلاف م وقيل هذا ش اي عدم الحل به وتذكره
الحادثة م بالاتفاق وانما الخلاف اذا وجد القاضي شهادته ش اي شهادة شاهد م في ديوانه او قضيته
ش اي او وجد حكمه مكتوبا في خريطته م لان ما يكون في قمطره ش اي في خريطته وقال تاج الشريعة
القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء ما يصان فيه الكتب قال ، ليس بعلم ما يحوي القمطر ،
ما العلم الا ما وعاه الصدر م فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له ش اي للقاضي
م العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره ش وفي ادب القاضي من المبسوط ههنا ثلاثة فصول
احدها القاضي اذا وجد في ديوانه صحيفة شهادة ولم يتذكر انهم شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول ابي
حنيفة لا يحكم بدون التذكر وبه قال الشافعي واحمد في رواية وعند ابي يوسف ومحمد اذا وجد ذلك في قمطره
تحت خاتمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية والثاني الشاهد يجد شهادته في صك وعلم انه خطه
وهو معروف ولم يتذكر الحادثة والثالث اذا سمع حديثا فوجد مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره لا يحل
له الرواية عند ابي حنيفة بدون التذكر ولهذا قلت روايته ومحمد اخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا
وقال يعتمد خطه اذا كان معروفا وابو يوسف في مسالة القضاء والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب
كان في يده وفي مسالة الشهادة اخذ بالعزيمة ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن مسجلا فشهدا بحكمه لم يمضه عند ابي
حنيفة وابي يوسف والشافعي وعند محمد واحمد وابن ابي ليلى يقضي به ويمضيه م وعلى هذا ش هذا عطف
على قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه اي على ما قيل من الوجهين من وجه الاتفاق والاختلاف م اذا ذكر المجلس
الذي كانت فيه الشهادة ش ولم يذكر الحادثة م او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت ش لا يحل له
ان يشهد بالاتفاق وقيل لا يحل ذلك على قول ابي حنيفة خلافا لهما م قال ش اي القدوري م ولا يجوز
للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب ش طريق معرفة النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة
لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان يحل له الشهادة
م والموت ش اذا سمع من الناس ان فلانا مات او راهم صنعوا به ما يصنع بالموتى وسعه ان يشهد
على موته وان لم يعاين ذلك وروى ابن سماعة عن محمد اذا اخبره واحد عدل بالموت وسعه ان يشهد
م والدخول ش اذا رأى رجلا يدخل على امراة وسمع من الناس ان فلانة زوجة فلان وسعه ان يشهد
انها زوجته وان لم يعاين عقد النكاح م والنكاح ش بان سمع ناسا يقولون ان فلانا تزوج فلانة
م وولاية القاضي ش اذا رأى رجلا يقضي بين الناس وسمع من الناس انه قاضي هذه البلدة

وسعه ان يشهد انه قاضي بلدة كذا فقضى لفلان بكذا وان لم يعاين تقليد الامام اياه م فانه ش اي فان الشاهد
م يسعه ان يشهد بهذه الاشياء ش الخمسة المذكورة وبه قال احمد والشافعي في قول ومالك في رواية
ان كان في عامة الشهرة وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز في النكاح وبه قال مالك في رواية م اذا اخبره
بها ش اي اذا اخبر الشاهد بهذه الاشياء م من يثق به ش وهذا استحسان م والقياس ان لا يجوز ش
الشهادة بالتسامع م لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بحصول العلم م ولم يحصل ش بمجرد
حكم هذا م كالبيع ش حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع لعدم المشاهدة م وجه الاستحسان ان هذه
الامور ش الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام وهذه الامور م
تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ش لا يطلع عليها الا هم م ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء
القرون ش كالارث والنسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي وكثبوت كمال
المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والعدة والاحصان م فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى
الحرج وتعطيل الاحكام ش لان العادة لم تجر بحضور الناس الولادة وانما يرون الصبي مع امه وينسبونه
الى الاب ويقولون هو ابن فلان وكذلك عند الموت لا يحضر الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة حكموا بان
فلانا مات وكذلك النكاح لا يحضره كل احد فاذا اخبر بعضهم بعضا ان فلانا نكح فلانة يعتمدون على ذلك
ذلك في التحقيق وكذلك الدخول لا يعلم الا بامارته وكذلك ولاية القاضي لا يحضرها كل احد فاذا رأوا
الحكم وجلس القاضي في مجلس الحكام ونظر بين الخصوم تحققوا انه قاضي الا ترى انا نشهد ان عليا رضي الله عنه
ابن ابي طالب وان لم نعاين الولادة ونشهد ان ابا بكر وسائر الصحابة رضي الله عنهم ماتوا وان لم نعاين الموت
ونشهد ان عائشة رضي الله عنها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وان لم نعاين النكاح وكذا نشهد انه
عليه السلام دخل بها وان لم نعاين الدخول وكذا نشهد ان شريح بن الحارث كان قاضيا وان لم نعاين ذلك
م بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد ش وسببا للملك هو البيع وهو مما يعاينه كل احد م وانما يجوز للشاهد
ش هذا جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه
وتقرير الجواب ان يقال لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد م ان يشهد بالاشتهار
وذلك ش اي الاشتهار م بالتواتر او باخبار من يثق به ش فالاول اشتهار حقيقة والثاني اشتهار حكما
م كما قال في الكتاب ش اي في مختصر القدوري وهذا اشارة الى ما ذكر بقوله فيما اذا اخبره بها من يثق
وبين المصنف ان العدد فيمن يثق به شرط بقوله م ويشترط ان يخبره رجلان او رجل وامرأتان ليحصل
نوع علم ش وهذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة
بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة
على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظ الخبر م وقيل في الموت يكتفي بخبر الواحد او واحدة
ش انما قال بلفظ قيل لان في الموت اختلاف المشايخ عامتهم على انه يكتفي باخبار واحد عدل وهو المروي عن
ابن سماعة عن محمد قال اذا اخبرك عدل بالموت وسعك ان تشهد به وبعضهم قالوا لا يكتفي بخبر الواحد
كما في النكاح واليه ذهب ظهير الدين في نكاح فتاواه وبه قالت الائمة الثلاثة م لانه ش اي لان الشأن
م قل ما يشاهد حاله ش اي حال الموت م غير الواحد اذ الانسان يهابه ش اي الموت م ويكرهه فيكون
في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح ش فان فيهما لا بد من عدلين وقال شيخ العلاء
رحمه الله وههنا مسألة عجيبة لا رواية لها وهو ان الموت اذا لم يعاينه الا واحد فلو شهد عند القاضي
لا يقضي بشهادته وحده فماذا يصنع قالوا يخبر بذلك عدلا مثله فاذا سمع منه حل له ان يشهد على موته
فيشهد هو مع ذلك الشاهد حتى يقضي القاضي بشهادتهما فلو شهد واحد بالموت واخر بالحياة فامرأته
تأخذ بقول من يخبر بالموت لانه يثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه وذكر فيه انما يجوز الشهادة
بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله
لا يجوز الا بالمعاينة م وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ش هذا بيان لكيفية الاداء قوله ان يطلق
اي يقول اشهد ان فلانا ابن فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن ابي قحافة والخطاب
ولم نشاهد شيئا من ذلك م اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد
في الاملاك يطلق الشهادة ثم اذا فسر ش انه انما يشهد لانه رآه في يده م لم يقبل كذا هذا ش اي لانه

اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدقه فتكون الشهادة عن علم ولا كذلك اذا فسر ويقول سمعت هذا م
ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا
وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الاخر انبساط الازواج ش جاز له ان يشهد بانها امرأته م
كما اذا رأى عينا في يد غيره ش جاز له ان يشهد به م ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة
حتى لو فسر للقاضي قبله لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ثم قصر الاستثناء في الكتاب ش يعني قصر
اعتبار التسامع في كتاب القدوري م على هذه الاشياء ش اي على الاشياء الخمسة في قوله الا النسب والنكاح
والموت والدخول وولاية القاضي م ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف ش قوله ينفي خبر لقوله
قصر الاستثناء وهو مرفوع على الابتداء مصدر مضاف الى مفعوله حاصل المسألة لا تجوز الشهادة بالتسامع
في الولاء والوقف وفي شرح الاقطع قال ابو حنيفة ومحمد لا تجوز الشهادة بالولاء الا ان يسمعا المعتق هكذا
ذكر في الاصل في رواية ابي حفص وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال اذا اشتهر واعلى ولاء مشهور
جاز وهو احدى الروايتين عن محمد وهو معنى قوله م وعن ابي يوسف اخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة
النسب ش وبه قال مالك واحمد وبعض اصحاب الشافعي قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة
في النسب جائز بالتسامع فكذا على الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبر مولى علي رضي الله عنه وان عكرمة مولى ابن
عباس رضي الله عنهم وان لم ندرك ذلك م وعن محمد انه ش اي التسامع ان الشهادة به م تجوز في الوقف لانه يبقى
على مر الاعصار ش وبه قال احمد والاصطخري من اصحاب الشافعي م الا انا نقول ش جواب عن قول ابي يوسف م
الولاء يبتنى على زوال الملك ش وهو ازالة ملك اليمين م ولا بد من المعاينة ش لانه يحصل بكلام
يسمعه الناس م فكذا فيما يبتنى عليه ش اي فكذا لا بد من المعاينة فيما يبتنى على زوال الملك وهو
الولاء وفي ادب القاضي للشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا لان الشهادة على الولاء شهادة
على العتق ايضا وذكر شمس الائمة السرخسي ان الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع وعند ابن ابي
في قول واحمد ومالك تقبل في العتق ايضا ثم الخصاف شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء عند
ابي يوسف شرطا لم يشترطه محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان المعتق مشهورا او للمعتق ابوان
في الاسلام او ثلاثة م واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرطه لان
اصله هو الذي يشتهر ش وشرائطه لا تشتهر واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو الاصح وفي شرح الاقطع
لا تجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة وقال محمد يجوز وهو احد قولي الشافعي وبه قال احمد وقال المرغيناني
لا بد من بيان الجهة بان يشهد بان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته
وفي المجتبى والمختار ان تقبل على شرائط الوقف ايضا م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن كان في يده شيء سوى
العبد والامة وسعك ان تشهد انه له ش وفي جامع قاضي خان صورة المسألة رجل رأى عينا في يد انسان ثم رآها
في يد اخر والاول يدعي الملك وسعه ان يشهد انه للمدعي لان الملك في الاشياء لا يعرف بطريق اليقين وانما
يعرف بطريق الظاهر واليد بلا منازع دليل الملك ظاهرا بل لا دليل لمعرفة الملك للشاهد سوى اليد بلا منازع
م لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي ش اي اليد م مرجع الدلالة في الاسباب كلها ش من الشراء
والهبة ونحو ذلك م فيكتفى بها ش اي باليد فجاز للشاهد ان يشهد بها لان اليد على الملك ولكن لا يقول عند
الشهادة اشهد بانه ملكه لاني رأيته في يده لان الظاهر يكفي لاداء الشهادة اما لا يكفي للقضاء الا في العبد
والامة اذا كانا كبيرين يعبران عن انفسهما لانهما في يد انفسهما فلا يكون مجرد استخدامهما دليل الملك لان الحر
قد يخدم الحر اعانة او اجارة كانه عبد وهذا اذا كان لا يعرف انهما رقيقان اما اذا عرفا انهما رقيقان فيجوز
الشهادة لان العبد والامة لا يد لهما على انفسهما وكذا تجوز الشهادة اذا كانا صغيرين لا يعبران عن
انفسهما وان لم يعرفا انهما رقيقان لهذا المعنى م وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ش اي
مع رؤية اليد والتصرف م ان يقع في قلبه انه له ش اي ان هذا الشيء لمن في يده وفي الفوائد الظهيرية
اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد فقال وعنهما وجهه ان الاصل في الشهادة الاحاطة واليقين
لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وعند اعواز ذلك يصار الى ما يشهد به
القلب ولهذا قيل اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس وكتابا في يد جاهل ليس في ابائه من
هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد بالملك له م قالوا ش اي المشايخ م ويحتمل ان يكون هذا ش اي ما ذكر

من شهادة القلب م تفسيرًا لإطلاق محمد في الرواية ش وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له وذكر الصدر
الشهيد في أدب القاضي ويحتمل أن يكون قوله قولا للكل وبه نأخذ م وقال الشافعي دليل الملك اليد مع
مع التصرف ش أي التصرف مدة طويلة وبه قال مالك وأبو حامد الحنبلي م وبه قال بعض مشايخنا ش وهو
الخصاف م لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك ش وكذا الضمان والإنابة كالوكيل والمضارب م والتصرف
أيضا متنوع إلى إنابة وأصالة ش فضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم وعند أحمد والإصطخري
من أصحاب الشافعي يجوز أن يشهد في الملك بالاستفاضة لأنه موجب العلم الظاهر وعندنا ومالك
والشافعي في الأصح لا يجوز لاحتمال أنه اشترى من رجل ويكون لغيره وهو كثير فلا يفيد علما م ثم المسألة
على وجوه أربعة بالقسمة العقلية الأول هو قوله م إن عاين المالك والملك ش جميعا يحل له م حل
له أن يشهد ش لأنه شهادة عن علم وبصيرة لأنه عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده
وحقوقه ورآه في يده الثاني هو قوله م وكذا إذا عاين الملك بحدوده ش ينسب إلى فلان بن فلان
الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه وهو معنى قوله م دون المالك ش يجوز أن يشهد
م استحسانا ش والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة بالملك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به
تمنع جواز الشهادة فكذلك جهالة المشهود له وجه الاستحسان هو قوله م لأن النسب ش أي نسب
المالك م يثبت بالتسامع ش والشهرة م فيحصل معرفته ش أي معرفة المالك فكانت شهادة بمعلوم
لمعلوم ألا ترى أن صاحب الملك إذا كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار رؤيتها وتعرفها بنفسها
لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الملك
في الأموال وهي باطلة وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان و
والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصدًا وهو معتبر فيه كما تقدم في ضمن ذلك يثبت المال
والاعتبار للمتضمن ش الثالث هو قوله م وإن لم يعاينهما ش أي وإن لم يعاين الملك والمالك جميعا
بأن سمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لأنه مجازف في
الشهادة الرابع هو قوله م أو عاين الملك دون المالك ش فكذلك لا يشهد لجهالة المشهود به
وقوله م لا يحل ش جواب الوجهين الأخيرين م أما العبد والأمة ش مردود إلى قوله سوى العبد
والأمة تقريره إذا رأى عبدا أو أمة في يد شخص إن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك ش أي حل له
أن يشهد لذي اليد بالملك م لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه ش بل يكون في يد المستولي عليه م وإن
كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك ش يعني يحل له أن يشهد
لأنه لا يد لهما ش أي للصغيرين م وإن كانا ش أي العبد والأمة م كبيرين فذلك مصرف الاستثناء ش
في قوله سوى العبد والأمة لأن لهما يدا على أنفسهما فتندفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك ش
حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض
بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحر منهما بعد الكبر وقد
من ادعى رقيقا واحد وأجيب بأنه ما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للولي في الصغير وإنما المعتبر
من ذلك أنه لم يثبت لأحدهما عليهما رق م واحب أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا ش أي في الكبيرين
اعتبارا بالثياب ش والدواب للدلالة اليد على الملك م والفرق ما بيناه ش وهو قوله لأن لهما
يدا على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب والدواب لأنه لا يد لها على أنفسها والله أعلم

م باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ش

أي هذا باب في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل ولما فرغ عن بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع
شرع في بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع إلا أنه قدم الأول لأن المحال شروط والشرط
مقدم كالطهارة وأصل رد الشهادة ومبناها التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم وهي
قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة متهم بأن المشهود
له والمشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل في أداء التمييز كالعمى وقد تكون لفقد تهمة الكذب
مع قيام العدالة بدليل شرعي وهو المحدود في القذف لعدم التوبة عندنا وقبل التوبة عند الشافعي
م قال ش أي القدوري م لا تقبل شهادة الأعمى وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة تقبل فيما يجري

فيه التسامع ش كالنسب والموت م لأن الحاجة في ذلك إلى السماع ولا خلل فيه ش أي في السماع وبه قال
الشافعي ومالك وأحمد وهو قول النخعي والثوري والحسن البصري وسعيد بن جبير وعن ابن عباس رضي الله عنهما
تقبل فيما طريقه السمع أيضا وبه قال مالك وأحمد واختاره المزني وهو قول الزهري وربيعة والليث وشريح
وعطاء وابن أبي ليلى ولذا العقل في الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل له فيه كالبصير إذ حصول العلم بالسماع
وهو كالبصير في السماع ويعرف القائل باسمه ونسبه م وقال أبو يوسف والشافعي يجوز إذا كان بصيرا
وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول ولسانه غير مؤوف ش يعني لم تصبه آفة يقال
إيف فلان على ما لم يسم فاعله أي أصابته آفة فهو موف على مثال مخوف والآفة العاهة م والتعريف
ش أي التعريف المشهود له وعليه م يحصل بالنسبة ش بأن يقول أشهد على فلان بن فلان م كما في الشهادة على
الميت ش إذا أشهد عليه أن لفلان عليه كذا من الدين فإنه تقبل بالاتفاق إذا ذكر نسبته م ولنا أن الأداء
يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ش أي الصوت م وفيه
ش أي وفي النغمة بتأويل الصوت م شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ش فإن للشهود البصراء
كثرة فهم غنية عن شهادة الأعمى م والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ش هذا جواب عن قوله والتعريف
يحصل بالنسبة تقريره أن النسبة إنما تكون مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته على
أن هناك تقع الإشارة إلى وصي الميت وهو في ذلك قائم مقامه م وصار كالحدود والقصاص ش يعني أن
في الحدود والقصاص لا تقبل شهادته للشبهة فكذا هذا م ولو عمي بعد الأداء ش أي ولو عمي الشاهد بعد
أداء الشهادة قبل الحكم بها م يمتنع القضاء ش يعني لم يجب الحكم بها م عند أبي حنيفة ومحمد لأن قيام أهلية
الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها ش أي لصيرورة الشهادة م حجة عنده ش أي عند القضاء
ولا قيام لها بعد العمى م وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق ش بعد الأداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته
والأمر الكلي في هذا أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء لأن المقصود من أدائها القضاء وهذه الأشياء
تمنع الأداء بالإجماع فيمنع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء وعند أبي يوسف
لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء م بخلاف ما إذا ماتوا ش هذا جواب عما يقال لا نسلم أن قيام الأهلية وقت
القضاء شرط فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء وتقرير الجواب أن الشهود
إذا ماتوا م أو غابوا ش لا يمتنع القضاء م لأن الأهلية بالموت قد انتهت ش والشيء يتقرر بانتهائه م وبالغيبة
ما بطلت ش أي الشهادة ألا ترى أن شاهد الفرع إذا شهد بعد موت الأصل تقبل شهادته والقضاء يكون
بشهادة الأحوال فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بالشهادة م قال ش أي القدوري م ولا
المملوك ش وهذا عطف على قوله شهادة الأعمى أي ولا يقبل شهادة المملوك وبه قال الشافعي وعن علي
رضي الله عنه أنه قال لا تقبل شهادة العبيد بعضهم على بعض ولا تقبل على حر وعن أنس رضي الله عنه أنه
يقبل على الأحرار والعبيد وبه قال عثمان البتي وإسحاق وأحمد وداود وعن الشعبي والنخعي أنها
تقبل في القليل دون الكثير ولا تقبل شهادة الصبيان عندنا وبه قال الشافعي وأحمد وعامة
العلماء وعن مالك تقبل شهادة الصبيان في الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لأمر مباح قبل أن يتفرقوا
وروي ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنهما وعن أحمد رواية أيضا وعن مالك أنه يقبل في كل شيء لإطلاق
النصوص والعبد والصبي عدل قلنا الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما على أنفسهما فعلى غيرهما
أولى إلا أن يؤديا في الحرية والبلوغ ما تحملاه لأنهما من أهل الولاية عند الأداء وبه قال الشافعي
وأحمد م لأن الشهادة من باب الولاية ش لأنها تنفيذ القول على الغير م وهو ش أي العبد م لا
ولاية له على نفسه فأولى أن لا ولاية على غيره ش وقال الخصاف في أدب القاضي حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا
حفص بن غياث عن الحجاج عن عطاء عن ابن عباس قال لا تجوز شهادة العبد م ولا المحدود في القذف وإن تاب
ش أي ولا تقبل أيضا شهادة المحدود في القذف وقوله وإن تاب واصل بما قبله م لقوله تعالى ولا تقبلوا
لهم شهادة أبدا ش وجه الاستدلال أن الله تعالى نص على التأبيد وهو ما لا نهاية له والتنصيص
عليه ينافي القبول في وقت ما م ولأنه ش يعني ولأن رد الشهادة م من تمام الحد لكونه ش أي لكون
تمام الحد م مانعا ش أي عن القذف لكونه زاجرًا لأنه يؤلم قلبه كالجلد يؤلم بدنه ولأن المقصود من
الحد دفع العار عن المقذوف وذلك في إهدار قول القاذف أظهر لأنه بالقذف آذاه في قلبه فجزاؤه أن كان

تقبل شهادته لانه فعل لسانه وقد قام بحسبه فيكون من تمام الحد م فيبقى ش اي الرد م بعد التوبة
كاصله ش اي كاصل الحد اعتبارا للرد بالاصل م بخلاف المحدود في غير القذف ش وهذا جواب عما يقال المحدود
في القذف فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير
القذف فاجاب بقوله بخلاف المحدود في غير القذف ش نحو السرقة والزنا وشرب الخمر حيث تقبل شهادته
بعد التوبة م لان الرد ش اي رد الشهادة م للفسق وقد ارتفع بالتوبة ش وفي المحدود في القذف الرد من
تمام الحد فظهر الفرق بينهما م وقال الشافعي تقبل ش اي توبته م اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا
استثنى التائب ش بيانه ان المانع من قبول شهادة الفاسق وبالتوبة ارتفع الفسق فتقبل شهادته
قياسا على المحدود في الزنا او السرقة او شرب الخمر اذا تاب فان شهادته تقبل بالاتفاق الا عند الحسن
بن حي والاوزاعي فان عندهما لا تقبل شهادة من حد في الاسلام بعد التوبة في قذف او غيره كذا ذكره ابو
بكر الرازي في شرح الطحاوي وبقول الشافعي قال مالك واحمد وابو ثور واختلفوا في توبته فقال الشافعي
توبته اكذابه نفسه وبه قال احمد لما روي عن عمر رضي الله عنه قال توبة القاذف اكذابه نفسه
اوقال كان قذفي باطلا وبه قال ابو اسحق من اصحاب الشافعي وهو رواية عن احمد وقال الاصطخري
من اصحاب الشافعي توبته ان يقول قد تبت فيما قلت ولا اعود الى مثله وهل يعتبر مع التوبة اصلاح
العمل فيه قولان م قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون ش يعني
الاستثناء ليس براجع الى جميع ما تقدم لان من جملته قوله تعالى فاجلدوهم ولا يرتفع الجلد بالتوبة
فعلم ان الاستثناء ليس براجع الى جميع ما تقدم بل الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون والمراد
من رفع الفسق قبول الشهادة كالعبد العدل ونظيره قوله تعالى في قصة لوط عليه السلام انا ارسلنا الى
قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ان الاستثناء راجع الى المنجين لا الى المهلكين
ونقول ايضا ان الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وليس بمعطوف على ما
قبله لان ما قبله طلبي وهذا اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين
احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الاخر وهو يؤكد الاخبارية م او هو
استثناء منقطع بمعنى لكن ش كما في قوله تعالى لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما معناه والله اعلم ولكن سلاما
وهذا لان من شرط الاستثناء كون المستثنى من جنس المستثنى منه وان لا يكون له خبر على حدة وههنا
المستثنى هو الاسم والمستثنى منه الفعل فلا يكون من جنسه وله خبر على حدة ايضا والاستثناء المنقطع يعمل
بطريق المعارضة ولا معارضة بين حكمه ورد الشهادة وليس من ضرورة كونه تائبا كونه مقبول
الشهادة كالعبد التائب العفيف وقولنا في هذا هو قول سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابرهيم النخعي
وسعيد بن جبير رضي الله عنهم وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما م واذا حد الكافر في قذف ثم
اسلم قبلت شهادته ش ذكر هذا تفريعا على ما تقدم صورته الذمي اذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد
ذلك على اهل الذمة ثم اذا اسلم جازت شهادته على اهل الذمة وعلى اهل الاسلام جميعا م لان للكافر
شهادة فكان ردها من تمام الحد ش اي رد شهادته لاجل قذفه وكان من تتمة حده م وبالاسلام
حدثت له شهادة اخرى ش اي غير الاولى المردودة تتمة للحد م بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق حيث لا تقبل
شهادته عندنا وقالت الائمة الثلاثة تقبل كما في الكافر م لانه ش اي لان الشان م لا شهادة للعبد
اصلا ش في حال رقه لا على المسلم ولا على الكافر م فتمام حده برد شهادته بعد العتق ش لانه لا بد في حد القذف
من رد الشهادة وانما حصلت له الشهادة بعد العتق فترد شهادته الآن تتميما للحد وللكافر شهادة
على جنسه فيترتب عليه حكم المسلمين باسلامه فتقبل شهادته فان قيل اشكل بمن زنى في دار الحرب
وهو مسلم ثم خرج الى دار الاسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا فتوقف المؤثر في العقد فلم يتوقف الزنا
الجواب ان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم ولاية الامام واقامة الحد للامام واما اذا حد لم تقبل له
لا فائدة في ذكر الحد اذ لو لم يجلد ثم اعتق وجلد تقبل شهادته ايضا واجيب انما ذكر لبيان الفرق بينه وبين الكافر
اما الكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال الكفر وبعضه في حال اسلامه
فعلى اختلاف الروايتين وفي الكافي عن ابي حنيفة في هذه المسألة ثلاث روايات احدها انه لا تسقط شهادته
ما لم يضرب تمام الحد لان ما دون الحد تعزير وهو لا يسقط الشهادة والثانية اذا اقيم عليه الاكثر يقوم مقام الكل

والثالث

والثالثة اذا ضرب سوطا سقطت شهادته والله اعلم م قال ش اي القدوري م ولا شهادة الوالد لولده
وولد ولده ولا شهادة الولد ش اي ولا تقبل شهادة الولد م لابويه واجداده ش قال الاترازي هذا الذي
ذكره بالاجماع قلت عن احمد تقبل شهادة الولد لوالده وعنه تقبل شهادة احدهما للاخر وهو قول ابي ثور والمزني
وداود وحكي في القديم عن الشافعي وذكر صاحب النهاية وقال مالك تخالفنا فيه فيجوز شهادة الوالد لولده وشهادة
الولد لوالده م والاصل فيه ش اي في رد شهادة هؤلاء بعضهم لبعض م قوله عليه السلام ش اي قول
النبي صلى الله عليه وسلم م لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ش قال مخرج الاحاديث هذا غريب يعني لم يثبت
عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال وقال في الخلاصة رواه الخصاف باسناده عن النبي صلى الله عليه
وسلم قلت قال الخصاف في كتاب ادب القاضي حدثنا صالح بن زريق وكان ثقة قال حدثنا مروان بن معاوية
الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا
السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره م ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ش
اي لان منافع الاملاك متصلة في قرابة الولاد م ولهذا ش اي ولاتصال المنافع بينهم م لا يجوز صرف
الزكوة اليهم ش فلو جازت شهادة الوالد لولده او على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه فلم تجز وهو
معنى قوله م فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة ش وهو ظاهر م قال ش اي المصنف
رحمه الله م والمراد بالاجير ش اي المذكور في الحديث المذكور م على ما قالوا ش اي المشايخ م التلميذ الخاص
الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه ش اي يعد نفع استاذه نفع نفسه وفي الخلاصة ولا تجوز
شهادة الاجير لاستاذه اراد به التلميذ الخاص والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله وليس له اجرة
معلومة واما الاجير المشترك اذا شهد للمستأجر يقبل واما الاجير الواحد وهو الذي استأجره
مياومة او مشاهرة باجرة معلومة لا تقبل وقال ابو العباس الناطفي في الاجناس تقبل شهادة الاجير
قال ابو العباس هذا محمول على الاجير المشترك لانه قد ذكر في نوادر ابن رستم قال محمد لا اجيز شهادة
الاجير مشاهرة وان كان اجيرا مشتركا قبلت شهادته م وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة
للقانع باهل البيت ش اي التلميذ الخاص وهو المراد من القانع المذكور في الحديث والحديث اخرجه
ابو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على اخيه ورد شهادة القانع
لاهل البيت واجازها لغيرهم وقال ابو داود الغمر الشحناء واخرجه الترمذي من حديث عائشة
رضي الله عنها وقال الحديث غريب والغمر العداوة وقال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث الغمر
العداوة وقال الجوهري الغمر الحقد والغل وهو بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وفي آخره راء مهملة
والقانع السائل لاهل البيت كالخادم لهم وفي المغرب المتعلم الذي يأكل في بيت استاذه يكون في
معنى القانع المذكور في الحديث م وقيل الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر ش اي يستحق
الاجر م بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها ش اي على الشهادة لان شهادته عمل
من اعماله وجميع اعماله للمستأجر في مدة الاجارة م قال ش اي القدوري م ولا تقبل شهادة احد الزوجين
للاخر وقال الشافعي تقبل ش وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها
لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها فيه وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة م لان الاملاك بينهما ش
اي بين الزوجين م متميزة ش بحيث لا تصرف لاحدهما في مال الآخر م والايدي متحيزة ش اي لم يجمعهما
شيء غير متصرف في ملك الغير غير متعد به الى الزوجية قد يكون سببا للتنافر والعداوة وقد
يكون سببا للميل والايثار م ولهذا ش اي ولاجل تميز الاملاك بينهما وتحيز الايدي م يجري القصاص
والحبس بالدين بينهما ش اي بين الزوجين يعني يقتص من احدهما للاخر ويحبس احدهما بدين الآخر وكل
من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين واولاد العم م ولا معتبر بما فيه من النفع ش
اي لا معتبر بما في قبول شهادة احدهما لصاحبه من النفع الحاصل منه للشاهد لان كل واحد منهما يعد
نفع صاحبه نفع نفسه يعني لا يتهم الشاهد بهذا القدر من النفع م لثبوته ضمنا ش اي لثبوت هذا النفع

من حيث الضمن في الشهادة وليس بقصدي فلا يعتبر م كما في الغريم ش وهو رب الدين م اذا شهد
لمديونه المفلس ش حيث تقبل شهادته وان كان له فيه نفع لان النفع حصل ضمنا لا قصدا م ولنا
ما رويناه ش اراد به الحديث الذي ذكره الان لان فيه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته م ولان
الانتفاع متصل ش بينهما عرفا ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد م وهو ش
اي الانتفاع هو م المقصود ش من الزوجية حتى يعد الزوج غنيا بمال امرأته في تأويل قوله تعالى ووجدك
عائلا فاغنى اي فاغناك بمال خديجة رضي الله عنها وهذا لان الاتحاد بينهما اكثر مما يكون بين الوالد والولد
في العادة والشريعة فانهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في اقامة اسباب المعيشة فان الانسان
قد يعادي والده برضى زوجته ولهذا استحق احدهما الميراث في الاخر بغير حجب واذا كان كذلك م
فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما ش في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة
م بخلاف شهادة الغريم ش جواب عما ذكره الشافعي وذلك م لانه ش اي لان الغريم م لا ولاية له على المشهود
به ش اذ هو مال المديون ولا يتصرف له عليه فلم يكن متهما فجازت شهادته لانتقال الغريم او الطمع يتعلق حقه
باخذه لان الظفر اثر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان فان قلت ان فاطمة رضي الله عنها
ادعت فدك بين يدي ابي بكر رضي الله عنه فشهد لها علي رضي الله عنه وامرأة فقال لها ابو بكر رضي الله عنه
ضمي الى الرجل رجلا او الى المرأة امرأة فعلم بذلك ان ابا بكر رضي الله عنه اجاز شهادة احد الزوجين لصاحبه
حيث امرها بالضم وعلي رضي الله عنه جوز ذلك حيث شهد لها وفاطمة رضي الله عنها جوزت ذلك ايضا
حيث استشهدت عليا رضي الله عنه ولم ينقل عن غيرهم خلاف فكان اجماعا والاجماع مقدم على القياس وخبر
الواحد قلت الصحيح من الرواية ان ابا بكر رضي الله عنه رد دعواها فانها ادعت فدك انها
من النبي صلى الله عليه وسلم فرد دعواها وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انا معشر
الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة م قال ش اي القدوري م ولا شهادة المولى لعبده ش اي ولا تقبل
شهادة المولى لعبده م لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين ش لان العبد وما في
يده لمولاه م او من وجه ش اي او شهادة لنفسه من وجه م اذا كان عليه ش اي على العبد م لان الحال
ش اي حال العبد م موقوف مراعى ش من ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين
ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه م قال ش اي القدوري م ولا لمكاتبه ش اي ولا تقبل شهادة
المولى لمكاتبه م لما ذكرنا ش من قوله شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وفي بعض النسخ لما قلنا
وكذا لا تجوز شهادته لمدبره وام ولده وبه قالت الائمة الثلاثة م ولا شهادة الشريك لشريكه ش اي
ولا تقبل شهادة احد الشريكين للآخر م فيما هو من شركتهما ش اي في الذي هو مشترك بينهما م لانه
شهادة لنفسه من وجه ش لان كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب وهو معنى قوله م لاشتراكهما
ش اي في الذي يحصل بسبب تلك الشهادة م وان شهد ش اي الشريك م بما ليس من شركتهما تقبل
لانتفاء التهمة ش لانه شهادة على الغير وفي الشامل ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وان كان
عدلا فيما خلا الحدود والقصاص وغيرهما المفاوض ايضا في تجارته م قال ش اي القدوري م وتقبل
شهادة الاخ لاخيه وعمه ش ولا خلاف فيه الا ان مالكا شرط ان لا يكون في عياله قال بعض اصحابه يجوز
بشرط ان لا يكون مبرزا له وقيل بشرط ان لم تنله صلته وقال اشهب يجوز في اليسير دون الكثير الا ان
يكون مبرزا فيجوز في الكثير وقيل تقبل الا فيما يقع فيه التهمة مثل ان يشهد له بما يكتسب به ان له
شرفا وجاها او يدفع به معرة او تقتضي الطباع والعصبية فيها الغضب والحمية للشهادة بان
فلانا قتله او جرحه لانه في جوارهم م لانعدام التهمة ش يعني في الشهادة لاخيه وعمه م لان الاملاك
ومنافعها متباينة ش بينهم م ولا بسوطة للبعض في مال البعض ش وهذا ظاهر ولان العداوة والتحاسد
بين الاخوة ظاهر فتنتفي التهمة المانعة من الشهادة الا ترى ان العداوة بين الاخوة اول ما ظهرت في قصة
قابيل وهابيل وكذلك قصة يوسف عليه السلام واخوته وفي الشامل وتقبل لولد الرضاع ولام المرأة
وفي الخلاصة وتقبل لام امرأته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه ولامرأة ابيه ولاخت امرأته
ومن السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي م
قال ش اي القدوري م ولا تقبل شهادة مخنث ش قال المصنف رحمه الله م ومراده ش اي مراد

القدوري م المخنث في الردي من الافعال ش اي افعال النساء من التزين والتشبه بهن في الفعل
والقول فالفعل مثل كونه محلا للواطة والقول مثل تليين الكلام باختياره تشبها بالنساء واليه اشار العلامة
مولانا حميد الدين رحمه الله وفي المغرب المخنث مخنثه قال عليه السلام لعن الله المتشبهين من الرجال
بالمذكرات من النساء وقال المصنف م لانه ش اي لان المخنث م فاسق ش في فعله فلا تقبل شهادة الفاسق
م فاما الذي ش اي فاما المخنث الذي م في كلامه لين ش مثل كلام النساء م وفي اعضائه تكسر ش خلقة
م فهو مقبول الشهادة ش الا ترى ان هيت المخنث كان يدخل بيوت ازواج النبي صلى الله عليه وسلم حتى سمع
منه النبي عليه السلام كلمة شنيعة فامر باخراجه م قال ش اي القدوري م ولا نائحة ش اي ولا تقبل شهادة
نائحة ش لان النوح لما كان منهيا وقد باشرته النائحة لم تؤمن من ان تباشر شهادة الزور ايضا فلا تقبل شهادتها
وفي الذخيرة لم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها وانما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك
مكسبة وقال الاترازي ولنا فيه نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النياحة مطلقا من غير فصل قلت
شعري كلام ان المصنف لم يقيده بقوله للناس م ولا مغنية ش التغني للهوا وجمع المال حرام بلا خلاف ولا سيما
اذا كان من المرأة لان رفع الصوت منها حرام واما التغني لدفع حزن لنفسه مباح بلا خلاف والنوح
كذلك قاله الكاكي م لانهما ش اي لان النائحة والمغنية م يرتكبان محرما فان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ش هذا الحديث اخرجه الترمذي من حديث جابر بن عبد الله
مطولا ولفظه نهيت عن صوتين احمقين صوت عند نغمة لعب ولهو ومزامير شيطان وصوت عند مصيبة
خمش وجوه وشق جيوب ورنة شيطان وقال الترمذي حديث حسن وفي ذكر المصنف النائحة والمغنية
وصف بصفة صاحبه والتقدير صوت النائحة وصوت المغنية وقال الاترازي يعتقد روى اصحابنا
في كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قلت وهل عن اخراج
الترمذي فلذلك قال وقد روى اصحابنا ونقل صاحب الاجناس عن ادب القاضي املاء قال لا تقبل شهادة
اصحاب المعصية وقطاع الطريق واصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يقعد مع الغنا والنائحة
والنائح والمغني والمغنية لا تقبل شهادة واحد من هؤلاء الى هنا لفظ القدوري م قال ش اي القدوري
م ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ش اي ولا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو
قال في الصحاح يقال رجل مدمن خمر اي مداوم شربها وانما اطلق ادمان الشرب على اللهو ليتناول جميع
الاشربة المحرمة من الخمر والسكر ونقيع الزبيب والتمر من غير الطبخ والمطبوخ والباذق والنصيف
العصير اذا خرج منه الماء وغلا واشتد وقذف بالزبد وذلك بان يكثر ويرق والباذق هو المطبوخ
اقل من الثلثين وكل ذلك يحرم شرب قليلها وكثيرها الا ان منكر حرمة الخمر يكفر ومنكر حرمة هذه الاشربة
لا يكفر ويجب الحد في الخمر بشرب قليلها اذا لم يكن عن ضرورة العطش والاكراه وفي هذه الاشربة لا يجب
الحد الا بالسكر وشرط الادمان في الخمر وهذه الاشربة لسقوط العدالة ولهذا قال القاضي خان في فتواه
انما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم في شرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كان كبيرة
وانما تبطل اذا ظهر ذلك او خرج سكرانا يسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب وفي الفتاوى
الصغرى في مسائل الجرح والتعديل شرب الخمر في السر لا يسقط العدالة لان محمدا شرط الادمان في كتاب
الشهادات واما ما سوى هذه الاشربة مما يتخذ من الحنطة والشعير والذرة والسكر والفانيذ والتين
فهي مباحة وان سكر منها ولا حد على من سكر منها هو الصحيح من الرواية كذا قال صاحب التحفة قال لان هذه
من جملة الاطعمة ولا عبرة بالسكر فان في بعض البلاد قد يسكر المرء من الخبز ونحوه والبنج يسكر ولبن
الرمكة يسكر وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المسكر منه حرام كما في المثلث ولكن اذا سكر منه لا حد عليه
بخلاف المثلث كذا في التحفة قلت لا ينبغي ان يفتى في هذا الزمان الا بالحرمة في الكل وبالتعزير البالغ
لغير الخمر لفساد غالب اهل هذا الزمان ولما رايت بخط شيخي العلامة المراد من قوله ولا مدمن الشرب
على اللهو شرب غير الخمر لان في الخمر الادمان واللهو ليس بشرط بل صار مطرود الشهادة بمجرد شرب
الخمر للسعة م قال ش اي القدوري م ولا من يلعب بالطيور ش ولا خلاف فيه لاهل العلم وفي قوله
يلعب اشارة الى انه لو اتخذ الحمام في بيته ليستانس بها او لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام لا يكون
حراما ولا تسقط عدالته وفي المبسوط اتخاذ الحمام في البيوت للاستيناس مباح وكذا اتخاذ برج

الحمام وفي الذخيرة ناقلا عن شيخ الاسلام هذا اذا كان لا يطيره اما لو كان في بيت حمامة حمامات غيره
فتفرخ ثم هو يبيع ذلك ويأكل ولا يعرف حمامه من حمام غيره فيصير مرتكبا محرما وآكلا حراما فلهذا
الشفري لا تقبل شهادته وان لم يقف على عورات النساء بصعوده سطحه م لانه يورث غفلة ش ولانه
على المفضل من الزيادة والنقصان فلا تقبل شهادته م ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه
ش والنظر على عورات الاجانب والمحرمات حرام فلا تجوز شهادة مرتكب الحرام م وفي بعض النسخ ش اي
وفي بعض نسخ القدوري ولا من يلعب بالطنبور ش بضم الطاء كذا في دستور اللغة وقال الجوهري الطنبور
فارسي معرب والطنبار لغة م وهو ش اي الذي يلعب بالطنبور هو م المغني ش قيل يستغنى عن هذا
بقوله ولا من يغني للناس لانه اعم من ان يكون مع آلة لهوا ولا اجيب بان يقال ولئن سلمنا هذا ولكنه قصد
تخصيص الطنبور بالذكر لكونه من اعظم آلات اللهو عند العجم من الترك وغيرهم م قال ش اي القدوري م
ولا من يغني للناس ش اي ولا تقبل شهادة من يغني م لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ش لا يقال انه
تكرار لان من يغني للناس يكون من الرجال والنساء والمغنية من النساء خاصة وقيل والاصح من
من الجواب انه انما ذكر النائحة والمغنية هناك مع ان النوح والغنا مشترك بين الرجال والنساء
لورود الحديث بذلك اللفظ ولئلا يتوهم منه حكم الرجال نصا فاعاد حكم الرجال جريا على الاصل اذ الاصل
حكم النساء فيستفاد من حكم الرجال اذ لو اقتصر على الاول لتوهم ان ذلك حكم مخصوص بالنساء وقيد بقوله
للناس لان التغني للناس مكروه باتفاق المشايخ والتغني لاسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ ومن
الناس من اباح ذلك في العرس والوليمة كما ابيح ضرب الدف فيهما وان كان فيه نوع لهو ومنهم من قال
اذا تغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به واما التغني لنفسه فقيل لا يكره واليه
اخذ السرخسي لما روي عن انس رضي الله عنه انه دخل على اخيه البراء بن مالك رضي الله عنه وهو من
زهاد الصحابة رضي الله عنهم وكان يتغنى وقيل يكره ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده
وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ والحكمة وانشاد الشعر لا بأس
به وان كان فيه صفة المراة فان كانت حية يكره وان كانت ميتة لا يكره كذا في الذخيرة واما القراءة
بالالحان فاباحها قوم وحظرها آخرون والمختار ان كانت الالحان لا تغير الحروف من نظمها مباح والا
غير مباح ذكره في الحلية بلا خلاف وفي التنبيه ولا تقبل شهادة القوال والرقاص والمشعوذ وقوله
على تبين هو اللهو واللعب ونص على نوع فسق فلا يمتنع عادة عن المحارم والكذب ويسند الخلاف
في الكبيرة عن قريب م قال ش اي القدوري م ولا من ياتي بابا من الكباير التي يتعلق بها الحد للفسق
ش ولا خلاف فيه واختلفوا في تفسير الكبيرة قيل هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي
اخرجه البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله
وما هن قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق واكل الربوا واكل مال اليتيم والتولي
يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات وروى مسلم من حديث انس عن النبي صلى الله عليه
وسلم في الكباير قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وقول الزور وروي عن عبد الله
بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الكباير شتم الرجل والديه قالوا يا رسول الله
وهل يشتم الرجل والديه قال نعم يسب ابا الرجل فيسب اباه ويسب امه فيسب امه وروي عن حديث
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم اي الذنب اعظم عند الله قال
ان تجعل لله ندا وهو خلقك قال قلت له ان ذلك لعظيم قال قلت له ثم اي قال ثم ان تقتل ولدك مخافة
ان يطعم معك قال قلت ثم اي قال ثم ان تزاني حليلة جارك وفي الفتاوى الصغرى ذكر الامام بكر
خواهر زاده في شرح الشهادات حد الكبيرة ما كان حراما محضا سمي فاحشة في الشرع كاللواطة
او لم يسم في الشرع فاحشة لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا
وقتل النفس بغير حق او بالوعيد بالنار في الآخرة كاكل مال اليتيم وقال بعضهم ما فيه حد فهو كبيرة
وقيل ما كان حراما لعينه وقيل واصح ما قيل فيه ما نقل عن الحلواني ما كان شنيعا بين المسلمين
وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة وكذا الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة
الكباير كذا في الذخيرة والمحيط وقيل ما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة والاصح

ما ذكر المتكلمون ان كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب فهو بالنسبة الى ما فوقه صغيرة والى ما تحته
كبيرة لان الاسما الاضافية لا تعرف الا بالاضافة م قال ش اي القدوري م ولا من يدخل الحمام بغير
ازار ش اي ولا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير ازار يستر عورته م لان كشف العورة حرام ش لقوله
عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور اليه والشهادة كرامة لا يستحقها من يستحق اللعن ولا خلاف فيه م
او ياكل الربا ويقامر بالنرد والشطرنج ش هذا عطف على قوله من يدخل الحمام بغير ازار وهكذا لفظ القدوري
وفي بعض النسخ قال ولا من يأكل الربوا ويقامر بالنرد والشطرنج م لان كل ذلك من الكباير ش وقد مر
عن قريب في حديث البخاري ان اكل الربا من الكباير وقال صاحب الاجناس ناقلا عن الاصل ولا تقبل شهادة
آكل الربوا اذا كان مشهورا الا اذا لم يكن مشهورا قطعت التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصيته
المحقق على ما ياتي الآن واما القمار بالنرد والشطرنج ففيه تفصيل على ما ذكره المصنف الآن م وكذلك
ش اي لا تقبل شهادته م من تفوته الصلوة للاشتغال بهما ش اي بالنرد والشطرنج م فاما مجرد اللعب
بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا ش فان الشافعي ومالكا لا باحمد
مع الكراهة وعندنا واحمد حرام لقوله عليه السلام من لعب بالنرد شير فقد عصى الله ورسوله رواه
ابو داود وقيل هو الشطرنج اما النرد فهو حرام بالاجماع قال عليه السلام من لعب بالنرد فهو ملعون وذكر في
الذخيرة واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالاجماع اذا كان مدمنا عليه او يقامر او تفوته الصلوة او
اكثر عليه الحلف بالكذب وبالباطل وفي التتمة ومن يلعب الشطرنج في الطريق لا تقبل شهادته م وشرط في
الاصل ش اي شرط محمد رحمه الله في المبسوط م ان يكون اكل الربا مشهورا به ش اي باكل الربوا م لان الانسان
قل ما يتخلص عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا ش اي في معنى الربوا فعلم ان عدالته لا تسقط بمجرد
اكل الربوا اذا لم يكن مشهورا به ومصرا عليه وعن هذا وقع الفرق بين الربوا واكل مال اليتيم فان الادمان
فيه غير شرط م قال ش اي القدوري م ولا من يفعل ش اي ولا تقبل شهادة من يفعل م الافعال المستخفة
ش هكذا وقع في بعض نسخ القدوري المستخفة وقال الاترازي قوله ولا من يفعل الافعال م المستقبحة
كالبول على الطريق والاكل على الطريق ش هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لفظ المستقبحة من الكتاب
قال وهنا نسخ المستقبحة والمستخفة والمستحبة وكلها على صيغة اسم المفعول وروي المستخفة بالخاء
المشددة المكسورة وهي اصح النسخ من السخيف وهي النسبة الى السخف وهو رقة العقل في قولهم
ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وقيل يعني المستخفة بكسر الخاء اي الافعال المستخفة بصاحبها
م لانه تارك للمروة ش اي للانسانية قال الجوهري ولك ان تشدد وقال ابو زيد مروة الرجل
صار ذا مروة فهو مري على فعيل م واذا كان ش اي الرجل م لا يستحي عن مثل ذلك ش اي البول
على الطريق والاكل عليه ش لا يمتنع عن الكذب فيتهم ش فلا تقبل شهادة المتهم وكل فعل فيه ترك
المروة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الائمة الاربعة حتى لو مشى في السوق او في مجامع الناس بسراويل
واحد تبطل شهادته وكذا من يمد رجليه عند الناس او يكشف راسه في موضع لا عادة فيه ولا اشبه
ذلك مما يجتنبه اهل المروات بلا خلاف وفي اصحاب الصنائع الدنية كالكساح والزبال والكناس
والحجام والحائك فيه وجهان قال بعض العلماء لا تقبل شهادة اهل الصناعات وبه قال الشافعي
واحمد لكثرة خلفهم في الوعد ودناءة صنعتهم في الدنيه وقال عامة العلماء يجوز اذا كانوا عدولا
وبه قال الشافعي في وجه واحمد ومالك وهو الاصح لانه قد تولاها كثير من الصالحين واهل المروة وفي
المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لانهم يكذبون كثيرا فاما من كان عدلا منهم فتقبل شهادته
بياع الاكفان لا تقبل شهادته قال شمس الائمة هذا اذا توصل لذلك العمل فاما اذا كان يبيع ويشتري
الثياب ويشتري منه الاكفان تقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون وفي الذخيرة لا تقبل شهادة
الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى فلان بن فلان وقبض المبيع والبايع قبض الثمن وضمن
الدرك ولم يكن شي من ذلك فيكون كذبا محضا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح
انه يقبل اذا كان غالب احوالهم الصلاح ولا تقبل شهادة القروي والاعرابي لبدوي عند بعض العلماء
وعند مالك لا تقبل شهادة القروي على البدوي في غير الدماء ذكره في الجواهر وقال عامة العلماء
تقبل اذا كان عدلا عالما بكيفية الشهادة تحملا واداء وفي مناقب ابي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال

مالك ان الواطية بمحل لا تقبل ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف وما
نصير بن يحيى من شتم اهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل شهادته وان كان احيانا تقبل وفي المحيط
لا تقبل شهادة الشتام للناس والحيوان وفي جامع شمس الائمة رحمه الله ولا تقبل شهادة من تجازف في
كلامه ولا خلاف فيه م ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف ش المراد من السلف الصحابة والتابعون
وابو حنيفة منهم والسلف جمع سالف وهو الماضي وفي الشرع اسم لكل من تقلد مذهبه وتقتفى اثره
في الدين كابي حنيفة واصحابه فانهم سلفنا والصحابة والتابعون سلف لابي حنيفة واصحابه م لظهور
فسقه ش والفاسق لا تقبل شهادته م بخلاف من يكتمه ش اي يكتم سب السلف لانه اذا اعتقد ذلك
ولم يظهر وهو عدل في افعاله فان شهادته تقبل كذا في شرح الاقطع م وتقبل شهادة اهل ش اي اصحاب
البدع كالخارجي والرافضي والجبري والقدري والمشبه والمعطل وسمي اهل البدع اهل الاهواء لميلانهم
الى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعي او عقلي والهوى محبوب النفس من هوي الشيء اذا احبه وفي الذخيرة
تقبل شهادتهم اذا كان هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ماجنا ويكون عدلا في تعاطيه وهو الصحيح واصول
اهل الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل وكل واحد يصير اثنى عشر
فرقة فتبلغ الى ثنتين وسبعين فرقة م الا الخطابية ش لا تقبل شهادتهم في شرح الاقطع هم قوم
ينتسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وكان يزعم ان عليا رضي الله عنه الاله
الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وكان يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد
له بقيه شيعته وقيل الخطابية قوم من الروافض غلاة ينتسبون الى ابي الخطاب المذكور قتله عيسى
بن موسى وصلبه بالكناس وفي المغرب الخطابية من الرافضة نسبوا الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع
وقال ابو حاتم الرازي اسم ابي الخطاب محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وكان يقول بامامة اسمعيل
بن جعفر فلما مات اسمعيل رجعوا الى القول بامامة جعفر وغلوا في القول غلوا كبيرا وخرج ابو الخطاب
في حياة جعفر الكوفة فحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن العباس واظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ
منه جعفر ولعنه ودعا عليه وقتل هو واصحابه كلهم واما رواة الاخبار من اهل الاهواء اختلف فيه مشايخنا
والاصح عندي لا تقبل كذا في المبسوط م وقال الشافعي لا تقبل ش اي شهادة اهل الاهواء وبه قال مالك
وقال احمد لا تقبل شهادة ثلاثة منهم القدرية والجهمية والرافضة م لانه اغلظ وجوه الفسق ش
لان الفسق من حيث الاعتقاد شر من الفسق من حيث التعاطي م ولنا انه ش اي ان ما ذهبوا اليه م (انه صح)
فسق من حيث الاعتقاد ش لا من حيث التعاطي م وما اوقعه فيه ش اي في ذلك الهوى م الا تدينه
ش اي تعمقه في الدين بذلك الاعتقاد الا ترى ان منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن
الكذب م فصار ش هذا م كمن يشرب المثلث ش من الحنفية م او ياكل متروك التسمية عامدا ش
من الشافعية حال كونه مستبيحا لذلك ش اي معتقدا اباحته فانه لا ترد شهادته كذا ذكره في المبسوط
م بخلاف الفسق من حيث التعاطي ش اي من حيث المباشرة حيث ترد شهادته م اما الخطابية فهم من غلاة
الروافض ش الغلاة بالضم جمع غالي من غلا في الامر يغلو غلوا اي جاوز فيه الحد م يعتقدون الشهادة
لكل من حلف عندهم ش اي يعتقدون جواز الشهادة اذا حلف المدعي بين يديهم انه محق في دعواه ويقولون
المسلم لا يحلف كاذبا م وقيل يرون الشهادة لشيعتهم ش اي لكل من يذهب الى مذهبهم ويعتقدون
كاعتقادهم م واجبة ش عليهم م فيتمكن التهمة في شهادتهم ش فترد م قال ش اي القدوري م وتقبل
شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم ش الملل بالكسر جمع ملة وهي الدين والشريعة
كاليهود مع النصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم تقبل وان اختلفت لا تقبل كشهادة اليهود
على النصراني وبالعكس م وقال مالك والشافعي لا تقبل ش شهادة الكافر م لانه فاسق لقوله تعالى والكافرون
هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ش بالنص م ولهذا ش اي ولكونه فاسقا ش لا تقبل شهادتهم ش اي
شهادة الكفار م على المسلمين فصار كالمرتد ش في عدم قبول شهادتهم لان الشهادة من باب الولاية والكرامة
والكافر من اهل الاهانة فلا تقبل شهادته كالمرتد والحربي م ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ش هذا احديث غريب لم يثبت بهذا اللفظ وانما روى ابن ماجه
في سننه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب

بعضهم

بعضهم على بعض وفي مجالد مقال وقال مخرج الاحاديث هذا اي الحديث الذي ذكره المصنف عندك
يطابق الحكمين ولو قال اهل الكتاب عوض النصارى لكان موافقا للحكمين عن اتحاد الملة واختلافها
كما اخرجه ابن ماجه ثم حكى عن شيخه علاء الدين رحمه الله انه قال ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود
عوض النصارى واحتج له مغلطاي العرم بحديث رواه ابو داود والاسناد المذكور عن جابر بن عبد
الله قال جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا فنشدهما
كيف تجدان امر هذين في التورية قالا نجد في التورية اذا شهد اربعة انهم راوا ذكره في فرجها
مثل الميل في المكحلة رجما فقال ما منعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاؤا اربعة فشهدوا انهم راوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة
فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما انتهى قال مخرج الاحاديث ووجدت في نسخة علاء الدين
عطف بدعى فدعى باليهود وهذا التصحيف وانما هو دعى بالشهود فكشفته من نحو عشرين نسخة ورواه
كذلك اسحق بن راهويه وابو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني في سننه وكلهم قالوا
فدعى بالشهود م ولانه ش اي ولان الذمي م من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار ش وكل
من هو كذلك م فيكون من اهل الشهادة على جنسه ش فتقبل شهادته على جنسه كالمسلم م والفسق من حيث
الاعتقاد غير مانع ش هذا جواب عن قوله لانه فسق يعني الفسق مانع من حيث التعاطي بمحرم الدين
او من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم اشار اليه بقوله م لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه
والكذب محرم الاديان وفي بعض النسخ محظور الاديان كلها م بخلاف المرتد ش جواب عن قوله وصار
كالمرتد م لانه لا ولاية له ش على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل م وبخلاف شهادة الذمي على
المسلم ش جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم م لانه ش اي لان الذمي وفي النهاية الضمير
للشان اي لان الشان اي لا ولاية للذمي على المسلم م لا ولاية له بالاضافة اليه ش اي الى المسلم
يعني ولايته بالنسبة الى المسلم معدومة وبه احترز عن الاضافة الى الكافر فان له ولاية على ذمي اخر
او حربي م ولانه ش جواب اخر اي ولان الذمي م يتقول عليه ش اي يفترى على المسلم م لانه ش قال
الكاكي اي لان المسلم وفي النهاية الضمير للشان اي لان الشان م يغيظه ش اي يغيظ الذمي اي يحطه
م قهره اياه ش اي قهر المسلم الذمي فان قهر المسلم اياه يحمله على التقول على المسلم م وملل الكفر وان
اختلفت فلا قهر ش هذا جواب سؤال مقدر على اصل المسالة وهو قوله وتقبل شهادة بعضهم على بعض
وان اختلفت مللهم بان يقال العداوة ظاهرة بين اليهود والنصارى وهم غير محقين في ذلك
قال تعالى وقالت اليهود ليست النصارى على شيء الاية فينبغي ان لا تقبل كما هو مذهب ابن ابي ليلى فاجاب
عنه بقوله وملل الكفر فانه اختلفت فلا قهر ش يعني وان اختلفت مللهم لم يقهر بعضهم بعضا لانهم
مقهورون تحت ايدي المسلمين ويعطون الجزية فلا قهر م فلا يحملهم الغيظ على التقول ش اي فلا
يحملهم ذلك على التقول على المسلمين م قال ش اي القدوري م ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي
ش قال المصنف م اراد به والله اعلم ش اي اراد القدوري بقوله شهادة الحربي م المستامن ش انما قيد
به لان الحربي لو دخل بغير استيمان يوخذ قهرا ويسترق ويصير عبدا فلا تقبل شهادة العبد على احد
م لانه ش اي لان الحربي المستامن م لا ولاية له عليه ش اي على الذمي م لان الذمي من اهل دارنا ش والمستامن
من اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية م ولهذا ش اي الذمي م اعلى حالا منه ش اي
من المستامن لان الذمي اقرب الى دار الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستامن م وتقبل شهادة
الذمي عليه ش اي على المستامن وذلك لعلو حاله عليه بالنسبة اليه فجعل له ولاية عليه م كشهادة المسلم
عليه ش اي على المستامن م وعلى الذمي ش اي وكشهادة المسلم على الذمي م وتقبل شهادة المستامنين
بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة ش يعني تقبل شهادة بعضهم على بعض بشرط اتحاد اهليتهم
لان للاتحاد تاثيرا في ذلك م فان كانوا من اهل دارين مختلفتين كالروم والترك لم تقبل ش اي
شهادة بعضهم على بعض م لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ش والعصمة م ولهذا يمنع التوارث
ش عند اختلاف التوارث م بخلاف الذمي ش هذا جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية
لما قبلت شهادة الذمي على المستامن لوجوده لكنها قبلت وتقرير الجواب ان يقال ان الذمي في الفه

م لانه من اهل دارنا ش ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على
المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن فتقبل شهادة الذمي عليه م ولا كذلك المستامن
ش لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانا من اهل دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم
على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستامنين م قال ش اي القدوري م واذا كانت ش وفي بعض
النسخ وان كانت م الحسنات اكثر من السيئات ش يعني الصغائر م والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته
وان الم بمعصية ش اي وان اذنب بمعصية صغيرة والمم مشتق من اللمم وهو ما دون الفاحشة من
صغار الذنوب وفي تهذيب الديوان الم اي اتى اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب وفي الذخيرة
الحاصل ان ارتكاب الكبيرة توجب سقوط العدالة وارتكاب الصغيرة لا يوجب سقوطها الا ان
يصر على الصغيرة فيصير كبيرة بالاصرار لان احدا من الناس لا يخلوا عن صغيرة ولهذا افهل انه عليه السلام
قال ه ان تغفر اللهم فاغفر جما ط واي عبد لك لا الما ه انتهى قلت كيف نسب هذا الى النبي
صلى الله عليه وسلم وقد ذكر القتبي في غريب الحديث في حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما
قال حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب بن مسلم عن ابن ابي طرفة الهذلي انه قال مر ابو خراش يسعى
بين الصفا والمروة ه لاهم هذا خامس ان تما ه اتمه الله وقد تما ه ان تغفر اللهم فاغفر جما ه واي عبد
لك لا الما ه ولذلك نسب البيت في تهذيب الديوان الى ابي خراش ولكن قال ابو سليمان الخطابي في شرح
الصحيح البخاري في كتاب الصوم انه قول امية م هذا هو الصحيح ش اي المذكور من كون الحسنات اكثر
من السيئات والرجل يجتنب الكبائر هو الصحيح م في حد العدالة المعتبرة ش في الشرع م اذ لا بد من توقي
الكبائر كلها ش وقد بينا الكبيرة مع الاختلاف فيها م وبعد ذلك ش اي بعد التوقي عن الكبائر كلها م يعتبر
الغالب يعني في حق الصغائر فان كان غالب احواله الاتيان بما هو مأذون به شرعا فانه لم يخلوا عن الصغ
كان جائز الشهادة كما ذكرنا ش اراد به قوله واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات الى اخره م فاما
الالمام بمعصية ش من الصغائر م فلا تنقدح به العدالة المشروطة ش في الشرع م فلا ترد الشهادة المشروعة
لانه لو اعتبر اجتنابه الكل ش اي الصغائر كلها او جميع الذنوب كلها م سد بابه ش اي باب الشهادة
المشروعة والتذكير باعتبار المذكور لان احدا لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر والصغائر
الا الانبياء صلوات الله عليهم فلو شرط الاجتناب عن جميع ذلك في العدالة لانسد باب الشهادة م وهو
ش اي وباب الشهادة م مفتوح احياء ش اي لاجل الاحياء م للحقوق ش اي لحقوق الناس وفي
وفي ادب القاضي لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء واذا ترك الرجل الصلوة في الجماعة استخفافا
او مجانة لم تقبل شهادته قال ابو بكر الرازي لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء لان الاستهزاء بشيء من
الشرائع كفر وفي الفتاوى الصغرى تفوت الجماعة كما يفعله العوام وكذا ترك الجمعة من غير عذر
يسقط العدالة وذكر الخصاف في موضعين فذكر في احدهما الترك ثلاثا وهو الذي اختاره شمس
الائمة السرخسي ولم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك قال من ترك الجمعة رغبة عنها على غير تأويل
فشهادته غير جائزة وهو الذي اختاره شمس الائمة الحلواني واما اذا تركها لمرض او لبعد المصر او بتأويل
بان كان الامام يفسق لا يسقط عدالته وقال الكرخي لا تأويل ان كان الامام طاعنا او يؤخر
الاداء وهو يعتقد في اول الوقت وقال الاسبيجابي من اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند
الاكثر ومن خرج للنظر عند قدوم الامير لا تقبل شهادته وعن شداد انه رد شهادة شيخ صالح
لمحاسبته ابنه في النفقة في طريق مكة وقال الخصاف ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط
الشهادة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس واشباهها لانه خاطر بدينه ونفسه ليتناول مالا
فلا بد من ان يكذب ويأخذ المال وقرى فارس يطعمون الربا وقيل من سمع الاذان وانتظر الاقامة
سقطت عدالته ومن اخذ سوق النخاسين طاعة واشهد على وثيقتها شهودا فلو اشهد واحل لهم العمل
لانه شهادة على الباطل ولذا لو شهدوا على اقران وهكذا لو شهدوا في اقرار بناء على باطل والفاسق
تقبل شهادته بعد ستة اشهر وقيل بعد سنة قال الفضلي روي عن ابي يوسف انه قال تركه بعد ستة
اشهر ثم رجع وقال بعد سنة وقال محمد لا يعتبر ما لم يمتحنه في العقود وترك الامانة وقيل لا يكفيه
ذلك ما لم يمتحنه في كل الامانات مرارا ولو عرف عدالته ثم انقطع عنه ان لم يتطاول الوقت وسعه ان

ذكر

ان زكيه تلك المعرفة والا فلا ومع التطاول قيل ستة اشهر وقيل سنة وقيل من وقت التزكية
يهو يخطئ وهذا على ما يقع في القلب فربما احد يعرف في شهرته والاخر لا يعرف في سنة م قال
ش اي القدوري م وتقبل شهادة الاقلف ش وهو الذي لم يختتن م لانه ش اي لان ترك الختان
لا يخل بالعدالة ش اي الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة وبه قال مالك وقال
الشافعي في ظاهر مذهبه واحمد انه واجب م الا اذا تركه ش اي الختان م استخفافا بالدين لانه
لم يبق بهذا الصنع عدلا ش واما اذا تركه لعذر لا يسقط عدالته والعذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك
وابو حنيفة لم يقدر للختان وقتا معلوما اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون
بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعد السابع ان احتمل
الصبي ذلك ولم يهلك لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اختتنا اليوم السابع او بعد السابع
لكنه شاذ كذا في الذخيرة وعن اصحاب الشافعي لا حتى يصير ابن عشر لانه حينئذ امرنا بالضرب على ترك
الصلوة وقال اصحابه ختانه يجب عليه بعد بلوغه ويستحب في اليوم السابع وقال ابو بكر الرازي فان كان
لا يخاف فتركه تهاونا بالسنة فانه يصير فاسقا ولا تقبل شهادته وروي عن ابن عباس انه لا تقبل شهادة
الاقلف ولا تقبل له صلوة ولا تؤكل ذبيحته وهو مذهبه كذا في فتاوى الولوالجي وقال الشيخ ابو نصر
البغدادي وانما اراد به المجوس م قال ش اي القدوري م وتقبل شهادة الخصي ش على وزن فعيل
والمنزوع الخصيتين يقال خصاه اي نزع خصيتيه والخصي يجمع على خصيان م لان عمر رضي الله عنه
قبل شهادة علقمة الخصي ش على قدامة بن مظعون رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابن
علية عن ابن عون عن ابن سيرين ان عمر رضي الله اجاز شهادة علقمة الخصي على ابن مظعون انتهى
وقدامة بن مظعون بن حبيب القرشي الجمحي من الصحابة شهد بدرا وسائر المشاهد استعمله
عمر بن الخطاب رضي الله عنه على البحرين ثم عزله وهو خال عبد الله وحفصة ابني عمر بن الخطاب مات
سنة ست وثلاثين وهو ابن ثمان وستين سنة وقصته طويلة وملخصها ان الجارود سيد عبد القيس
من البحرين شهد على قدامة انه شرب الخمر قال عمر هل معك شاهد اخر فقال علقمة الخصي اني اشهد
اني قد رأيته يقيؤها ثم ان عمر جلده واقام الحد م ولانه ش اي ولان الخصي م قطع عضو منه ظلما
فصار كما لو قطعت يده ش فان قطع سائر الاعضاء لا يوجب سقوط العدالة فكذا م قال
ش اي القدوري م وولد الزنا ش اي تقبل شهادة ولد الزنا م لان فسق الابوين لا يوجب
فسق الولد ككفرهما ش اي ككفر ابويه فلا يؤاخذ بكفرهما قال عز وجل ولا تزر وازرة وزر اخرى
م وقال مالك لا تقبل ش اي شهادة ولد الزنا م في الزنا ش اي في الشهادة على الزنا م لانه يحب
ان يكون غيره كمثله ش والكاف زائدة في قوله ليس كمثله م فيتهم ش فلا تقبل م قلنا العدل
لا يختار ذلك ش اي لا يختار ان يكون غيره مثله م ولا يستحبه والكلام في العدل ش يعني الكلام
في قبول شهادة ولد الزنا اذا كان عدلا لان فسق ابويه لا يضره كما ذكرناه م قال ش اي القدوري
م وشهادة الخنثى جائزة ش والخنثى هو الذي له آلة الرجل وآلة المرأة م لانه ش اي لان الخنثى
م رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص ش قال الله عز وجل واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته
في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امرأة م وشهادة العمال ش بضم العين وتشديد
الميم جمع عامل م جائزة ش هو من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
انه كان يجيز شهادة العمال قال المصنف م والمراد عمال السلطان ش يعني الذين كانوا اعوان
السلطان في ذلك العصر لان الصلاح كان غالبا عليهم وهذا م عند عامة المشايخ ش لانهم كانوا
يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكوة السوائم م لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا
كانوا اعوانا على الظلم ش كما في زماننا فلا تقبل شهادتهم لان الظلم غالب فيهم وانظر الى عمال
سلطان مصر هل ترك ظلم منهم ومع ظلمهم اكثرهم فسقة م وقيل اذا كان وجيها ش اي ذا وجاهة
م في الناس ذا مروءة ش اي انسانية م ولا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف
في اول كتاب الشهادات م في شهادة الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته

لا استأجر على الشهادة الكاذبة ش لا يأنف عن ذلك حفظا على حرمته وقال قاضي خان وقيل اراد العمال الذين يعملون بايديهم ويؤاجرون انفسهم لان من الناس من لا يقبل شهادة اهل الصناعات الخسيسة وانما اورد هذا ردا لهذا القول لان كسبهم اطيب الكسب على ما جاء في الحديث افضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس والجابي في السكة الذي يأخذ الدراهم والعراب الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ش اي الوصاية م فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي ش اي الوصاية م لم تجز ش اي شهادتهما م وفي القياس لا تجوز وان ادعى ش اي الوصاية وهنا خمس مسائل احداها ما ذكر بقوله واذا شهد الرجلان الى آخره واشار الى الاربعة الاخرى بقوله م وعلى هذا ش اي وعلى ما ذكر من الجواز عند دعوى الوصي ذلك وعدمه عند عدم دعواه بذلك الاول من الاربعة هو قوله م اذا شهد الموصى لهما بذلك ش اي بان اباهما اوصى الى فلان بتوضيحه ان الموصى لهما بشيء من المال شهدا ان الميت اوصى الى زيد مثلا يكون وصيا على اولاده والمسئلة الثانية هو قوله م او غريمان لهما على الميت ش اي او شهد الغريمان لهما على الميت دين والضمير في لهما يرجع الى الغريمين الثالثة هو قوله م او للميت عليهما دين ش اي او شهد الغريمان للميت عليهما اي على الغريمين دين وقوله دين يشمل هذا والمسئلة التي قبلها ايضا الرابعة هو قوله م او شهد الوصيان انه ش اي ان الميت م اوصى الى هذا الرجل معهما ش اي مع الوصيين وتشهد كل فريق ان الميت اوصى الى هذا وهو يدعي ذلك جازت استحسانا ولا تجوز قياسا ولو انكر الوصي ذلك لم تجز ذلك قياسا واستحسانا وجه القياس ان هذه شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه ش وهذا لان الوارثين يقصدان بهذه الشهادة نصب من يتصرف لهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمين قصدا من يستوفيان منه حقهما ويبرآن بالدفع اليه والوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا نصب من يدفع اليهما حقوقهما فكان الكل يجران النفع الى انفسهما فيها ونفعا فترد وبه قالت الائمة الثلاثة لان شهادة الجار لنفسه نفعا لا تقبل بالاجماع م وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان ش اي الوصي م طالبا والموت معروف ش يعني ظاهر لان القاضي لا يثبت له بهذه الشهادة ولاية لم تكن م فيكفي الى القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين ش لان القاضي يلزمه ان يتأمل في هذا الوصي انه اهل يصلح للوصاية لامانته وديانته ام لا وبهذه الشهادة زكياه واخبرا القاضي بانه اهل لذلك فكفيا عنه مؤنة التعيين ش اي تعيين الوصي لان يثبت بها شيئا ش اي بهذه الشهادة يعني من ولاية لم تكن م فصار ش هذا م كالقرعة ش في انها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي لدفع التهمة واراد به القرعة التي تجعل القسمة لتعيين الانصباء فانها ليست بحجة ومع هذا تجوز استحسانا لانه تعين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذا هذه الشهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين لانه لا يثبت شيئا لم يكن فافهم م والوصيان اذا اقرا ش هذا جواب عما يقال ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له وتقرير الجواب ان الوصيين اذا اقرا ش يعني اذا اعترفا م ان معهما ثالثا ش اي وصيا ثالثا واعترافهما بذلك لاجل عجزهما فحينئذ م يملك القاضي نصب ثالث ش اي وصي ثالث م معهما ش اي مع الوصيين م لعجزهما عن التصرف باعترافهما ش اي عن التصرف لعدم استقلالهما به م بخلاف ما اذا انكر ش اي الوصي م او لم يعرف الموت ش لا تقبل الشهادة م لانه ش اي لان القاضي م ليس له نصب الوصي ش بغير رضاه او برضاه والموت ليس معروف م فيكون الشهادة هي الموجبة ش اي لثبوت الوصاية فلا تقبل بسبب التهمة م وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما ش حتى يقبض الدين فانتفت التهمة لان ضررهما في ذلك اكثر من نفعهما فكانت الشهادة على انفسهما شهادة الانسان على نفسه مقبولة وهي الاقرار م فيثبت الموت باعترافهما في حقهما ش اي يثبت موت رب الدين باقرارهما في حق الدين م وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل ش اي الوكالة م او انكر ش اي الوكالة م لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت ش اي التوكيل م انما يثبت بهذه الاشياء وهي ش اي هذه الشهادة م غير موجبة

البنوة

الموت م لمكان التهمة ش لانهما يشهدان لابيهما م قال ش اي القدوري م ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ش اي جرح مجرد متضمن لتفسيق الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق العباد نحو ان يشهد ان الشهود فسقة او زناة او اكلة ربوا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم شهدوا واجراء في اداء الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انه لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل شهادتهم م ولا يحكم ش اي القاضي م بذلك ش اي الجرح المجرد لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له ش اي للمقضي عليه م الدفع بالتوبة ش اي دفع الحكم الالزام لاظهار التوبة وسماع الشهادة انما هو الحكم والالزام م فلا يتحقق الالزام لان الشاهد وقال الكاكي قبل قوله ولا يحكم بذلك تكرار لان بقوله لا يسمع الشهادة على جرح يفهم انه لا يحكم لانه لا يسمع ويحكم بعلمه في صورة فجاز الانفكاك بينهما في الحكم اقول ذكره لنفي الاحتمال في هذه الصورة ولان فيه ش اي في الجرح المجرد م هتك الستر ش وهو اظهار الفاحشة م والاشاعة حرام ش بالنص وهو قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة الاية وفي بعض النسخ والستر واجب والاشاعة فانها حرام فيكون الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم م الا اذا شهدوا ش استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن الا اذا شهد شهود المدعى عليه م على اقرار المدعي بذلك ش اي بالجرح فانه اقر ان شهودي فسقة فانها م تقبل ش لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وفي بعض النسخ ولو شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ولو اقام رجل ش اي المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانها شهادة على جرح مجرد ش صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اقام البينة ان هذا استأجر الشهود قال لا اقبل البينة على استئجار الشهود انتهى وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في قول ابن ابي ليلى تقبل لانه اثبت انهم فسقة وشهادة الفسقة لا تقبل ثم قال الفقيه هذا القول احسن وذكر فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وكذا الخصاف في الجرح المجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه ش هذا جواب عما يقال ان قول المدعى عليه ان المدعي استأجر ليس بجرح مجرد بل فيه اثبات امر زائد وهو الاستئجار وهو حق المدعي فيثبت الجرح في ضمنه واجاب ان الاستئجار وان كان امرا زائدا عليه ش اي على الجرح المجرد م فلا خصم في اثباته ش اذ لا تعلق له بالاجرة فبقي جرحا مجردا حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ش لان المدعى عليه خصم في ذلك ش اي لان المدعي خصم للدعوى عليه فيما يدعيه م ثم يثبت الجرح بناء عليه لان الجرح دخل الحكم ويثبت بناء عليه لانه جرح مركب فافهم م وكذا ش اي وكذا تقبل م لو اقامها ش اي لو اقام المدعى عليه م البينة على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ش لما ذكرنا انه خصم في ذلك فتقبل بينته ولهذا ش اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على الجرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع تقبل قال الكاكي وقال الاكمل كذا قيل وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد تقبل لكنا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهو اسهل والمعنى اذا اقام المدعى عليه البينة يعني قوله م انه ش اي ان المدعى عليه م لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل ش اي البينة لمكان الحاجة الى احياء الحقوق وفيما قال انه محدود في قذف ليس اشاعة الفاحشة لان الاظهار حصل بقضاء القاضي وانما حكوا عمن اظهر الفاحشة من الغير م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن شهد ولم يبرح ش اي لم يزل عن مكانه حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا ش اي عدالته ان كانت ظاهرة عند القاضي م جازت شهادته ش وان لم يكن فسئل عنه فقيل انه عدل جازت شهادته كذا في الجامع البرهاني وقال المصنف ناقلا عن فخر الاسلام م ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة

دة

كانت باطلة ش قوله كانت باطلة جملة فعلية وقعت صفة لقوله بزيادة م ووجهه ش اي وجه جواز
شهادته م ان الشاهد قد يبتلى بمثله ش اي بمثل ما ذكر من قوله اوهمت م لمهابة مجلس القضاء ش لان
مهابة مجلس القاضي يوقع عليه الغلط بالزيادة او النقصان م فكان العذر واضحا فاذا كان كذلك
م فتقبل ش اي شهادته م اذا تداركه في اوانه ش واوانه قبل البراح من مكانه فاذا تدارك
الغلط قبل البراح م وهو عدل ش قبل ذلك منه فكان ملحقا باصل الشهادة م بخلاف ما اذا قام عن
المجلس ثم عاد وقال اوهمت حيث لا تقبل شهادته م لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة
ش وذلك بالطمع الشاهد بحطام الدنيا فاذا كان كذلك م فوجب الاحتياط ش قالوا هذا اذا كان
الموضع موضع الشبهة يعني شبهة التلبيس اما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اذا كان عدلا سواء
اتحد المجلس او اختلف كما اذا ترك لفظة الشهادة او مثلها بان يترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه
او يترك الاشارة الى المدعي او الى المدعى عليه م ولان المجلس اذا اتحد ش هذا دليل اخر على ذلك الذي
مضى يعني ان اتحد المجلس م لحق الملحق ش بفتح الحاء اي الذي الحقه من الكلام باول كلامه م باصل الشهادة
فصار كلاما واحدا ش لان اتحاد المجلس يجمع المتفرقات وهذا يوجب الحاق الشهادة الثانية في الزيادة
والنقصان لان الحادثة بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها والى هذا مال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله م ولا كذلك اذا اختلف ش اي لا يلحق الملحق باصل الشهادة اذا اختلف المجلس
للانقطاع بين الكلامين باختلاف المجلس م وعلى هذا ش اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم م اذا
وقع الغلط في بعض الحدود ش بان ذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي او على العكس م
او في بعض النسب ش بان ذكر محمد بن احمد بن عمرو وكان محمد بن علي بن عمر فلا تقبل شهادته اذا
تداركه في المجلس ولا تقبل بعده م وهذا ش اي اعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس واعتبار الاختلاف
في وجود التلبيس م اذا كان موضع شبهة ش يعني اذا كان ذلك الموضع موضع شبهة التلبيس م
فاما اذا لم يكن ش موضع شبهة التلبيس م فلا باس باعادة الكلام اصلا ش يعني استينافه م مثل
ان يدع ش اي يترك م لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك ش بان يترك اسم المدعي او المدعى عليه
او يترك الاشارة الى احدهما م وان قام عن المجلس ش واصل بها مثله م بعد ان يكون عدلا ش وقد
هذا عن قريب م وعن ابي حنيفة ش فيما روى الحسن عنه م وابي يوسف ش فيما روى بشر عنه
م انه يقبل قوله ش اي قول الشاهد م في غير المجلس ش اي في جميع الحال م اذا كان عدلا ش
اي اذا كان الشاهد عدلا م والظاهر ما ذكرناه ش يعني ان ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو ان
شهادته تجوز اذا قال اوهمت اذا لم يبرح مكانه بعد ان كان عدلا فان برح فلا هكذا ذكره الاترازي
وقال الكاكي قوله والظاهر ما ذكرناه وهو انه يقبل في المجلس اي في موضع شبهة التلبيس
ويعم في غير موضع شبهة التلبيس يقبل في جميع الاوقات وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا
شهدا بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهما ثم قالا لا ندري لمن البناء لا نضمنهما قيمة البناء
ولو قالا شككنا في شهادتنا وقالا ليس البناء للمدعي ضمنا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم ان
بقول الشهود شككنا لا يختلف الحكم بعد القضاء وفيه دليل انه يقبل هذا القول منهم اذا كانوا
عدولا م

باب الاختلاف في الشهادة

ش اي هذا باب في بيان حكم الاختلاف في الشهادة ولما فرغ من مسائل الاتفاق في الشهادة شرع
في بيان مسائل الاختلاف فيها والمناسبة تقتضيه الطبع لان الاتفاق اصل والاختلاف انما هو بعارض
الجهل او الكذب ما خلق لك م قال ش اي المصنف م الشهادة اذا وافقت الدعوى
قبلت وان خالفتها لم تقبل ش موافقة الشهادة للدعوى ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا
ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد
الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد
بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق
زقه واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد
بالغربي منهما وادعى انه ملكه وشهدا انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية

ويشهد بولادة

يشهد بالولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للمعنى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا ترى
ان المدعي يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك
بقوله م لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط لقبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها
وانعدمت فيما يخالفها ش اما اشتراط تقدم الدعوى فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها
ولا خصومة الا بالدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من الكذب واما
عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها
وعدمها سواء وانما قيد بقوله في حقوق العباد احترازا عن حقوق الله تعالى فان الشهادة فيها تقبل
بدون الدعوى اذ حقوق الله واجبة على كل احد خصما في اثباتها قوله وانعدمت اي الدعوى فيما
يخالفها لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها كما ذكرنا الان ولم يعتبر صدق
الشاهد لا صدق المدعي في المخالفة لان الاصل في الشهود العدول الصدق لا في المدعي لعدم شرطية
العدالة فيه وفي الذخيرة كما يشترط التوافق بين الدعوى والشهادة يشترط الموافقة بين الشاهدين
ايضا لان القضاء انما يجوز بالحجة والحجة شهادة المثنى والمخالفة يعدم الحجة م قال ش اي القدوري
في مختصره م ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش المراد باتفاقهما
لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع كما قال احدهما الهبة وقال الاخر العطية لا
بطريق التضمن ثم مثل المصنف لذلك بقوله م فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة
عنده ش اي عند ابي حنيفة م وعندهما ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين ش وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية وقال لا يحلف ويستحق الالف الاخرى
وعلى هذا المائة والمائتين ش اي وعلى هذا الخلاف اذا شهد احدهما بالمائة والاخر بالمائتين وقال
الشافعي واحمد يستحق المائة الاخرى بالحلف م والطلقة والطلقتين والثلاث ش اي وكذا على الخلاف
اذا شهد احدهما بانه طلق امرأته واحدة والاخر يشهد بانه طلقها ثنتين او ثلاث طلقات م لهما ش
اي لابي يوسف ومحمد م انهما ش اي ان الشاهدين م اتفقا على الالف ش في شهادة احدهما بالالف
والاخر بالالفين م او الطلقة ش اي او انهما اتفقا على الطلقة في شهادة احدهما بالطلقة والاخر
بطلقتين او بالثلاث م وتفرد احدهما ش اي احد الشاهدين م بالزيادة ش وهي زيادة
الالف من احدهما في شهادتهما بالالف وزيادة الطلقة الثانية او الثلاث م فيثبت ما اجتمعا
عليه ش وهو الالف والطلقة الواحدة م دون ما تفرد به احدهما ش وهو في زيادة الالف
الاخر وزيادة الطلقة الثانية او الثلاث يعني لا يقبل في حق الزيادة م فصار ش اي حكم
هذا م كالالف والالف والخمسمائة ش اي كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر
بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر فيقبل الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين على الالف لفظا
ومعنى ويجيء الكلام فيه عن قريب م ولابي حنيفة انهما ش اي ان الشاهدين م اختلفا لفظا ش لان
احدهما يرد والاخر مجتمع م وذلك ش اي الاختلاف من حيث اللفظ م يدل على اختلاف المعنى لانه
ش اي لان المعنى م يستفاد باللفظ وهذا ش اي دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى
الذي يستفاد من اللفظ م لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان ش اي
كلمتان متباينتان كزيد وعمرو ولم يرد به الجملة المركبة من فعل وفاعل او مبتدأ وخبر كما في النحو
م فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد ش فلا يقبل م فصار ش حكم هذا م كما اذا اختلف جنس المال
ش كما اذا شهد احدهما بالف درهم والاخر بمائة دينار او شهد احدهما بكر حنطة والاخر بكر شعير فان قيل
الالف موجود في الالفين قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت في ضمنه الالف واذا لم يثبت المتضمن
لم يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما بانه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر بانه قال
انت برية لا يثبت شيء وان اتفق المعنى فان قيل يشكل على قول ابي حنيفة ما لو ادعى الفين وشهدا
بالف يقبل للاتفاق ذكر في المبسوط مع ان شرط صحة القضاء الموافقة بين الدعوى والشهادة
ولم يوجد قلنا الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط لصحة الدعوى حسب اتفاقه
بين الشاهدين الا ترى انه لو ادعى الغصب او القتل وشهدا باقراره به تقبل ولو شهد احدهما بالغصب

والاخر الاقرار بالغصب لا تقبل وهذا لان الشهادة تعتمد اللفظ الا ترى انها لا تقبل بالوكيل الشهود
خلاف الدعوى فانه لو صحح دعواه بالكتابة تقبل دعواه ولا لزوم الا باختيفه ما اذا قال لها زوجها
طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولاما اذا قال لها ثلاث
ثم قال لها فانه يقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك
لان الاكثر يشهد به واحد فلا يثبت به شيء قال شر اي القدوري م وان شهد احدهما شر
اي احد الشاهدين م الالف والاخر شر اي وشهد الاخر بالالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة
قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها شر اي على الالف م لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطفت احدهما على الاخرى والعطف يقرر الاول شر اي يقرر المعطوف عليه م ونظيره شر
اي ونظير المذكور م الطلقة والطلقة والنصف شر ان شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف
م والمائة والمائة والخمسون شر ان شهد احدهما بمائة والاخر بمائة والخمسين تقبل شهادته على
الطلقة بالاتفاق وكذلك على المائة م بخلاف العشرة والخمسة عشر شر يعني اذا شهد احدهما بعشرة
والاخر بخمسة عشر يعني اذا ادعى المدعي خمسة عشر حيث لا تثبت العشرة عند ابي حنيفة لان الموافقة
بين اللفظين شرط ولم يوجد م لانه ليس بينهما حرف عطف شر فصار امتباينين لان خمسة عشر
من كلمتين بغير حرف العطف فكانت كلمة واحدة غير العشرة فلم توجد الموافقة وفي النهاية هذا كله فيما
اذا لم يدعي المدعي عقدا اما اذا كان في دعوى العقد فهي ثمان مسايل البيع والاجارة والكتابة
والرهن والعتق على مال والصلح عن دم العمد والخلع والنكاح ويجيء كل هذا مشروحا في هذا
الباب ان شاء الله تعالى م فهو نظير الالف والالفين شر اي المذكور نظير ما اذا شهد احدهما
بالف والاخر شهد بالفين لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة وقد مر عن قريب م وان قال المدعي
لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه شر اي لان الشاهد م
كذبه المدعي في المشهود به شر ويكذب الشاهد تفسيق فكان مبطلا شهادته فبقي شاهد واحد
م وكذا اشر اي وكذا الحكم م اذا سكت شر اي المدعي م الا عن دعوى الالف شر يعني اذا ادعى
الالف ولم يتعرض للخمسمائة لا بالنفي ولا بالاثبات م لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق شر
ولم يوجد حتى لو وفق قبلت الشهادة واشار الى وجه التوفيق بقوله م ولو قال كان اصل حقي الفا
وخمسمائة شر كما شهد م الا اني استوفيت خمسمائة او ابراته عنها شر اي عن الخمسمائة م قبلت لتوفيقه
شر لزوال التكذيب م قال شر اي القدوري م واذا شهد بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة
قبلت شهادتهما على الالف م لاتفاقهما عليه شر اي لاتفاق الشاهدين على الالف شر وفي بعض النسخ بالالف
م ولم يسمع قوله شر اي قول الشاهد الذي قال م قضاه شر يعني قضاه بخمسمائة
لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر شر هذا هو المشهور م وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة
لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة فلا يجوز ان يثبت اكثر من ذلك. وجوا
شر اي جواب ما روي عن ابي يوسف م ما قلنا شر اشار به الى قوله لانه شهادة فرد كذا قاله
الاترازي وقال الاكمل وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء
والقضاء يتلو الوجوب لا محالة م قال شر اي القدوري م وينبغي للشاهد اذا علم بذلك شر
يعني الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك م ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة
كيلا يصير معينا على الظلم شر بعلمه بدعواه بغير حق وفي جامع ابي الليث لا يحل للشاهد الذي
يعلم القضاء ان يشهد على اصل الدين لعلمه بان المدعي يدعي بغير حق م وفي الجامع الصغير رجلان
شهدا على رجل بقرض الف درهم وشهد احدهما انه قضاها فالشهادة على القرض جائزة لاتفاقهما عليه
وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه شر من ان القضاء لا يثبت بقول احد الشاهدين والغرض
من مسالة الجامع وبين المسالة التي ذكرها قبلها ان في مسالة الجامع شهد احدهما بقضاء كل الدين
وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين م وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل شر يعني في القرض
والدين جميعا م وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء شر وهو تفسيق له م قلنا هذا
اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض شر اي المشهود به الاول وهو القرض لم يوجد

منه التكذيب وقوله وانما وجد التكذيب فيما عليه لانه اكذبه فيما هو عليه وهو الشهادة بالقضاء
وهو غير المشهود به الاول م ومثله لا يمنع القبول شر ولهذا لو شهد بالف ومائة دينار اذا ادعى
المدعي الف درهم تقبل شهادتهما وان كذبهما المدعي في المائة اليه اشار في الجامع م قال شر اي
القدوري م واذا شهد شاهدان انه شر اي ان عمرا مثلا . قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد
اخران انه قتله يوم الفطر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احدهما شر اي لان
احدى الشهادتين م كاذبة شر ظاهرا بيقين وبه قال الشافعي واحمد وفي الذخيرة ولو شهد احد
بالقتل والاخر بالاقرار بالقتل لا تقبل لان القتل فعل والاقرار قول والقول غير الفعل فاختلفت
المشهود به وكذا لو شهدا بالقتل واختلفا في الزمان والمكان لان الفعل الثاني غير الفعل الاول
وفي المغني وكل شهادة على فعل اختلاف الزمان او المكان لا يمنع القبول الا في مسالة واحدة
ذكرها داود بن رستم عن محمد في نصراني شهد اعليه فقال احدهما يصلي في مسجد بني زائدة شهرا
واخر يصلي في مسجد بني عامر شهرا او قال احدهما يصلي بالكوفة شهرا وقال الاخر رايته يصلي بالبصرة
فاني اجيز شهادتهما واجبره على الاسلام وفي الكافي اختلافهما في الزمان او المكان في البيع والشراء
والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة
والقذف لا يمنع القبول وفي الجناية والغصب والقتل والنكاح يمنع والاصل فيه ان المشهود به ان
كان قولا كالبيع ونحوه فاختلافهما في الزمان او المكان لا يمنع وبه قال احمد في رواية لان القول مما
يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب ونحوه او قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه
قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان والمكان يمنع القبول لان الفعل في
زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان اخر فاختلف المشهود به وقال الشافعي واحمد في
ظاهر روايته اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الجميع الا فيما اذا شهد احدهما انه طلقها يوم
الخميس وقال الاخر انه طلقها يوم الجمعة فانه تقبل وكذا في البيع والنكاح وغيرهما فلا ينتقض النا
لان القضاء بالاول قضاء ببطلان الثاني ضمنا اذ القتل يتحقق واحد لا يكون في موضعين وفي الفتاوى
الصغرى لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسالهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل
شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك م وليس احدهما باولى من الاخرى شر يمكن ان هذا جوابا عما
يقال فلا يسمع القاضي احدهما فقال وليس احدهما اي احدى الشهادتين باولى من الشهادة الاخرى
لعدم المرجح فاذا كان كذلك فتهاترتا م فان سبقت احدهما شر اي احدى الشهادتين م وقضى
بها شر اي وقضى القاضي بها م ثم حضرت الاخرى شر اي الشهادة الاخرى م لم تقبل لان الاولى ترجحت
باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية شر لان الحكم بالثانية ينافي الحكم بالاولى وقد صحت ظاهرا حيث اتصل
الحكم بها ولم يتحقق الكذب فبقيت كما كانت ونظيره رجل معه ثوبان احدهما نجس فوقع تحريه على احدهما او صلى
فيه ثم وقع تحريه على الاخر لا تجوز الصلوة فيه لان الاول اتصل به حكم فلا ينتقض بتحري اخر م قال شر
اي محمد في الجامع الصغير م واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها شر بان قال احدهما
سوداء وقال الاخر انها صفراء م قطع وان قال احدهما بقرة شر اي بانه سرق بقرة م وقال الاخر ثورا
شر اي وقال الاخر سرق ثورا م لم يقطع عند ابي حنيفة وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وبه قالت
الائمة الثلاثة وقال التمرتاشي هذا الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه فيما اذا سرق بقرة فقط اما اذا
ادعى سرقة بقرة بيضاء او سوداء لا تقبل شهادتهما اجماعا لانه كذب احد الشاهدين وكذا الخلاف
فيما اذا ادعى سرقة ثوب فقط فقال احدهما هروي وقال الاخر مروي فاما اذا اختلفا في الزمان او المكان
لا تقبل بالاجماع م وقيل لا خلاف في لونين متشابهين كالسواد والحمرة شر لان الحمرة الشديدة تتشابه
بالسواد م لا في السواد والبياض شر لانهما لا يتشابهان اصلا م وقيل الاختلاف شر بين ابي حنيفة
وصاحبيه م في جميع الالوان شر وذكر في المبسوط ان الحمل على الخلاف في الاصح م لهما شر اي
لابي يوسف ومحمد م ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل منهما نصاب الشهادة
شر فلا اختلاف في المشهود به فلا تقبل م فصار كالغصب شر يعني شهد بالغصب ببقرة واختلفا
في لونها م بل اولى لان امر الحد اهم لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت هنا قد

ليسقط الشهادة ولان الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال فلان يمنع في الحد اولى كما لو اختلفا في قدر
القيمة م وصار كالانوثة والذكورة ش في المغاربة م وله ش اي ولابي حنيفة م ان التوفيق ممكن لان التحمل
في الليالي من بعيد ش اذ اكثر السرقات يكون في الليالي وتحمل الشهادة يكون من بعيد م واللونان
يتشابهان ش كالحمرة والصفرة م او يجتمعان ش اي اللونان وبين ذلك بقوله م فيكون السواد
من جانب وهذا ش اي احد الشاهدين يبصره م والبياض من جانب ش وهذا ش اي الاخر م يبصره
م وكل واحد يشهد بما راه فان قيل لو كانت البقرة على هذه الصفة يقال لها بلقاء لا سوداء
ولا بيضاء قلت نعم لمن تامل ذلك ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما يكون
عنده ذلك اللون كذا في المبسوط واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف
شهود الزنا في بيت واحد وقال الاكمل وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا
للاحتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته والثاني ان التوفيق وان
كان ممكنا لكن يعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يمكن اعتباره فيما يندرئ بها والجواب
عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا للاثبات ان لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة
كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا يقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله
طوق ثياب السارق وامثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه
الا ترى انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتعين انه ليس من صلب الشهادة ولم
يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما
فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان البيان ليس اعتبار امكان التوفيق او يقال
التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله اعلم م بخلاف الغصب
ش هذا جواب عن مسالة الغصب وهو قوله م لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه ش اي لان تحمل
الشهادة في الغصب يكون بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا م والذكورة والانوثة ش جواب عما احتج
به من الاختلافين بانهما م لا يجتمعان في واحد ش اي في حيوان عادة ولان الشاهدين يتعلقان
ببيان الذكورة والانوثة لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما في نفس الشهادة م قال
ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف درهم وشهد اخر
انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة قال الاترازي رحمه الله م كان المناسب ذكر هذه المسالة
بعد قوله وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة قلت تلك المسالة في دعوى المال وهذه
في دعوى العقد م لان المقصود اثبات السبب وهو العقد والعقد يختلف باختلاف الثمن
فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ش لان اختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة وكذا
نقصان العدد يمنع م ولان المدعي ش دليل اخر على ذلك م يكذب احد شاهديه ش صورة المسالة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال الرجل يدعي على رجل انه باعه هذا العبد
بالف وخمسمائة منكرا البائع البيع فيقيم عليه شاهد بالف وخمسمائة وشاهد بالف قال هذا باطل
م وكذا ش اي وكذا الشهادة باطلة م اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل
المالين او اكثرهما ش يعني سواء ادعى اقل المالين او اكثر وفي الفتاوى الظهيرية عن السيد الامام
الشهيد ابي القاسم السمرقندي يحتمل لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة
بان اشترى ثم زاد في الثمن فيعد اتفاقا على الشراء الواحد م لما بينا ش وهو ان المقصود اثبات السبب
م وكذلك الكتابة ش والطلاق هنا تسع مسائل اي كالبيع لان عقد الكتابة يختلف باختلاف البدل
كالبيع هنا تسع مسائل البيع والكتابة والخلع والطلاق والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد
والرهن والنكاح والاجارة وقال الاترازي بعد ان نقل ما ذكره محمد في الجامع الصغير دخل
ثمان مسائل لانه لم يذكر الطلاق واشار المصنف الى الكتابة بقوله وكذلك الكتابة بعد ان ذكر البيع
فالبيع هو المسالة الاولى والكتابة هي الثانية وفي قاضي خان الكتابة بمنزلة البيع ان كان الدعوى
من العبد لانه يدعي العقد اشار اليه المصنف بقوله م لان المقصود هو العقد ش اي عقد الكتابة م
ان كان المدعي هو العبد فظاهر ش فلا تقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة كما في البيع

والمرأة وكذا ش اي وكذا لا تقبل الشهادة م اذا كان ش اي المدعي م هو المولى لان العتق لا يثبت
قبل الاداء ش اي قبل اداء بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يكون الا بعقد الكتابة وهو معنى قوله
فكان المقصود اثبات السبب ش اي العقد والثالثة من المسائل الخلع اشار اليه بقوله م و
الخلع ش بان ادعت المرأة الخلع وانكر الزوج والرابعة منها هو قوله م والاعتاق على مال
ش والخامسة هو قوله م والصلح عن دم العمد ش فالحكم في هذه المسائل الثلاثة م ان كان المدعي
هو العبد ش في مسالة الاعتاق م والمرأة ش اي ان كان المدعي هو المرأة في مسالة الخلع م والقاتل
ش اي وان كان المدعي هو القاتل في مسالة الصلح عن دم العمد فلا خفاء في هذه الثلاثة م لان
المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه ش اي الى اثبات العقد ليثبتا الطلاق والعتاق
والعفو بناء عليه م وان كانت الدعوى من الجانب الاخر ش وهو المولى والزوج وولي القصاص
ان قال المولى اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف وقال الزوج خالعتك على
الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف وقال ولي القصاص صالحتك على الف وخمسمائة والقاتل يدعي
الالف م فهو بمنزلة دعوى الدين ش ان كان الدعوى مثل دعوى الدين وهو البدل لوقوع العتق
والطلاق والعفو باقرار المولى والزوج وولي القصاص م فيما ذكرنا من الوجوه ش المذكورة
من انه تقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا تقبل عند ابي حنيفة
خلافا لهما وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما
م لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق ش وهو المعتق والزوج والولي م
فبقي الدعوى في الدين ش وهو البدل والمسالة السادسة هي قوله م وفي الرهن ش اي اذا شهد
احد الشاهدين بالالف والاخر بالف وخمسمائة م ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة م لانه
ش اي لان الراهن م لاحظ له في الرهن ش لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كانت دعوى
غير مفيد فكانت كان لم تكن وهو معنى قوله م فعرت الشهادة عن الدعوى ش فلا تقبل م وان
كان ش اي المدعي هو م المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين ش يقضى باقل المالين اجماعا فان قيل
الرهن لا يثبت الا بالايجاب والقبول فكان عقدا كسائر العقود فينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين
في قدر المال بمنزلة اختلافهما في البيع او الشراء وان كانت الدعوى من المرتهن قلنا لما كان عقد
الرهن غير لازم في حق المرتهن لانه ان يرد الرهن متى شاء بخلاف الراهن لانه ليس له استرداد
الرهن متى شاء فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن لان الرهن لا يكون الا بالدين فيقبل
البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين والمسالة السابعة هي قوله
م وفي الاجارة ش اي اختلاف الشهادة اذا كان في الاجارة م ان كان ذلك ش اي الدعوى
على اول الادعاء م في اول المدة ش قبل استيفاء المنفعة م فهو نظير البيع ش يعني لا تقبل الشهادة
كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل م وان كان بعد مضي المدة
ش واستيفاء المنفعة م والمدعي ش اي والحال ان المدعي م هو الاجر فهو دعوى الدين ش
اي المال فيقضى باقل المالين اذا ادعى الاكثر اذ لا حاجة هنا الى اثبات العقد وان كان المدعي
هو المستاجر بعد مضي المدة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة
ثم حينئذ الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما والمسالة الثامنة هي قوله م قال ش اي ابو حنيفة
م فاما النكاح ش يعني اذا اختلف الشهود فيه فقال احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة م
فانه ش اي فان النكاح م يجوز بالف استحسانا ش كما في دعوى الدين م وقالا ابو يوسف ومحمد
هذا باطل في النكاح ايضا ش يعني كما هو باطل في البيع يعني لا تقبل الشهادة ولا يقضى بالنكاح
م وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ش قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
وذكر في الدعوى من الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م
ان هذا اختلاف في العقد ش لان النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة م لان المقصود من
الجانبين السبب ش والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة م فاشبه البيع ش كما اذا اختلف
الشاهدان فيه بان شهد احدهما بالف والاخر بالفين فلا يقبل كذا هذا م ولابي حنيفة ان المال في

النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل . والاصل فيه ش اي في النكاح هنا دليل اخر لقوله وهو ان الاصل في النكاح م الحل ش هو حل البضع م والازدواج والملك ش اي هو ملك البضع لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا م ولا اختلاف ش للشاهدين م فيما هو الاصل فيثبت ش اي الاصل م ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل ش اي باقل المالين م لاتفاقهما عليه ش اي لاتفاق الشاهدين على الاقل واعترض عليه بان هذا يكذب لاحد الشاهدين واجيب بان التكذيب فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وهو العقد م ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما ش قال الاكمل قال المصنف رحمه الله ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او والصواب كلمة الواو بدلا لانه يستوي انتهى قلت كان في نسخته وقعت بكلمة او فلذلك اعترض وليس كذلك فان النسخ كلها بالواو حتى في نسخة شيخي العلاء رحمه الله التي هي للعمدة م في الصحيح ش احتراز عما قال البعض انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين والبه ذهب شمس الائمة م ثم قيل الاختلاف ش اي بين ابي حنيفة وصاحبيه م فيما اذا كانت المراة هي المدعية وفيما اذا كان الزوج هو المدعي اجماع انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد ش فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول م وقيل الخلاف ش اي الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه م في الفصلين ش جميعا يعني فيما اذا كان مدعي النكاح الرجل والمراة م وهذا اصح ش اي الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في الفصلين جميعا اصح وقال الاترازي ولنا في قوله وهذا اصح نظر لانهم لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير ولذلك لم يذكروه في شرح الطحاوي فيما اذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف وقع في العقد انتهى قلت عدم ذكرهم في شروح الجامع الصغير وشرح الطحاوي لا يستلزم عدم ذكر غيرهم م والوجه ما ذكرنا ش اشار به الى ما ذكر من دليل الطرفين عند قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد الى اخر ما ذكره م

فصل في الشهادة على الارث

ش اي هذا فصل في بيان حكم الشهادة على الارث ولما ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالاحياء شرع يذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت بحسب مقتضى الواقع م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ش اي كان المدعي الذي اقام البينة ياخذ الدار من ذي البينة م ولا يكلف البينة ش ان يشهدوا م انه اي ان اباه مات وتركها ميراثا له ش اي للابن وذكر في الفوايد الظهيرية هذا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فابو يوسف لا يقول في الميراث باشتراط الجر والانتقال من المورث الى الوارث في قبول البينة وابو حنيفة ومحمد وان كانا يشترطان ذكر الجر والانتقال بان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له اما ههنا لم يشترط لان المدعي اثبت لورثه الى المدعي بما اقام من البينة لان يد المودع والمستعير يد المودع والمعير فصار كانه اقام البينة بان اباه مات والدار في يده ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هذا والاصله ش اي اصل حكم الشهادة على الارث م انه اي ان الشان م متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث ش اي لا حكم له بذلك الملك م حتى يشهد الشهود انه ش اي ان المورث مات م وتركها ش اي وترك تركته ميراثا له ش اي لهذا الوارث م عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ش هذا الخلاف مبني على الاصل المذكور وهو ان الشهادة بالميراث تحتاج الى الجر والانتقال عند ابي حنيفة ومحمد ولا تحتاج الى ذلك عند ابي يوسف م هو يقول ش اي ابو يوسف يقول م ان ملك الوارث ملك المورث ش لكون الوارث خلافه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك م فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به ش اي بالملك م للوارث ش اي وابو حنيفة ومحمد م يقولان ان ملك الوارث في حق العين ولهذا يجب عليه ش اي على الوارث م الاستبرا في الجارية الموروثة ويحل للوارث ما كان صدقة على المورث الفقير ش وان كان الوارث غنيا فلما كان ملكه متجددا فلا بد من اثبات الملك له ابتدا وهو معنى قوله م فلا بد من النقل

ش ان يقول الشهود نشهد انه مات وترك هذا الشي ميراثا لهذا لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا م الا انه يكتفي بالشهادة ش هذا استثناء من قوله لا بد من النقل يعني عندهما لا بد من الجر والنقل الا ان الشهادة يكتفي بها م على قيام ملكه اي المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده ش اي يكتفي بالشهادة على قيام يده عند الموت لان اليد حينئذ تصير يد ملك بالضمان لان الظاهر من حال من حضره الموت ان يسوي اسبابه ويعين ما كان عنده من الودايع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه والامانات تصير مضمونة بالتجهيل اذا مات ولم يبين انها وديعة فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو متعد يجب الضمان به واذا ثبت هذا لمن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر م على ما نذكره ان شا الله تعالى ش هذا اشارة الى ما يذكره عن قريب بقوله لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك م وقد وجدت الشهادة على اليد في مسالة الكتاب ش اي هذا الكتاب وهي المسالة التي ذكرها عقيب الفصل بقوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه الى اخرها والحاصل انه اشار بهذا الى ان هذه المسالة متفق عليها واشار الى ان وجهها بقوله م لان يد المستعير والمودع ش بفتح الدال م والمستاجر ش بكسر الجيم اي ويد المستاجر م قايمة مقام يده ش اي يد المدعي الذي اقام بينة انها كانت لابيه م فاغنى ذلك ش اي قيام يده عند الموت م عن الجر والنقل ش اي عن الشهادة بالجر والنقل م وان شهدوا انها ش اي ان هذه الدار م كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة ش قال الاترازي قوله وان شهدوا انها كانت في يد فلان اي في يد ابيه به صرح الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير حيث قال وان شهدوا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يده جازت الشهادة م لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان ش لانهم لما شهدوا له باليد وقت الموت فلا تخلو اما ان تكون يد ملك او يد امانة فان كانت يد ملك فلا شك وان كانت يد غصب تصير يد ملك بالضمان وان كانت امانة تصير يد غصب بالتجهيل وهو معنى قوله م والامانة تصير مضمونة بالتجهيل ش فتصير يد ملك م فصار ش اي قول الشاهد بانها كانت في يده وقت الموت م بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت ش فيثبت النقل الى الورثة بالضرورة وروى الحسن انها لا تقبل لانهم شهدوا باليد منقضية والاصح انها تقبل لما مر م وان قالوا الرجل حي ش ذكر هذه المسالة استطرادا اذ هي ليست من باب الميراث اي وان قال الشهود لرجل حي يعني اذا كانت الدار في يد رجل حي فادعاها رجل اخر وليست الدار في يده فقالوا انها له وقيد بقولهم حي م نشهد انها كانت في يد المدعي ش لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاجماع لانهم لو شهدوا للميت انها كانت في يده وقت الموت تقبل بالاجماع وقيد بقوله م نشهد انها كانت في يد المدعي ش لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاجماع كذا في قاضي وقوله م منذ اشهر ش وجوده كعدمه لان الخلاف ثابت فيما لم يذكره م لم تقبل ش اي هذه الشهادة م وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ش فالملك اذا ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فكذا في اليد م ولو شهدوا انها ملكه تقبل فكذا هنا فصار ش هنا م كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي ش يعني لو شهدوا وان لا كانت في يد المدعي واخذها المدعى عليه الذي هو صاحب اليد تقبل الشهادة وترد الدار الى المدعي فكذا اذا اقر المدعى انها كانت في يد المدعي يرد على ما ذكر في الكتاب م وجه الظاهر وهو قولهما ش اي قول ابي حنيفة ومحمد م ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية ش اي زايلة يعني يد المدعي زايلة في الحال وليست قايمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر م وهي ش اي اليد م متنوعة الى ملك وامانة وضمان ش فاذا كان كذلك كانت مجهولة م فتعذر القضاء باعادة المجهول ش اي فتعذر الحكم باعادتها مع قيام الجهالة م بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ش كيف ما كان قال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد م ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به ش والشهادة خبر م وليس الخبر كالمعاينة ش لاحتمال زوال اليد بعدما كانت والمعاين راجح لان المعاينة توجب العلم والشهادة

عليه الظن فما كان موجبا للعلم اولى م قال ش اي القدوري م ليس في كثير من النسخ لفظ قال
م وان اقر ذو اليد لك المدعى عليه ش اي اقر بان الدار كانت في يد المدعي م دفعت الى المدعي لان الجهالة
في المقر به لا تمنع صحة الاقرار ش بل يجب عليه بيانه كما لو اقر لفلان بشيء يجب عليه بيانه م وان
شهد شاهدان انه اقر ش اي ان المدعى عليه اقر م انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود
به هاهنا الاقرار وهو معلوم ش اي المشهود به وهو الاقرار معلوم والمجهول هو المقر به والجهالة
فيه ليست بمانعة لصحة الاقرار

م باب الشهادة على الشهادة ش

اي هذا باب في بيان حكم الشهادة على الشهادة ولما كانت الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول
استحقت التاخير لان الاصل مقدم على الفرع م قال ش اي القدوري في مختصره م الشهادة على
الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ش اراد به غير الحدود والقصاص وبه قال احمد والنخعي
في قول وقال مالك تقبل في كل الحقوق سواء كان حدا او غيره وبه قال الشافعي في الاصح م وهذا ش
اي جواز الشهادة على الشهادة م استحسان لشدة الحاجة اليها ش والقياس يابى جوازها لتمكن الشبهة
فيها اذ لا اعتماد افادها اولها الالسن يمكن فيها زيادة ونقصان ولان اداء الشهادة عبادة والعبادة
لا تجري فيها النيابة الا انها جوزت استحسانا م اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض
ش كالموت والسفر والغيبة م فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ش اي ضياعها
وهلاكها م ولهذا ش اي ولاجل اتواء الحقوق عند عدم جواز الشهادة على الشهادة م جوزنا الشهادة
على الشهادة وان كثرت اي الشهادة على الشهادة على الشهادة وان بعدت م الا ان فيها
ش اي لكن في الشهادة على الشهادة م شبهة من حيث البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز
عن الاصل وهذه كذلك فان قيل لو كان فيها معنى البدلية ينبغي ان لا يجوز الجمع بين الاصل والفرع
فان القاضي لو قضى بشاهد اصل وشاهدين فرعين يجوز وتكميل الاصل بالخلف لا يجوز كما في الوضوء
والتيمم ذكره في الكافي اجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فشهادة الفروع هو شهادة الاصول
والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي فاذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع
بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع م او من حيث ان فيها زيادة احتمال
ش معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة
الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم م وقد
امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود ش يعني شهود الاصل م فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص ش وللشافعي في قول وافقنا في الحدود ولا في القصاص فان قيل ذكر في المبسوط
ان الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي كذا ضرب فلانا حدا في قذف تقبل حتى ترد
شهادة فلان قلنا المشهود فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات وانما الذي
لا يثبت مع الشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليس بسبب موجب للعقوبة
فان قيل اليس ان اقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام
الحد فيكون ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف م وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين
وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان ش اي شاهدان من الاربع وبه قال عبد الملك الماجشون المالكي
واختاره المزني م لان كل شاهدين قائمان مقام واحد ش فلا تتم حجة القضاء بهما م فصارا كالمرأتين
ش اي كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما م ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز
على شهادة رجل الا شهادة رجلين ش هذا غريب يعني لم يثبت والذي روي عن علي رضي الله عنه ما
رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن حسين عن ابيه عن جده عن علي
قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان وقال الاترازي ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن علي رضي
الله عنه انه قال لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين وجه الاستدلال به ان عليا رضي
الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل ولم يشترط شهادتهما على شهادة رجل اخر فلم يشترط
ان يكون بازاء كل اصل فرعان على حدة فدل باطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة
الاصل من الحقوق ش يعني حق من الحقوق واذ طريق جواز الشهادة على الشهادة نقل الشهادة

م فيهما شاهدان يشهد احدهما بحق ثم يشهدا بحق اخر ش فيكمل نصاب الشهادة م فيقبل ش لكمال
النصاب م ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا ش اي من قول علي رضي الله م وهو ش اي قول علي رضي الله
عنه م حجة على مالك ش فانه قال في كتبنا وقال مالك تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد
ولكن ذكر في جواهر المالكية لا يجوز وكذا ذكر في الحلية فاذا كان كذلك كيف يكون قول علي حجة
على مالك وفي الحلية انه على قول احمد وابن ابي ليلى وعبد الله بن شبرمة والحسن البصري وعبيد
الله بن الحسن العنبري وعثمان البتي واسحق يثبت بشهادة احد شهادة الاصل الواحد لان الفرع
قائم مقام الاصل م ولانه ش اي ولان نقل الشهادة م حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة ش
اذ النصاب شرط فلا بد منه م قال ش اي القدوري م وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل
لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا او اشهدني على
نفسه لان الفرع كالنائب عنه ش اي عن الاصل وانما قال كالنائب ولم يقل نائب عنه لو كان نائبا عنه
حقيقة لما جاز الجمع بين فرعين واصل مع ان للقاضي ان يقضي بشهادة اصل واحد وفرعين عن
اصل اخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الاصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء
والتيمم م من التحميل والتوكيل ش لان الشهادة على الشهادة انما تصير حجة
بنقل شهادة الاصل الى مجلس القضاء فلا بد من التحميل فالفرع وكيل عن الاصل فلا بد من التوكيل
م على ما مر ش اي الذي مضى مثله في فصل ما يتحمله الشاهد م ولا بد ان يشهد ش اي الاصل
عند الفرع عند التحميل م كما يشهد عند القاضي ش اي كما يشهد الاصل عند القاضي ش بلا
تفاوت في القول بان يقول اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا فاشهد انت على شهادتي
م لينقله الى مجلس القضاء ش اي لينقل الفرع ما اشهده الاصل الى مجلس القاضي م وان لم
يقل ش اي الاصل عند الفرع م اشهدني على نفسه جاز ش اي المقر او المدعى عليه م جاز لان
من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له ش اي وان لم يقل الغير م اشهد ش على م قال
ش اي القدوري م ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان
فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته ش اي شهادة الفرع
م وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل م ولها ش اي لشهادة الفرع عند الاداء م لفظ اطول
من هذا ش اي من الذي ذكره القدوري وهو كما ذكر الخصاف وغيره ان الفرع يقول عند القاضي
اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان
اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الان فيحتاج الى ثمان شينات وفيما ذكر في الكتاب
خمس شينات واختاره الحلواني م واقصر منه وخير الامور اوساطها ش وهو ان يقول الفرع
اشهد على شهادة فلان بكذا جاز وفيه شينان واختاره ابو الليث واستاذه ابو جعفر
الهندواني وهكذا حكى فتوى السرخسي وهكذا ذكر محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وذ
الجصاص انه يكفي ثلاث شينات في الاشهاد وست في الاداء وهو ان يقول في الاشهاد اشهد
ان فلانا اقر عندي بكذا فاشهد على شهادتي ان لفلان على فلان كذا ويقول في الاداء اشهد ان
فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته فانا اشهد على شهادته ان
لفلان على فلان كذا وهذا معنى ما قال في نظم الجامع ٥ ويؤتى بشينات ثلاث لحمله ٥ وبالست
في حالة الاداء مرددا ٥ وفي الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء
ابائهم واجدادهم حتى لو قالا للقاضي نشهد ان رجلين نعرفهما اشهدانا على شهادتهما يشهدان بكذا
وقالا للقاضي لا نسميهما لك او قالا لا نعرف اسماءهما لم يقبل حتى يسميا لانهما تحملا مجازفة لا عن
معرفة ٥ ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي
لانه لا بد من التحميل وهذا هو ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا
حتى اشتركا في الضمان عند الرجوع ش يعني اشتراكهم في الضمان ان المشهود عليه بالخيار بين
تضمين الاصول وبين تضمين الفروع وليس معناه ان يقضى بنصف الضمان على الاصول وبنصفه
على الفروع بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب وفي الذخيرة لو ضمن الفروع لا يرجعون على الاصول

كما في الغصب وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع بخلاف ما لو ضمن الغاصب حيث يرجع على غاصب
الغاصب م وكذا عندهما ش اي وكذا عند ابي حنيفة وابي يوسف لا بد من التحميل وان كان القضا
مضافا الى الفروع حتى وجب الضمان على الفروع خاصة عند رجوع الاصول والفروع جميعا فلا بد من
التحميل وليس للفروع ان ينقلوا شهادتهم بدون تحميلهم م لانه لا بد من نقل الشهادة الاصول
لتصير حجة فيظهر تحمل ما هو حجة ش اي يظهر بالنقل تحمل ما هو حجة ولولا التحميل لم يوجد النقل
فالنقل الى مجلس القاضي حجة حتى يتبين بانهم تحملوا ما هو حجة والنقل لا بد له من التحميل والتوكيل
قوله فيظهر بالنصب لانه جواب النفي وهو قوله لا بد ويجوز ان يكون معطوفا على قوله لتصير
وهذا اظهر م قال ش اي القدوري م ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل
او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا ش لان الغيبة بمدة السفر لتعلق الاحكام بمدة السفر
كقصر الصلوة والافطار في الصوم وابتداء مسح الخف وكتكبيرات التشريق عند ابي حنيفة والاضحية
والجمعة وخروج المراة بلا محرم وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية م او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
معه ش اي مع المرض م حضور مجلس الحاكم لان الجواز للحاجة ش اي لان جواز الشهادة على الشهادة
لاجل حاجة الناس مع ان القياس يأباها م وانما تمس ش اي الحاجة م عند العجز وانما اعتبرنا السفر
ش اي مدة السفر في الغيبة م لان المعجز ش اسم فاعل من التعجيز م بعد المسافة ومدة السفر بعيدة
حكما ش اي من حيث الحكم م حتى ادير عليها ش اي على مدة السفر م عدة من الاحكام ش وهي التي ذكرناها
الان م فكذا سبيل هذا الحكم ش اي حكم غيبة شهود الاصل م وعن ابي يوسف انه ش اي ان الشاهد
الفرعي م ان كان في مكان لو غدا ش اي لو ذهب بكرة النهار م لاداء الشهادة لا يستطيع ان
ان يبيت في اهله ش بعد الرواح من مجلس القاضي م صح الاشهاد احياء لحقوق الناس ش وبه قال
الشافعي في قول واحمد في رواية ومالك لو كان بمكان لا يلزمه الحضور وقال بعض اصحاب مالك
لا يقبل في الحد ولا في الغيبة البعيدة فاما اليومان والثلاثة فلا الا المراة فانه يقبل عنها مع حضورها
في البلد وفي الذخيرة روي عن محمد انه يجوز كيف ما كان حتى اذا كان الاصل في زاوية المسجد والفرع
في زاوية اخرى من ذلك المسجد يقبل وقال شمس الائمة السرخسي والسغدي في شرح ادب القاضي
للخصاف شهادة الفروع والاصول في المصر يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز
وفي الفتاوى الصغرى قال محمد اقبل الشهادة على الشهادة والمشهود على شهادته في المصر من غير مرض
به ولا علة م قالوا ش اي المشايخ م الاول ش اي التقدير بثلاثة ايام م احسن ش لان العجز بها
يتحقق فيه م والثاني ش وهو قول ابي يوسف م ارفق ش لان فيه رفقا للناس م وبه ش اي بالثاني
م اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله ش وكثير من المشايخ م قال ش اي القدوري م فان عدل شهود
الاصل شهود الفرع ش نصب شهود الاصل على المفعولية وشهود الفرع بالرفع على الفاعلية اي عدل
الفروع الاصول م جاز ش باجماع الائمة الاربعة م لانهم ش اي لان الشهود الاصل م من اهل التزكية
فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم وبين تزكية غيرهم وذكر الخصاف ليسال القاضي الفروع عن الاصول ولا يقضي
قبل السؤال فان عدلوهم ثبت عدالتهم في ظاهر الرواية لان العدالة لا تتهم بمثله م وكذا ش اي
وكذا الحكم م اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا ش اراد به قوله من اهل التزكية م غاية الامر
ش اي غاية ما يرد فيه من امر الشهادة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان م في تعديله
ش اي بتعديله م منفعة من حيث القضا بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله لما لا يتهم في شهادة نفسه
كيف وان قوله ش اي كيف لا يصح تعديل الفرعي الاصلي والحال ان قوله م مقبول في نفسه وان
ردت شهادة صاحبه ش حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما واذا كان الامر كذلك
م فلا تهمة ش حينئذ م وان سكتوا عن تعديلهم ش اي فان سكت الفروع عن تعديل الاصول جاز
شهادة الفروع م وينظر القاضي في حالهم ش اي في حال شهود الاصل يعني ينظر القاضي في عدالة
شهود الاصل غير شهود الفرع م وهذا ش اي هذا المذكور م عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه
لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها ش اي اذا لم يعرف الفروع عدالة الاصول م لم ينقلوا الشهادة
فلا تقبل ش كما لو شهدوا على من لا يعرفون عقله م ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم ش اي ان الواجب على شهود

الفرع م النقل دون التعديل لانه ش اي لان التعديل قد يخفى عليهم ش فيرجع الامر الى القاضي
م واذا نقلوا ش اي شهادتهم م يتعرف القاضي العدالة ش اي يتكلف في السؤال عن عدالتهم
م كما لو حضروا ش اي شهود الاصل م بانفسهم وشهدوا ش فان القاضي يتعرف عدالتهم فكذا
هذا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا قال التعدي هذا او قولهم لا نخبرك فكذا اذا
قالوا لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهم وقال الحلواني لو قالوا لا نعرف عدالتهم لا يرد القاضي شهادتهم
ويسال عن حال الاصول وهو الصحيح . قال ش اي القدوري م وان انكر شهود الاصل الشهادة لم
تقبل شهادة الفروع ش وفي الكافي معنى المسالة انهم قالوا لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا او غابوا
ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضورهم فلا تلتفت الى شهادة الفروع
وان لم ينكروا م لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين ش اي بين خبر الفروع وخبر الاصول م
وهو ش اي التحميل م شرط ش لصحة شهادة الفروع وقد فات م قال ش اي القدوري ومحمد في الجامع
الصغير م واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا ش اي قال الشاهدان
الفرعان م اخبرانا ش اي الاصلان م بمعرفتها ش اي ان الاصلين يعرفانها ش اي يعرفان فلانة م وجاء
بامراة وقال الاتقاني فجاء بامراة بتوحيد الفعل اي فجاء المدعي بامراة وفي بعض النسخ فجاءا بلفظ التثنية
م فقالا ش اي الفرعان م لا ندري اهي هذه ام لا فانه ش اي فان الشان
م يقال للمدعي هات بكسر التاء يقال هات يا رجل اي اعطني وللمراة هاتي بالياء وذكر الجوهري في باب الالف
الثاني وقال الخليل اصل هات من آتى يؤتي فقلبت الالف هاء والمعنى هنا احضر م شاهدين
يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة ش على وزن اسم المفعول من التعريف م بالنسبة قد تحققت
كما حملوها فصح النقل ولكن قولهم لا ندري اهي هذه ام لا يوجب حرجا في شهادتهم م والمدعي يدعي الحق
على الحاضرة ولعلها غيرها ش اي ولعل المراة الحاضرة غير تلك المراة فوجب التوقف م فلا بد من تعريفها
ش اي تعريف المراة الحاضرة بتلك النسبة ش المذكورة وهي ان ياتي المدعي بشاهدين يشهدان
ان الحاضرة فلانة بنت فلان الفلانية المعروفة بتلك النسبة م ونظيره هذا ش اي نظير حكم المسالة
المذكورة م اذا تحملوا الشهادة ش اي اذا تحملت جماعة الشهادة م ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا
على المشتري ش بعد ما انكر ان يكون المحدود بها في يده م لا بد من اخرين يشهدان على ان المحدود بها
في يد المدعى عليه ش توضيحه بما قال الاتقاني وغيره نظيره اذا ادعى رجل على رجل محدودا في يده
ويشهد شهود ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق فقال
المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود فيقال للمدعي هات شاهدين
ان الذي في يده محدود بهذه الحدود ليصح القضاء م وكذا ش اي وكذا الحكم م اذا انكر المدعى عليه
ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده ش قال التمرتاشي يعني لو قال المدعي ان المذكور بهذه
الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود فلا بد
من شاهدين اخرين يشهدان ان الحدود المذكورة حدود ما في يده ليصح القضاء م ولذلك كتاب القاضي
الى القاضي ش يعني كتب في كتابه شهد عندي عدلان ان لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان
الفلاني كذا فاقض عليها انت بذلك فاحضر المدعي امراة في مجلس المكتوب اليه ودفع الكتاب اليه
وانكرت انها فلانة يقول القاضي هات شاهدين يشهدان ان هذه التي احضرها هي الفلانية المذكورة
في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليها في القضاء م لانه ش اي لان كتاب القاضي الى القاضي م في معنى الشهادة
على الشهادة م الا ان القاضي ش جواب اشكال مقدر وهو ان يقال ان القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد
الفرعي لانه سمع الشهادة من الشاهدين ونقل شهادتهما بالكتاب فصار كانه حضر مجلس المكتوب
اليه وشهد وهناك يشترط اثنان فكذلك ينبغي ان يشترط في القاضي الكاتب ان يكون شيئا ما جا
بقوله الا ان القاضي ليس احد يعتبر ان القاضي م لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ش فلا
يشترط به قاض اخر م ولو قال ش اي الشهود م في هذين البابين ش اي باب الشهادة على الشهادة و
باب كتاب القاضي م فلانة بنت فلان التميمية ش اي المنسوبة الى بني تميم م لم يجز ش اي التعريف
حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة ش يعني التي لا اخص منها وقال في الصحاح الفخذ اخر القبائل

البت اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيره ان الفصيلة
بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبايل والقبايل يجمع العمائر والعماير بكسر العين يجمع البطون
والبطون يجمع الافخاذ والفخذ بكسر الخاء يجمع الفصايل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي
بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة . وهذا اي عدم الجواز م لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل
ش اي التعريف م بالنسبة العامة وهي ش اي التميمية م عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل
ش اي التعريف م بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة ش المصنف فسر الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسر
العتابي بالاب الاعلى الذي ينتسبا بوها اليه م وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة
ش الفرغانية نسبة الى فرغانة بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة بعدها الف ونون وهاء
اسم لاقليم فيما وراء النهر وفيها مدن كثيرة ومنها سلك منها اوزجند واشار بهذا الى ان التعريف لا
الا بالنسبة العامة لان الفرغانية عامة بالنسبة الى الاوزجندية لان فرغانة فيها كثيرا احدث
امامين واسامي ابائهن علافا الاوزجندية فانها خاصة لانا اوزجند اسم كان خاصة م والسمرقندية
والبخارية عامة ش يعني النسبة الى سمرقند والى بخاري عامة وكل واحد منهما فيما وراء النهر وهما
مشهورتان والنسبة الى كل واحد منهما عامة م وقيل الى السكة الصغيرة ش اي النسبة الى السكة
الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والى المصر عامة ش حاصل الكلام ان النسبة الى ما هي خاصة منها
تحصل التعريف بخلاف النسبة الى ما هي عامة منها حيث لا يحصل التعريف بها لان المحلة الكبيرة والمصر
تشمل كل منهما على ناس كثيرين يتحد اساميهم واسامي ابائهم فلا يحصل التعريف بذلك وقال الفقيه
ابو الليث لو شهدا على فلان البلخي لا يقع بهذا التعريف ما لم ينسباها الى محلتها وسكتها م ثم التعريف
وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام
الجد لانه ش اي لان الفخذ م اسم الجد الاعلى ش في القبيلة الخاصة م فنزل منزلة الجد الادنى ش في
النسبة وهو ابو الاب م فصل ش اي هذا فصل في ذكر شهادة الزور ذكره بفصل
على حدة لان لها احكاما مخصوصة واخرها لان الاصل هو الصدق م قال ابو حنيفة رضي الله عنه شاهد
الزور اشهره في السوق ولا اعزره ش قوله شاهد الزور كلام اضافي مبتدا وقوله اشهره خبره والجملة
مقول القول م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م نوجعه ضربا ش على التمييز وضربا نصب على التمييز
م ونحبسه ش لذلك نون الجماعة م وهو ش اي قولهما م قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وعامة
العلماء م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين
سوطا وسخم وجهه ش هذا ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه في الحد وحدثنا ابو خالد عن حجاج عن
مكحول عن الوليد ان مالك بن عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين
سوطا ويسخم وجهه ويحلق راسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج
قال حدثت عن مكحول ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا قوله
سخم من التسخيم من السخام وهو سواد القدر وقال الاكمل من السخام بالخاء المعجمة او بالحاء المهملة
من الاسحم وهو الاسود ثم قال لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان
بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات
ما نفاه ابو حنيفة من التعزير فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في التعزير وما زاد على ذلك
كان محمولا على السياسة م ولان هذه ش اي شهادة الزور م كبيرة ش وعدت في الحديث الصحيح
من الكبائر م يتعدى ضررها ش اي ضرر شهادة الزور م الى العباد ش باتلاف اموالهم وليس فيه
حد مقدر من حيث الشرع م فيعزر ش بالتعزير المذكور م وله ش اي ولابي حنيفة م ان شريحا
ش وهو شريح بن الحارث الكندي القاضي م كان يشهر ش شاهد الزور م ولا يضرب ولانه
الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع
فانه اذا لم يقصر الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع الحقوق م فوجب التخفيف نظرا الى هذا
الوجه ش فان قلت بما ذا يعلم شهادة الزور قلت قال في المبسوط شاهد الزور عندنا هو المقر
على نفسه بذلك لانه لا يمكن تهمة الكذب في اقراره على نفسه ولا طريق الى اثبات ذلك بالبينة عليه

لانه نفي

في الشهادة والبينة للاثبات دون النفي وقال شيخ الاسلام في مبسوطه شاهد الزور هو الذي
يقر على نفسه بالكذب متعمدا او يشهد بقتل رجل ثم يجي المشهود بقتله حيا حتى يثبت كذبه بيقين فاما
لو قال غلطت او اخطأت او ردت شهادته بتهمة او لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر
اصلا وقال ابو محمد الكاتب هذه المسالة على ثلاثة اوجه اما ان رجع على سبيل الدعوى التوبة والندامة
لا يعزر بلا خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب بلا خلاف وان كان لا يعلم ففيه الاختلاف
ثم قال الوبرات شاهد الزور هل يقبل شهادته بعد ذلك ففيه الوجهان ان كان فاسقا تقبل توبته
لان الذي حمله على شهادة الزور فسقه فاذا تاب وظهرت توبته فقد زال فسقه فتقبل
ولم يعين في الكتاب مدة ظهور توبته فقال بعض المشايخ سنة وقيل ستة اشهر والصحيح انه مفوض
الى راي القاضي اما لو كان مستورا لا يقبل شهادته ابدا قلت اذا كان عدلا مشهورا بالزور ثم
تاب لا تقبل شهادته ابدا على رواية بشر عن ابي يوسف وروى ابو جعفر عن ابي يوسف انه تقبل
قالوا الفتوى على هذا لذا ذكره المحبوبي في جامعه م وضرب عمر رضي الله عنه محمول على السياسة
ش هذا جواب عن ما احتجا به من حديث عمر رضي الله عنه بانه ان عمر فعل ذلك على طريق السياسة
لا على طريق التعزير م وبدلالة التبليغ الى الاربعين ش لانه لو كان على سبيل التعزير لم يبلغ ذلك
الاربعين لبلوغه حدا في غير حد م والتسخيم ش بالجر عطفا على قوله بدلالة التبليغ وهو ايضا
يدل على ما قلنا ولانه مثلة وهي منسوخة بالاجماع . ثم تفسير التشهير منقول فانه كان يبعثه
الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ش اي او يبعثه الى قومه م ان كان غير سوقي بعد
العصر اجمع ما كانوا ش اي مجتمعين اي والى موضع يكون اكثر جمعا للقوم م ويقول ش
اي الذي يبعثه م ان شريحا يقرئكم السلام انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا
الناس ش حتى لا يستشهد وابه فانه قيل ابو حنيفة لا يرى تقليد التابعي حتى روي عنه انه
قال هم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد قلنا ذكر في النوادر عن ابي حنيفة في تقليد التابعي
الذي زاحم الصحابة رضي الله عنهم في الفتوى قال انا اقلد فعلى هذه الرواية ظاهر وعلى ظاهر
الرواية ما قال لم يذكر قوله محتجا به وانما ذكر لبيان ان احتجاجه بتجويز الصحابة فعله فانه كان
قاضيا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر احد
من الصحابة فحل محل الاجماع وكان احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليدا لشريح م وذكر شمس
الائمة السرخسي انه ش اي ان شاهد الزور م يشهر عندهما ش اي عند محمد وابي يوسف
م ايضا يعني التعزير يشهر ايضا م والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما ش
اي عند ابي يوسف ومحمد م وكيفية التعزير ذكرناها في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان
اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا ش يعني عند ابي حنيفة م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م يعزران
وفائدته ش اي وفائدة وضع الجامع الصغير بقوله شاهدان اقرا الى اخره م ان شاهد
الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك ش اي بالزور يعني انه لا يثبت كذب
الشاهد الا باقراره م فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة ش فلا يسمع م
والبينات للاثبات ش اي مشروعية البينات لاثبات الاحكام وقد مر الكلام فيه عن قريب

م كتاب الرجوع عن الشهادة ش

اي هذا كتاب في بيان احكام الرجوع عن الشهادات وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان
الرجوع يقتضي سابقة الشهادة لا محالة قيل ركنه قول الشاهد شهدت بزور ونحوه وشرطه
ان يكون عند القاضي وحكمه ايجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل امضاء القضاء بالشهادة
او بعده والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد اداه بغير عوض
والرجوع عن الشهادة مشروع بالاجماع وعن عمر رضي الله عنه الرجوع الى الحق خير من التمادي
في الباطل م قال ش اي القدوري م اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت ش اي
الشهادة ولا خلاف فيه م لان الحق انما يثبت بالقضاء ش اي بالحكم م والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ش
لان الشاهد لما اكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز م ولا ضمان

عليهم لانهم ما اتلفوا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا ش يعني
بعد الحكم . لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ش لانه لو اعتبر
رجوعه في ابطال القضاء ادى ابطاله الى ما لا يتناهى لانه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع
فيجب اعادة القضاء الاول كذا في المبسوط م ولانه ش اي ولان الكلام الآخر م في الدلالة
على الصدق مثل الاول ش وكل ما كان كذلك تساواه واحتيج فيه الى الترجيح م وقد ترجح الاول
باتصال القضاء به فلا ينقض به م وعليهم ش اي وعلى الشهود ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم
على انفسهم بسبب الضمان ش فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان
السبب منهم تعديا فصار الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق م والتناقض لا يمنع صحة الاقرار
ش هذا جواب عما يقال كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلى ما الضمان ووعد تقريره
من بعد بقوله م وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ش وفي المغني كان ابو حنيفة اولا يقول بتمادي
بعد القضاء ينظر الى حال الراجع ان كان حاله عند الرجوع افضل من حاله وقت الشهادة في العدالة
صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود
عليه فان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة ودونه يجب عليه التعزير
ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان عليه وهو قول استاذه حماد ثم رجع عن هذا وقال لا يصح
رجوعه في حق غيره على كل حال ولا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به على المشهود عليه وهو
قول ابي يوسف ومحمد والائمة الثلاثة وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف
وروي عن ابراهيم النخعي ايضا ان كان حال الشهود وقت قولهم مثل ما ذكرناه الآن الى اخره م قال
ش اي القدوري ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم ش سواء كان هو الحاكم الاول او غيره م لانه
ش اي لان الرجوع عن الشهادة م فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس
القاضي اي قاض كان ش وقال الاكمل رحمه الله وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة
يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على
نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب
ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم
ليس برافع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها اوله
يثبت في ضمنه فكان من توابعه م ولان الرجوع توبة ش اي لان الرجوع عن الشهادة توبة
عن جناية الكذب م والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان ش
فالشهادة كانت بالاعلان فالرجوع ايضا كذلك وهذا اللفظ جاء في حديث معاذ بن جبل
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه الى اليمن فقال معاذ اوصني يا رسول الله قال عليك
بتقوى الله تعالى ما استطعت واذكر الله تعالى عند كل حجر وشجر واذا عملت شرا فاحدث توبة
السر بالسر والعلانية بالعلانية م واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود
عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان ش لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة
ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة م ولهذا لا تقبل بينته ش اي بينة المشهود عليه م
عليهما ش اي على الشاهدين . لانه ادعى رجوعا باطلا ش اذ الرجوع في غير مجلس القاضي
الملحق بالعدم حتى لو اقام ش اي المشهود عليه م البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل
ش اي بينته م لان السبب صحيح ش وقال الاكمل رحمه الله الضمير المستكن في ضمنه يجوز
ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي
ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه
فهو قبول البينة اي لان سبب قبول البينة صحيح فهو دعوى الرجوع في مجلس حكم وقيل
هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى
حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتامل . م واذا شهد
شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه ش وبه قال مالك واحمد

والش

والشافعي في القول الاصح وعنه في قول لا يضمنان م لان التسبب على وجه التعدي سبب
الضمان كما في حافر البئر ش وواضع الحجر م وقد تسببا ش اي الشاهدان م للاتلاف تعديا
ش اي من حيث التعدي فوجب الضمان على الشهود م وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة
للتسبب عند وجود المباشرة ش هذا ينتقض بالشهود بالقصاص اذا رجعوا على اصله وبالمحرم
اذا امسك صيدا حتى قتله محرم اخر لا يقال ان الشهود لم يوجد منهم الا مجرد القول لا موجب ك
الضمان لانا نقول يبطل ذلك بشهود العتق والطلاق قبل الدخول اذا رجعوا م قلنا تعذر
الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء ش لان القضاء فرض عليه بما يثبت عنده
ظاهرا حتى لو لم ير وجوب القضاء عليه يكفر ولو راى ذلك ومع هذا اخر القضاء يفسق ك
واذا كان كالملجأ كان معذورا في قضائه وانما قال كالملجأ ولم يقل انه ملجأ حقيقة اذ لو
كان ملجأ حقيقة على الحكم بعد الشهادة لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل
العمد اذا ظهر كذبه كما في المكره كما هو مذهب الشافعي وليس كذلك وهذا لان الملجأ حقيقة
من يخاف العقوبة الدنياوية والقاضي انما يخاف عقوبة الاخرة ولا يصير به ملجأ لان كل
واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الاخرة ولا يصير به مكرها ولكن لا يجب الضمان
على القاضي لانه غير متعد . وفي ايجابه ش اي وفي ايجاب الضمان على القاضي م صرف الناس
عن تقلده ش اي عن تقلد القضاء وفي ذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله م وتعذر
استيفاؤه من المدعي ش ايضا . لان الحكم ماض فاعتبر التسبب ش لان الشهود
صاروا سببا لازالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا م وانما
يضمنان ش اي الشاهدان م اذا قبض المدعي المال ش سواء م دينا كان او عينا لان
الاتلاف به ش اي بالقبض يتحقق ش وفي ذلك لا يتفاوت بين الدين والعين وهكذا
شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام خواهر زاده بين العين والدين فقال ان كان المشهود به
عينا يضمن للمشهود عليه قبض المدعي العين او لا وان كان المشهود به دينا يضمنه
اذا استوفاه المدعي من المدعى عليه م ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين ش
بيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى
منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وقال الاترازي يضمنان المشهود به اذا كان
دينا ولم يستوفه المشهود له لا يجب الضمان على الشهود لان الضمان يعتمد على المماثلة ولا مماثلة
بين العين والدين قال ش اي القدوري م فان رجع احدهما ش اي احد الشاهدين م ضمن
النصف ش اي نصف المشهود به م والاصل ش هذا ما ذكروا في شروح الجامع الصغير
م ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع ش لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة
الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف
القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وحلت اضافة
القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا رجع احد الاثنين ضمن النصف لانه بشهادة من بقي نصف
الحق فان قيل لا نسلم ذلك وان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء ك
اجيب ان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء
كذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء
م فان شهد بالمال ثلاثة ثم رجع واحد منهم فلا ضمان عليه ش اي على الراجع م
لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ش وبه قال مالك في رواية والشافعي في قول وقال
احمد يغرم ثلث الحق وبه قال الشافعي في قول اخر ومالك في رواية م وهذا ش يعني عدم
الضمان على الثالث الذي رجع وقال الاترازي وهذا اشارة الى قوله لانه بقي من يبقى
بشهادته كل الحق م لان الاستحقاق ش اي استحقاق المدعي للمشهود به م باق بالحجة
التامة م والمتلف متى استحق سقط الضمان ش اي عن المتلف بكسر اللام صورته
كما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف

عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت له بقضاء القاضي على المتلف م فاذا
ان يمتنع ش اي الضمان عن الراجع لان ابتداء استحقاق المتلف يسقط الضمان فبقاؤه اولى ان
يمنع لان المنع اسهل من الدفع م فان رجع اخر ش اي من الثلاثة م ضمن الراجعان نصف المال لان
ببقاء احدهم يبقى نصف الحق ش هذا ايضا بناء على الاصل المتقدم لان العبرة لما كان للبقاء من بقي
كان الباقي نصف الحق فاذا بقي نصف الحق كان التالف بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجعان
جميعا لان احدهما ليس باولى من الاخر فكان ضمان النصف عليهما على السواء فان قيل ينبغي
ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع الا ان برجوع الاول
لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما م وان شهد رجل وامرأتان
فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ش اي المرأتان
ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق م قال ش اي القدوري م شهد رجل
وعشر نسوة ثم رجع ثمان ش من النساء م فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ش
وبه قال مالك والشافعي في قول وقال احمد يجب عليهن اربعة اسداس الضمان وبه قال
الشافعي في الاصح م وان رجعت اخرى كان عليهن ش اي على التسع نسوة م ربع الحق ش وبه
قال مالك والشافعي في قول م لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع ش اي ربع الحق م
بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى
النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد م وعندهما
ش اي وعند ابي يوسف ومحمد م على الرجل النصف وعلى النسوة النصف ش وبه قال ابو
العباس من اصحاب الشافعي م لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن
الا بانضمام رجل معهن فلا تقبل شهادتهن وحدهن فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين
فصار الضمان على الرجل والنسوة انصافا م ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامت مقام رجل واحد
قال عليه السلام ش اي قال النبي صلى الله عليه وسلم م في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل
اثنتين منهن بشهادة رجل ش اخرج البخاري من حديث ابي سعيد الخدري ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء الحديث وفيه اما نقصان العقل فشهادة امرأتين
تعدل بشهادة رجل الحديث م فصار ش يعني اذا كانت امرأتان كرجل صار م كانه كما اذا شهد
بذلك ستة رجال ثم رجعوا ش فان الضمان يكون عليهم اسداسا م فان رجع النسوة العشر
دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين ش اي على قول ابي حنيفة وقول صاحبيه
لما قلنا ش ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل بقي بقيامه بنصف الحق م ولو شهد رجلان
وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما ش اي على الرجلين م دون المرأة لان الواحدة ليست
بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه ش اي الى بعض الشاهد م الحكم ش لان القضاء
مضاف الى شهادة رجلين دون المرأة م قال ش اي القدوري م وان شهد شاهدان
على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما ش اي على الشاهدين م وكذلك اذا
شهدا باقل من مهر مثلها ش اي لا ضمان عليهما وعند الائمة الثلاثة يضمنان الا ما زاد على ما
شهدا الى تمام مهر المثل م على ما عرف ش يعني لان منافع البضع غير متقومة م فلا تكون
مضمونة وقت الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص وهو قوله تعالى فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العرض اعني منفعة البضع فلا
يجب الضمان كما في اتلاف سائر منافع المغصوب بغصب لا يجب الضمان عندنا خلافا للشافعي
م وانما تضمن ش جواب عن سؤال وهو ان يقال لو لم تكن المنافع متقومة لما تملك بالتمليك لذلك فاجاب
بقوله وانما تضمن ش اي المنافع م وتتقوم بالتملك لانها ش اي لان المنافع م تصير متقومة
ضرورة الملك ابانة ش اي اظهارا لخطر المحل ش حتى يكون مصونا عن الابتذال م وكذلك
ش اي لا ضمان م اذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض
لما ان البضع متقوم حالة الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف ش كما لو شهدا

بانه باع بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان م وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ش معناه ان الاتلاف
بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما وهو معنى قوله
م ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا
الزيادة لانهما اتلفاها ش اي الزيادة من غير عوض ش وهو يوجب الضمان م قال ش اي
القدوري م وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا ش قال الكاكي هذا
اذا كان المدعي هو المشتري ولو كان المدعي هو البائع بان ادعى رجل على رجل انه باع عبده منه
بالف درهم والمشتري ينكر وقيمة العبد خمسمائة وشهدا بذلك ثم رجعا يضمنان خمسمائة للبائع
ولو كان المشتري يدعي المبيع بخمسمائة والعبد يساوي بالف درهم فشهدا للمشتري ثم رجعا
يضمنان للبائع خمسمائة ذكره في شرح الطحاوي م لانه ليس باتلاف معنى ش اي من حيث المعنى
نظرا الى العوض ش لانهما لما اخرجا المبيع عن ملكه فقد ادخلا في ملكه ما هو مثله م وان كان
باقل من القيمة ضمنا النقصان ش اي للبائع ان كان المدعي هو المشتري م لانهما اتلفا هذا
الجزء بغير عوض ش اي الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض م ولا فرق بين ان
يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو السابق ش اي لان السبب المزيل للملك هو
العقد السابق على مضي المدة او على سقوط الخيار اليه ش اي الى ذلك السبب وقد حصل بسبب الزوال
شهادة الشهود م فاضيف التلف اليهم ش فيجب عليهم ضمان النقصان وقال الاترازي هذا
الذي ذكره جواب سؤال بان يقال ينبغي ان لا يجب الضمان على الشاهدين اذا شهدا بالبيع بشرط
الخيار لانهما لم يتلفا شيئا على البائع لانهما اثبتا البيع بشرط الخيار والبائع لم يزل ملكه عن المبيع
بعد وانما يزول اذا مضت المدة وهو ساكت فاذا سكت عن الرد صار راضيا بزوال ملكه فكيف يجب
الضمان على الشهود حينئذ فقال لان السبب هو السابق الى اخره م وان شهدا على رجل انه طلق امرأته
قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر ش وبه قال مالك واحمد في رواية ابن القاسم والشافعي في روا
الربيع عنه وقال الشافعي في رواية المزني عنه يضمن مهر المثل لان البضع عنده متقوم دخولا
وخروجا وقال مالك في رواية اشهب عنه لا ضمان على الشهود م لانهما ش اي لان الشاهدين
اكدا ضمانا على شرف الزوال ش اي زواله وتعيينه ان ذو جها وهو معنى قوله م الا ترى انها
ش اي ان المرأة م لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ش اي لانه حينئذ يسقط عنه
جميع المهر والتأكيد شبه الايجاب ولهذا اذا اكره الرجل على طلاق امرأته قبل الدخول بها كان له ان
يرجع بنصف على الذي اكرهه م ولان الفرقة قبل الدخول ش اي قبل دخول الزوج بها م في معنى
الفسخ ش يعني في عود المبدل وهو البضع اليها كما كان فصار بمنزلة الفسخ قبل القبض المبيع
وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ لان النكاح بمنزلة اللازم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد
البدل اليها قبل الدخول اليها كما كان صار بمنزلة الفسخ فيكون وجوب نصف المهر ابتداء
لشاهديهما وانما قال النكاح بعد اللزوم لانه قبل اللزوم يقبله كما لو نكح الصغير
التي فلها خيار الفسخ بعد البلوغ لما ان النكاح لم يقع لازما وانما قيد قبل الدخول لانه لو
طلقها بعد الدخول لم يجب شيء عليهما بالرجوع وبه قال مالك واحمد وعند الشافعي بمهر المثل
عليهما والمسألة مشهورة وفي الكافي لو شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد موته غرما
للورثة نصف المهر ولم يرث لانا حكمنا بالبينونة قبل الموت في حال الحياة ولو شهدا
بعد موت الزوج انه طلقها قبل الدخول في حياته ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة قد
وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف المهر والميراث وبه قال مالك م فيوجب ش اي الفرقة
م سقوط جميع المهر كما في النكاح ش اي في باب المهر عند قوله وتجب المتعة لكل مطلقة
الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وفي التحفة لو شهدا على رجل
انه طلق امرأته ثلاثا ودخل بها وقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان
تقدير المهر الاتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع ولو كان قبل الدخول ان كان المهر
مسمى ضمنا النصف وان لم يكن مسمى يضمنان المتعة لان ذلك تلف بشهادتهما ولم يحصل له

بمقابلة عوض م ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة ش ولهذا لا يجمع بينها وبين مهر المثل وحاصل
الكلام ان نصف المهر انما يجب في الطلاق قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة وقد الزمه الشاهدان
على الزوج ولم يكن واجبا عليه م فكان واجبا بشهادتهما ش فوجب الضمان عليهما فصار
كما اذا شهدا بمال فقضى به ثم رجعا م قال ش اي القدوري م وان شهدا انه اعتق عبده
ثم رجعا ضمنا م قيمته ش اي قيمة العبد ولا خلاف فيه موسرين كانا او معسرين م لانهما
اتلفا مالية العبد عليه ش اي على مولى العبد ولا خلاف فيه م بغير عوض والولاء للمعتق
لا يتحول اليهما ش اي الى الشاهدين م بهذا الضمان لانهما لا يحتمل التقسيم فاذا كان كذلك م
فلا يتحول الولاء ش لان الولاء لمن اعتق فان قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا صار
مكذبا شرعا بالقضاء لان القاضي لما قضى عليه بالعتق يثبت الولاء وفي المبسوط لو شهدا انه
دبره فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لان ملك المالية للمولى ينتقص بالتدبير فيضمنان
النقصان ولو شهدا بالكتابة فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمة العبد ويتبعان المكاتب ببدل الكتابة
على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وبه قال مالك وهكذا قال في المدبر وقال احمد
في المكاتب يرجع بالنقصان ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه اليهما فاذا اداه اليهما فالولاء للذي
كاتبه ولو عجز ورد في الرق كان للمولى لان رقبته لم تصر مملوكة لهما ولو شهدا باقرار المولى انها امته
ام ولده والمولى ينكر فقضى بذلك ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا نقصان قيمتها وبه قال احمد وقال
مالك ضمنا قيمتها للمولى م واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ش وبه قال ابن القاسم
المالكي م ولم يقتص منهما ش اي من الشاهدين م وقال الشافعي يقتص منهما ش وبه قال
احمد واشهب المالكي م لوجود القتل تسببا ش اي من حيث السببية م فاشبه المكره ش
بكسر الراء فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره بالاكل وهو الشاهد المكره ان كان
اسم فاعل اذا شهد القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم يقض الوجوب كمعزول كان ...
وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس ملجأ الى القتل م بل اولى ش اي التسبب
ههنا اقوى من الاكراه لان التسبب موجب من حيث الاقتضاء والامضاء ههنا اكثر م لان الولي
يعان ش على الاستيفاء م والمكره بفتح الراء م يمنع ش لان الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولي
بمنزلة المكره بفتح الراء م ولنا ان القتل مباشرة ش اي من حيث المباشرة م لم يوجد وكذا ش اي
فكذا لم يوجد م تسببا ش اي من حيث السببية وكل واحد من قوله مباشرة وتسببا نصب على
التمييز كما ذكرنا م لان التسبب ما يفضي اليه غالبا وهنا لا يفضي ش فيما نحن فيه م لان العفو مندوب
ش من الولي كما قال الله عز وجل وان تعفوا اقرب للتقوى م بخلاف المكره ش بفتح الراء م لانه يؤثر
حياته ظاهرا ش والا لم يفض الى القتل غالبا وفي الكافي وقوله في الهداية ولنا ان القتل مباشرة
لم يوجد الى قوله لانه يؤثر حياته ظاهرا مشكل لان الامر على العكس فان الظاهر ان الولي يقدم
على القتل لكونه مباحا ويدرك ثاره والظاهر ان المكره لا يقتل لانه لا يباح له قتله ويحتمل
ان يدفع المكره عنه او يلحقه الغوث اجيب عنه بانه انما قال الشيخ ظاهرا بالنظر الى حال
المسلم المتدين لانه لا يلحقه بالعفو ضرر بنفسه وماله وقد يحصل له الاجر الكثير فاما المكره بحال
حياته بادنى رخصة في الشرع ويرجح على حياة غيره واحتمال الغوث نادر وعلى تقدير لحوق
الغوث لم يبق الاكراه وكلامنا في الاكراه م ولان الفعل الاختياري ش هذا جواب عما يقال
ظهور ايثار حياته اما ان يكون شرعا او طبعا فالاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على
القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكنه معارض بطبع ولي المقتول
فانه يؤثر السعي في القصاص ظاهرا فاجاب المصنف بطريق التنزل فقال ولان الفعل
الاختياري ش يعني سلمنا انه تسبيبا ولكن الفعل الاختياري م مما يقطع النسبة ش
اي نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره والعمد
فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن من شبهة وهو معنى قوله
م ثم لا اقل من ان يورث شبهة ش اي لا اقل ان يورث شبهة اي شبهة قطع النسبة م والشبهة

دارئة

دارئة للقصاص اي مانعة من القصاص وقال تاج الشريعة ولان الفعل الاختياري الى اخره ...
وهو قتل الولي معنى بعد الشهادة وحكم القاضي وجد فعل الولي وهو في ذلك مختار فيقطع النسبة
عن الشهود كما اذا اشلى انسان كلبا على اخر فخرق ثوب المشلى عليه لا يضمن المشلي شيئا لان الخرق
فعل اختياري من الكلب فيقطع النسبة عن المشلي وكمن فتح باب القفص فطار الطير بخلاف
المكره فانه وان كان مختارا لكنه فاسد الاختيار فصار كالآلة وبخلاف شق الزق لعدم امكان
الاضافة الى المانع لعدم الاختيار م بخلاف المال ش اي الدية م لانه ش اي لان المال م
يثبت بالشبهات ش فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها فان رجع احدهما
فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين
الشاهد وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما فان ضمن الولي لم يرجع على
الشاهدين بشيء وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما وذا الباقي يعرف
في المختلف ش اي في مختلف الرواية تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم
قال ش اي القدوري م واذا رجع شهود الفرع ضمنوا ش يعني اذا رجعوا عن شهادتهم في
مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به م لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت
منهم فكان التلف مضافا اليهم ش فوجب عليهم الضمان م ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد
شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ش وبه قالت الائمة
الثلاثة وعن احمد في وجه يضمنون كالمزكين م ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل ش الصدق والكذب
فلا يبطل القضاء بالاحتمال م فصار كرجوع الشاهد ش اي شاهد الاصل كما لو شهد بنفسه وقضى
القاضي بشهادته ثم رجع لانه لا يبطل القضاء بالرجوع فكذا لا يبطل بانكار الاشهاد م بخلاف ما
قبل القضاء ش يعني اذا انكر شهود الاصل الاشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضي القاضي
بشهادة الفروع بعد ذلك كما اذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك م
وان قالوا ش اي الاصول م اشهدناهم وغلطنا ضمنوا ش اي الاصول م وهذا ش اي وجوب
الضمان عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع م
لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة م وهي ش اي الحجة م شهادتهم فالمسألة ذكرها القدوري ولم
يذكر الخلاف وذكره المصنف وقيل ما ذكره في شرح الطحاوي وعامة شروح الجامع الكبير
والشامل وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي روى محمد عن اصحابنا انه لا شيء عليهم
وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة في الاملاء ان عليهم ضمان ذلك فما في ظاهر الرواية قول ابي
حنيفة وابي يوسف لا يضمنون وعلى قول محمد نفسه يضمنون كما روى ابو يوسف في الاملاء
وله ش اي ولمحمد م ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ش وشهدوا
ثم حضروا ورجعوا م ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما ش اي عند ابي حنيفة وابي
يوسف م على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم ش وهذا لان سبب الاتلاف
الشهادة القائمة في مجلس القاضي وذا وجد من الفروع فيجب عليهم الضمان عند الرجوع م وعند
محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة
الفروع من الوجه الذي ذكرا ش اي ابو حنيفة وابو يوسف وهو ان القاضي يقضي بما يعاين
من الحجة وهي شهادتهم م وبشهادة الاصول ش اي القضاء وقع بشهادة الاصول من الوجه الذي
ذكر ش اي محمد وهو قوله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول م فيتخير بينهما ش اي يخير
المشهود عليه في التضمين م منهما ش اي بين الوجهين ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن
الفروع على مذهب محمد رحمه الله م والجهتان متغايرتان ش هذا جواب عما يقال لم لا يجمع بين
الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف وتقريره ان الجهتين متغايرتين لان شهادة الاصول
كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما م فلا يجمع بينهم ش اي
بين الاصول والفروع م في التضمين ش بان يقال يضمن الفريقان نصفين فالمدعى عليه ايضا فايل له
الخيار في تضمين اي الفريقين شاء م قال ش اي القدوري م وان قال شهود الفرع كذب

شهود الاصل وغلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك ش اي الى قولهم وهو القول بعد القضاء بشهادتهما ولم يلزمهما ضمان ذلك لانهما يقران على غيرهما بانهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه وبه قال مالك واحمد م قال ش اي القدوري م وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا ش اي الذين زكوا الشهود ذكره للخلاف وقال المصنف رحمه الله م وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود م خيرا فلم يشهد والحق م فصاروا كشهود الاحصان اذا شهدوا بالاحصان المشهود عليه فاذا رجعوا بعد ذلك لا يضمنون م وله ش اي ولابي حنيفة م ان التزكية اعمال للشهادة ش اي هي التي بمعنى الشهادة ويعمل بها م اذ القاضي لا يعمل بها ش اي بالشهادة م الا بالتزكية فصارت ش اي التزكية م في معنى علة العلة ش والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة وانما قال في معنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف الحكم اليه لتعذر الاضافة الى العلة م بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض ش لان الشهادة على الزنا هي دون الاحصان توجب العقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا والحاصل ان الاحصان ليس فيه معنى العلة لان الاحصان علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعد الاحصان ولا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الاحصان ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية فظهر الفرق ولو رجع شهود الاحصان لم يضمنوا عندنا والشافعي في قول ومالك في رواية واحمد في رواية سواء رجعوا مع الشهود او وحدهم وقال زفر والشافعي في قول ومالك في رواية واحمد يضمنون م قال ش اي القدوري م واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان ش اي وشهد شاهدان اخران م بوجود الشرط ش بان اذا شهد شاهدان على رجل انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد اخران انه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه م ثم رجعوا فالضمان اي ضمان قيمة العبد او ضمان العبد على شهود اليمين خاصة ش لفظ خاصة احتراز عن قول زفر بان الضمان عنده على الجميع م لانه ش اي لان اليمين م هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يضاف الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر ثم اوضح المصنف هذا بقوله م الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط ش يعني ان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول واذا لم يتعلق بهم دونهم حتى صاروا كشهود الاحصان فلا يلزمهم الضمان كذا في شرح الاقطع م ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ش وقال شمس الائمة السرخسي في عدم وجوب الضمان على وجود الشرط وفي المبسوط ظن بعض المشايخ ان شهود الشرط يضمنون بالرجوع فيما اذا كانت اليمين ثابتة باقرار المولى قالوا لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها لانها ليست بتعد فيكون الحكم مضافا الى الشرط اذ الشرط خلف العلة وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة للاتلاف وعند وجود المباشر يضاف الحكم اليه لا الى الشرط سواء كان الشرط بطريق التعدي او لا م ومعنى المسالة ش يريد به صورة المسالة م في العتق والطلاق قبل الدخول يعني يشهد رجلان على انه علق عتق عبده او طلاق امراته بدخول الدار وشهد اخران انه وجد الشرط فيقضي القاضي بوقوع العتق او الطلاق ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين دون الشرط لما قلنا وانما قيد بقوله قبل الدخول لان رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة اذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئا والله سبحانه وتعالى اعلم

م كتاب الوكالة ش

اي هذا كتاب في بيان احكام الوكالة ووجه المناسبة بينه وبين كتاب الشهادات من حيث ان كلا منهما اعانة الغير واحياء حقه والوكالة بكسر الواو وفتحها التفويض والتسليم من وكل اليه الامر ويقال الوكالة لغة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى بمعنى الحافظ وهو اسم للتوكل من وكله يوكله توكيلا والتوكل اظهار العجز والاعتماد على الغير والاسم التكلان والوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء كانه فعيل بمعنى مفعول ومعناها شرعا اقامة

الانسان

الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وركنها اللفظ وكلت واشباهه وروى بشر عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذلك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف وتلزمه الاحكام كما سيجيء ان شاء الله تعالى وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه وسببها ما هو في سائر المعاملات وهو تعلق بقاء المقدور بتعاطيها وشرعيتها بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه النكير وبالسنة وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي بها ايضا وعمرو بن امية بقبول نكاح ام حبيبة بنت ابي سفيان وابا رافع بقبول نكاح ميمونة وباجماع الامة على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه اذ الانسان قد يعجز عن حفظ ماله عند خروجه للسفر وقد يعجز عن التصرف في ماله اما لقلة هدايته او لكثرة اشغاله او لكثرة ماله او لضعفه او لوجاهته لا يتولى الامور بنفسه فاقتضى هذا المعنى جوازها م قال ش اي القدوري م كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره ش هذا ضابطة يعني معيار لما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فاعترض عليه بانه غير مطرد ومنعكس اما الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل وينقض على المستقرض الذي هو الوكيل لا على الموكل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز له والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه وكون المحال مشروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل وفي الذخيرة لو اخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة بان قال فلان يستقرض منك لو فعل المقرض يكون الدراهم للامر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه ولو اخرج الكلام مخرج الوكالة بان قال اقرضني عشرة فالعشرة للوكيل وله ان يمنعها من الامر لان التوكيل بالاستقراض باطل بخلاف الرسالة والمراد من قوله ان يعقد بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل المسلم منه وليس كلامنا فيه لجواز ان يمنع مانع عن التوكيل وان صح التوكيل فقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها والجواب عن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود م لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال ش بان يكون مريضا او شيخا فانيا او ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه والتوكيل صحيح بدون هذه العوارض لان حكم الحكم يراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة وبهذا اجاب عما يقال بان قوله لان الانسان قد يعجز دليل اخص لان حكم الحكم ومن يراعي في الجنس لا في الافراد وجوز ان يقال في الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة قد توجد بلا عجز م فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيله منه ش اي من التوكيل دفعا لحاجته م وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام ش هذا رواه ابو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير عن سفيان حدثني ابو حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن حزام ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بدينار يشتري له بها اضحية فاشتراها بدينار فباعها بدينارين فرجع واشترى اضحية بدينار وجاء بدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فتصدق به النبي صلى الله عليه وسلم ودعا له ان يبارك له في تجارته وفي اسناده مجهول ورواه الترمذي حدثنا ابو كريب عن ابي حصين عن حبيب بن ابي ثابت عن حكيم بن حزام نحوه وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي عن حكيم انتهى وهذا الحديث رواية ابي داود فيه مجهول ورواية الترمذي منقطع فكيف يكون صحيحا حتى يقول المصنف وقد صح ولكن يمكن ان يستدل لهذا بحديث عروة البارقي فان البخاري اخرجه في صحيحه عن علي بن عبد الله عن سفيان عن شبيب بن غرقدة قال سمعت الحي يحدثون عن عروة ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به شاة او

ما اشترى له بها شاتين فباع احديهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى
التراب لربح فيه فان قلت قالوا البخاري انما اخرجه لغير الاحتجاج به وذكر ما فيه كلاما كثيرا قلت
قال ابن العربي انه حديث صحيح وقال الترمذي فذهب بعض اهل العلم الى هذا الحديث وقالوا به
وهو قول احمد واسحق ولفظ بعض الائمتين حجة وحكيم بن حزام بكسر الحاء المهملة وبالزاي ابن خويلد بن
اسد بن عبد العزى بن قصي ويكنى ابا خالد اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان
من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين عاما وفي الاسلام ستين عاما ومات بالمدينة في خلافة
معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة وذهب بصره قبل ان يموت م وبالتزويج
عمر بن ام سلمة ش اي وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزويج عمر بن ام سلمة وهذا رواه النسائي
في سننه في النكاح عن حماد بن سلمة انبانا ثابت حدثني ابن عمر بن ابي سلمة عن ابيه عن ام سلمة ان النبي
صلى الله عليه وسلم بعث اليها يخطبها الحديث وفي آخره فقالت ام سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى
الله عليه وسلم فزوجه اياها وقال الاترازي عليها في توكيل عمر بن ام سلمة نظر لان النبي صلى الله
عليه وسلم تزوج ام سلمة لعله وقعد في سنة اثنين لذا قاله ابو عبيدة معمر بن المثنى وكان
عمر بن ام سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على
هذا الحساب سن عمر بن ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم تزوج
ام سلمة وهو طفل لا يعقل انتهى قلت هذا الذي قاله سبقه به ابن الجوزي فقال في التحقيق في هذا
الحديث نظر لان عمر كان له من العمر يوم تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ولكن قال
لمثل هذا ان يزوج بانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها في سنة اربع ومات عليه السلام ولعمر
تسع سنين فعلى هذا احمل قوله لعمر قم فزوج على المداعبة للصغير والوضع ان الصغير زوجها فلانه عليه السلام
لا يحتاج الى ولي لانه متطوع بكفاءته وقال صاحب التنقيح قوله انه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين
بعيد وان كان قاله الكلاباذي وغيره فان ابن عبد البر قال انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة
ويقوي هذا ما اخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقبل الصائم
فقال عليه السلام سل هذه فاخبرته ام سلمة انه عليه السلام يصنع ذلك الحديث فظاهر هذا ان عمر
كان كبيرا وعرفت من هذا ان الاترازي تكلم في هذا من غير تحرير ولا مراجعة الى كتب الحديث والحديث
اخرجه ايضا احمد واسحق بن راهويه وابو يعلى في مسانيدهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في
مستدركه وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه . قال ش اي القدوري م ويجوز الوكالة بالخصومة
في سائر الحقوق ش قال الكاكي في سائر الحقوق اي جميعها ثم قال وفي الصحاح سائر الناس اي جميعهم
قلت ذكر الجوهري هذا في باب الراء في فصل السين مع الياء سائر الناس جميعهم قالوا انه
وهم من وجهين احدهما في تفسيره لان السائر بمعنى الباقي لا بمعنى الجميع والثاني انه اورده في الاجوف
وهو مهموز العين وفي المثل اسائر اليوم وقد زال الظهر من سائر بمعنى بقي يضرب لطالب الشيء بعد
الياس منه قلت ذكر الجوهري ايضا انه من مهموز العين لعله م لما قدمنا من الحاجة ش
اشار به الى قوله لان الانسان قد لا يهتدي الى الخصوم م اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد
صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا رضي الله عنه وبعدما اسن وكل جعفر رضي الله عنه ش هذا اثر عبد الله بن جعفر
البيهقي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له
خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب رضي الله عنه فلما كبر عقيل وكلني واخرج ايضا عن علي رضي الله تعالى عنه
انه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا معاذ بن اسد الخراساني
قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن ابي الجهم ان عليا رضي الله عنه كان لا يحضر
الخصومة وكان يقول ان لها قحما يحضرها الشيطان فجعل على الخصومة عقيلا فلما كبر ورق
حولها الي فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي وفي الفائق للزمخشري
انه وكل اخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر فقال لا احضر الخصومة ويقول ان
للخصومة قحما ان الشياطين تحضرها اي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه
وفي هذا الحديث دليل ايضا على ان لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء

لصنيع

لصنيع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى المجلس
القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم
اذا فريق منهم معرضون وفيه تامل م ولهذا ش اي ولهذا يجوز الوكالة م بايفائها ش اي باعطاء
الحقوق وهو اداؤها . واستيفائها ش اي وباستيفاء الحقوق وهو قبضها م الا في الحدود
والقصاص لان الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لا تصح فيه لانه لا يجوز استيفاء
القصاص والقذف في حضوره باجماع الائمة الاربعة وفي غيبته لا يجوز عندنا وبه قال الشافعي في قول
وهو نصه وبه يفتي القاضي الرؤياني من اصحابه وقال الشافعي في الاصح ومالك واحمد يجوز له استيفاء
القصاص والقذف في غيبة الموكل لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ش يعني في القصاص
لان الحدود لا يعفى عنها وشبهة عفو ولي القصاص م ثابتة بل هو الظاهر ش اي بل العفو ظاهر هو
م الظاهر الندب الشرعي ش وهو قوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى م بخلاف غيبة الشاهد
ش حيث يستوفي الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وان كان رجوعهم محتملا م لان الظاهر عدم
الرجوع ش احترازا عن الكذب والفسق م وبخلاف حالة الحضرة ش اي حضرة الموكل في المجلس
لانتفاء هذه الشبهة ش اي شبهة العفو م وليس كل احد يحسن الاستيفاء ش هذا جواب
اشكال وهو ان يقال لما اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل في الاستيفاء اذ هو مستوفيه
بنفسه فاجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز
التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا م فلو منع عنه ش اي عن التوكيل م لانسد باب
الاستيفاء اصلا ش فلا يمنع وبه قالت الائمة الثلاثة م وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثبات
الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا م وبه قال زفر م وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع
ابي يوسف ش وفي شرح الطحاوي قول محمد مضطرب في بعض الروايات ذكر قوله مع ابي حنيفة
وقيل مع ابي يوسف وذكر الطحاوي في مختصره قول محمد مع ابي حنيفة م وقيل هذا الاختلاف في غيبته
اي في غيبة الموكل دون حضرته ش فان في حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف م لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضرته م له ش اي لابي يوسف م ان التوكيل انابة ش اي بدل عن خصومة
الموكل . والانابة فيها شبهة وشبهة الانابة يحترز عنها في هذا الباب ش اي في باب الحدود والقصاص
كما في الشهادة على الشهادة ش اي كما يحترز عن الانابة في الشهادة على الشهادة يعني لا يجوز م وكما
في الاستيفاء ش اي وكما يجوز التوكيل في استيفاء الحدود والقصاص انما قام مع غيبة الموكل
ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض ش يعني ليس له حظ في الوجوب ولا في الظهور م لان
الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق ش
لان التوكيل بها اثبات حق لا يؤثر فيه الشبهة م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور بين
ابي حنيفة وبين ابي يوسف م التوكيل بالجواب من جهة من عليه ش اي الحد يعني اذا وكل المطلوب
وهو من عليه الحد او القصاص رجلا بالجواب عنه في دفع ما طالبه عليه قال ابو حنيفة يجوز له
وقال ابو يوسف لا يجوز وقول محمد مضطرب وقوله التوكيل مبتدا وخبره مقدما عليه هو قوله
وعلى هذا الخلاف بالجواب اي بان يجيب عنه م وكلام ابي حنيفة فيه ش اي في التوكيل من
جانب من عليه الحق وهي شبهة البدلية اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع ش اي لان الشبهة
المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع ش اي الدرء الا ترى ان الشهادة على الشهادة
وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة م غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه ش يعني
اذا اقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لا يصح استحسانا م
لما فيه من شبهة عدم الامر به ش اي لما في الاقرار من شبهة عدم الامر بالاقرار وفي المبسوط
لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله يصح قياسا لانه قام مقام الموكل كما في
سائر الحقوق وفي الاستحسان لا يجوز لما ذكره المصنف م وقال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم ش سواء كان الوكيل من جانب المدعي او من جانب
المدعى عليه ويستوي عنده الموكل اذا كان رجلا او امراة بكرا كانت او ثيبا م الا ان يكون الموكل

مريضا او غايبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم وهو قول
الشافعي ش وبه قال مالك واحمد وفي فتاوى قاضي خان كان ابو يوسف اولا يقول لا يقبل الوكالة
بغير رضى الخصم من الرجال ويقبل من النساء ثم رجع وقال يقبل من الرجال والنساء ويستوي فيه
الوضيع والشريف وهو قول محمد والشافعي وبه اخذ الصفار وقال الامام السرخسي اذا علم القاضي
التعنت من المدعي في اباء التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه وهو الصحيح عندي فان علم القصد
الى الاضرار من الموكل بالمدعي ليشغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل م ولا خلاف
في الجواز ش اي لا خلاف بين ابي حنيفة وبين صاحبيه في جواز التوكيل بالخصومة م انما الخلاف
في اللزوم فعند ابي حنيفة لا يلزم وعندهما يلزم معناه هل يرتد الوكالة برد الخصم ام لا فعنده يرتد
خلافا لهما فعلى هذا يكون معنى قول القدوري لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم اي
لا يلزم اطلاقا لاسم اللازم على الملزوم لان الجواز من لوازم اللزوم هكذا قاله الاترازي وقال
الاكمل وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك
ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة
غير لازم لانه ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى تاويله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله
مجازا وفي فتاوى العتابي التوكيل بغير رضى الخصم لا يجوز معناه لا يجبر خصمه على قبول الوكالة
وهو المختار وقال شمس الائمة السرخسي التوكيل عند ابي حنيفة بغير رضى الخصم صحيح ولكن
للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب فلا يسقط حق الخصم في مطالبة الخصم بالجواب بنفسه
م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان التوكيل تصرف في خالص حقه ش اي في حق الموكل وهذا لانه
وكله اما بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فاذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره كالتوكيل
بتقاضي الديون ش اي بقبض الديون م وله ش اي ولابي حنيفة م ان الجواب مستحق عليه ش
اي على الخصم م ولهذا يستحضره ش في مجلس القاضي م والناس متفاوتون في الخصومة ش
وفي جوامع الفقه رب انسان يصور الباطل بصورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على
وجهه فيحتمل ان الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم فيشترط رضاه
م ولو قلنا بلزومه ش اي بلزوم التوكيل بالخصومة م يتضرر به ش اي الخصم فاذا كان كذلك
فيتوقف على رضاه م ولو قلنا بلزومه م اي لزوم التوكيل بالخصومة اي رضى الخصم ثم نظر
هذا بقوله كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما ش اي احد الشريكين م فيتخير الاخر
ش اي الشريك الاخر بين ان يرضى به وبين ان يفسخه دفعا للضرر عنه م بخلاف المريض والمسافر
متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا يعني يجوز التوكيل حينئذ بلا رضى الخصم م لان الجواب
غير مستحق عليهما ش اي على المريض والمسافر اما المريض فلعجزه بالمرض واما المسافر فلغيبته
وهذا لان الجواب لو لم يسقط عنهما لزم الحرج قال الله عز وجل وما جعل عليكم في الدين من حرج
م هنالك ش اي في المكان الذي كان فيه وفي فتاوى قاضي خان ثم المريض اذا كان لا يستطيع
ان يمشي على قدميه ولكن يمكنه ركوب الدابة او ايدي الناس فان ازداد مرضه بالركوب
صح توكيله بغير رضى الخصم وان كان لا يزداد اختلفوا فيه على الخلاف ايضا وقيل له ان يوكل
بغير رضاه وهو الصحيح م ثم كما يلزم التوكيل عنده ش اي عند ابي حنيفة في المسافر يلزم اذا
اراد السفر لتحقق الضرورة ش اذ لو لم يجز لحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وقال قاضي خان
في فتاواه لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضي ينظر الى زيه وعدة سفره او يسال عمن
يريد ان يخرج معه فيساله عن رفقايه كما في فسخ الاجارة اذا اراد المستاجر فسخها بعذر السفر
فيجحد قوله اريد السفر لا يثبت العذر اذا لم يصدقه الاجر لكن يساله القاضي مع من
يريد الخروج ثم يسال رفقته فان قالوا نعم تحقق العذر وهو السفر في فسخ الاجارة فكذا هنا
ولو كانت المرأة مخدرة ش قال البزدوي المخدرة هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي
جلست على المنصة فراها الاجانب لا تكون مخدرة فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين
ومن لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث القاضي اليها امينا من العدول ويستحلفها

ويشهد الاخوان على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجري في الايمان هكذا
ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة والى
المريض خليفة فيفصل الخصومة هناك يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه وفي الذخيرة ومن الاعذار
التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة الحيض في المرأة اذا كان القاضي
في المسجد وهذه المسألة على وجهين ان كانت الحائض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم
والا لا يقبل ولو كان الموكل محبوسا فهو على وجهين ان كان محبوسا في سجن هذا القاضي لا يقبل التوكيل
بلا رضى خصمه لان القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده الى السجن وان كان محبوسا في سجن الوالي ولا
يمكنه الوالي من الخروج يلزمه توكيله بغير رضى خصمه م لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس
الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها
والمراد بالرازي ابو بكر الجصاص احمد بن علي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع
واحكام القرآن واليه انتهت رياسة اصحاب ابي حنيفة ببغداد بعد الشيخ ابي الحسن الكرخي وكانت
ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة قال وهو شيء استحسنه
المتاخرون ش قال الاترازي اي قال ابو بكر الرازي وقال الاكمل اي قال المصنف وشيخي
العلاء رحمه الله قال مثل ما قال الاترازي وهو الظاهر م قال ش اي القدوري م ومن شرط
الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ش اي التصرف الذي وكل به وفي الذخيرة هذا
التقييد وقع على قولهما لا على قول ابي حنيفة فان عنده شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه
الوكيل بيانه ان الشرط عندهما ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ولهذا قالا
كل عقد لا يجوز للموكل ان يباشره بنفسه لا يجوز للوكيل ان يباشره له كما لو وكله ببيع الدم او
الميتة قلنا ينتقض هذا الكلي بعقد الصرف فانه لا يجوز للموكل ان يباشره بنفسه اذا كان غايبا
ويجوز للوكيل ان يتولاه وكذلك الحاكم لا يجوز ان يحكم لنفسه ويجوز ان يحكم له غيره والقياس
على الميتة والدم ضعيف لان اهل الذمة لا يعتقدونه مالا فلا يملك الوكيل تصرفه وقال
الاترازي هذا الشرط الذي شرطه القدوري مستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل
الاستقامة على مذهبهما لانه لم يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة
لما شرط في الموكل وشرط في الوكيل قال اولا ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ان يكون له
ولاية شرعا في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف
وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ
له ولاية شرعا في جنس التصرف لا في كل الافراد على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته
والشرط الاخر وهو ان يعقل البيع ويقصده حاصل في الوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل
معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل وقال الاكمل بعد قول المصنف
قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية
ان هذا العقد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فمن شرطها ان يكون الوكيل
ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم
انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت
للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب
الكل م وتلزمه الاحكام ش قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه
حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن فلا يصح توكيل الوكيل بغير
وقيل احتراز عن الصبي المحجور والعبد المحجور فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم
يصح توكيلهما م لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا
ليملكه من غيره م ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ش بان يعرف ان البيع سالب
للملك والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الفاحش م ويقصده ش اي يقصد العقد
بمباشرة السبب لثبوت الحكم ولا يكون هازلا فيه م لانه ش اي لان الوكيل م يقوم مقام

الموكل في العبارة ش في الكلام م فلا بد ان يكون من اهل العبارة ش ولا يكون هذا الا بالعقل والتمييز
لان كلام غير المميز كالحان الطيور ونتيجة هذا هو قوله م حتى لو كان ش اي الوكيل م صبيا او مجنونا
كان التوكيل باطلا ش اذ لا يتعلق بقولهما حكم وليس لهما قول صحيح م واذا وكل الحر البالغ او المأذون له
مثلهما جاز ش قال الكاكي هذا غير منحصر على المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل ان يوكل
من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر او من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون لان التعليل بقوله
لان الموكل يملك التصرف والوكيل من اهل العبارة ش يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية
والدونية فقال الاترازي كان ينبغي ان يقيد قوله الحر البالغ العاقل ايضا لان المجنون اذا وكل غيره
لا يصح وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان الغالب احوال الحر البالغ ان يكون عاقلا وكونه مجنونا
نادر وانما اطلق المأذون حتى يشمل العبد والصبي الذي يعقل البيع والشراء اذا كان مأذونا
له في التجارة لان توكيل الصبي المأذون غيره جائز كسائر تصرفاته بخلاف ما اذا كان الصبي محجورا حيث ليس
له ان يوكل غيره وان وكل الاجنبي احد صبيا محجورا عليه بفعل البيع والشراء او وكل عبدا محجورا عليه
جاز وبه قال احمد وقال الشافعي لا يجوز م ولا يتعلق بهما الحقوق ش كالقاضي والامام حيث لا عهدة
عليهما فيما فعلا وفيه اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لا بموكلهما م وتتعلق بموكلهما
ش اي وتتعلق الحقوق بموكل الصبي المحجور والعبد المحجور م لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ
تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه ش اي التصرف في حق
المولى ش دفعا للضرر م والتوكيل ليس تصرفا في حقه ش اي في حق المولى اذ صحة التوكيل تتعلق
بعبارته واهليته والعبد بقي على اصل الحرية في ذلك لان صحة العبارة بكونه ادميا م الا انه
ش جواب اشكال وهو ان يقال انهما لو كانا من اهل التصرف ينبغي ان يصح منهما التزام العهدة
فاجاب بقوله الا انه اي غير ان الشان م لا يصح منهما ش اي من الصبي والعبد م التزام
العهدة م الصبي لقصور اهليته ش لعدم البلوغ م والعبد لحق سيده ش لئلا يلزم الضرر به فاذا
كان كذلك م فيلزم ش اي الحقوق م الموكل ش لانه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق باقرب
الناس اليهما وهو من سعى لهذا التصرف وهو الموكل ش لانه لما تعذر الالتزام وعن ابي يوسف
ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او محجور له خيار الفسخ ش وكذلك م لانه ش
اي لان المشتري دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر
م اي اطلع م على عيب ش والجامع بينهما عدم الرضى م قال ش اي القدوري م والعقود
التي يعقدها الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق
بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل ش وبه قال مالك واحمد م لان الحقوق تابعة لحكم
التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه ش اي توابع الملك م وصار ش
اي الوكيل م كالرسول ش بان قال لاخر كن رسولي في بيع عبدي م وكالوكيل بالنكاح ش
فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا م ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة ش اي
في حق الحقيقة م لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته اي عبارة العاقد لكونه ادميا
عاقلا اهلا للتصرف فصفته تستبد عن ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل
استنابه في تحصيل الحكم وجعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق م ولهذا احكما
ش اي وكذا لو عاقد هو العاقد من حيث الحكم واستدل المصنف على ذلك بقوله م لانه
اي لان الوكيل م يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك
ش اي عن اضافة العقد اليه كالرسول فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى المرسل م واذا
كان كذلك كان ش اي الوكيل م اصلا في الحقوق فتتعلق به ش اي بالوكيل م ولهذا ش
اي لاجل هذا كون الوكيل اصلا في الحقوق م قال في الكتاب ش اي قال محمد في الجامع الصغير
او المبسوط فقال الاترازي اي قال القدوري في مختصره وهذا هو الظاهر فانه قال في مختصره
م يسلم المبيع ويقبض الثمن ش اذا كان وكيلا بالبيع ويطالب على صيغة المجهول اي الوكيل يطالب
م بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع م ويخاصم بفتح الصاد على بناء المجهول اي يخاصم الوكيل

ش في العيب ش اذا باع م ويخاصم ش بكسر الصاد على بناء المعلوم اي يخاصم الوكيل في العيب
اذا اشترى م لان كل ذلك من الحقوق ش اي من حقوق العقد م والملك يثبت ش
جواب سوال مقدر وهو ان يقال لما ثبت الملك للموكل ينبغي ان تثبت الحقوق له كما قاله الشافعي
فاجاب عنه بقوله والملك يثبت له ش اي للموكل م خلافة عنه ش اي بطريق الخلافة عن الوكيل
لا اصالة ش اعتبارا للتوكيل السابق ش يعني يقوم الموكل مقامه في ثبوت الملك له لاعتبار
للتوكيل الذي سبق ثم اعلم ان المشايخ اختلفوا في ان الملك يثبت للوكيل بالشراء ثم ينتقل الى الموكل
او يثبت للموكل ابتداء قال الكرخي ومن تابعه بالاول واليه ذهب بعض اصحابنا وهو اختيار
قاضي خان وقال ابو طاهر الدباس بالثاني وهو مذهب جماعة من اصحابنا م كالعبد يتهب
ويصطاد ش اي كل عبد يقبل الهبة ويصطاد الصيد فانه يثبت الملك للمولى ابتداء م
هو الصحيح ش احترز به عن قول الكرخي وفي الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة السرخسي قول
ابي طاهر اصح وقول الشافعي رحمه الله كقول ابي طاهر وذكر الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد
خالفهما فقال الوكيل نائب في الحكم حتى اصيل في حق الحقوق يثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله
موافق الكرخي في حق الحقوق ولابي طاهر في حق الحكم وهذا احسن وقال في الفتاوى الصغرى
الوكيل ما دام حيا وان كان غائبا لا تنتقل الحقوق الى الموكل وقالوا ايضا ذكر في المنتقى ان الوكيل
بالبيع اذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل الى وصيه دون الموكل فان مات ولم يوص يرفع الامر
الى القاضي لينصب وصيا وهو قول بعض مشايخنا وقال بعضهم ينتقل الى موكله ولاية قبض الثمن
م قال ش اي المصنف رحمه الله م وفي مسالة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ش اي نذكره
بعد هذا عند قوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب م قال ش اي القدوري م وكل عقد
ش هذا ضابط الضرب الثاني م يضيفه ش اي الوكيل م الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن
دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل ش فاذا كان كذلك فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر
ولا يلزم وكيل المراة تسليمها ش اي تسليم المراة الى موكله م لان الوكيل فيها ش اي في هذه الاشياء
المذكورة م سفير محض كالرسول الا ترى انه ش اي ان الوكيل م لا يستغني عن اضافة العقد
الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ش في باب البيع م وهذا ش
اي كونه كالرسول فيها م لان الحكم فيها ش اي في هذه العقود وهي النكاح وامثاله م لا يقبل
الفصل عن السبب ش وهو العقد ولهذا لا يدخل فيها خيار الشرط لانه من قبيل الاسقاطات
فلا يقبل تراخي الحكم بالخيار وغيره اشار الى هذا بقوله م لانه اسقاط فيتلاشى ش اي فيضمحل
م فلا يتصور صدوره ش اي صدور السبب بطريق الاصالة م من شخص وثبوت حكمه لغيره
فكان سفيرا م بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان
يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره خلافة وقيد بقوله اصالة اذ السبب يصدر
من الوكيل نيابة في النكاح م والضرب الثاني من اخواته ش اي ومن اخوات الضرب الثاني
م العتق على مال ش قوله الضرب الثاني مبتدا وقوله من اخواته جملة وقعت خبرا له
فاراد بالضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله قاله الاترازي والصواب ان يكون
الضرب الثاني مبتدا وقوله من اخواته خبر لقوله العتق على مال بعدها على المبتدا والجملة
خبر المبتدا الاول وصورة العتق على مال ان يوكل احدا على ان يعتق عبده على مال م والصلح
على الانكار ش جعل من هذا القبيل لان بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة في حق المدعى عليه
م فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول ش فتتعلق الحقوق بالوكيل
دون الموكل م والوكيل بالهبة ش يعني اذا وكل رجلا بان يهب عبده لفلان م والتصدق
ش بان وكله ان يتصدق على فلان م والاعارة ش بان يوكله ان يعير فلانا م والاجارة
ش بان وكله ان يوجر فلانا داره م والايداع ش بان وكله ان يودع متاعه م والرهن
ش بان يوكله بان يرهن متاعه م والاقراض ش بان يوكله بان يقرض فلانا م سفير ايضا
ش هذا خبر لقوله والوكيل بالهبة فاذا كان الوكيل في هذه الاشياء سفيرا فتعلقت حقوق العقد

بموكله م ولان الحكم فيها ش اي في العقود المذكوره م يثبت بالقبض واثره ش اي وان القبض
لا في محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا ش اي فلا يجعل الوكيل في هذه الاشيا اصيلا لانه اجنبي
عن المحل الذي يلاقي القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك م ولذلك ش يعني لكون سفيرا
م اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ش لذلك يجوز ان يوكله بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب
فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل م ولذا الشركة والمضاربة ش يعني اذا وكل بالشركة او المضاربة
فالوكيل فيهما سفير ايضا لا تتعلق حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل لان الوكيل لا بد له من اضافة
العقد الى موكله فكان سفيرا حتى لو اضاف العقد الى نفسه لا يقع عن موكله . الا ان التوكيل
بالاستقراض باطل ش هذا استثناء من قوله ولذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني ان بطلان
استقراض الوكيل بان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف فيه ملك الغير فان الدراهم التي استقرضها
الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل حتى لا يثبت الملك للموكل حتى لو هلك
الذي استقرضه هلك على الوكيل م بخلاف الرسالة ش اي في الاستقراض م فانه ش اي العقد وكيل
م واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه ش اي فللمشتري منعه اياه خلافا للائمة الثلاثة
لان الحقوق ترجع الى الموكل عندهم م لانه ش اي لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق
تعود الى العاقد م ولو دفعه اليه ش اي ولو دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز ش دفعه
م ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ش اي ان يطالب المشتري بالثمن م ثانيا ش اي ثاني مرة . لان
نفس الثمن المقبوض حقه ش اي حق الموكل م وقد وصل اليه ش اي وقد وصل حقه اليه
واذا كان كذلك . فلا فائدة في الاخذ منه ش اي من الموكل ثم في الدفع اليه وهذا بخلاف الوكيل
في بيع الصرف فان هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز لان بيع الصرف يتعلق بالقبض فكان
القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت الملك للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا
اذا ثبت له حق القبض وفي الذخيرة ونقل من مختلف الرواية ان المشتري من الوصي لو دفع الثمن
الى الصبي فللوصي ان يرجع الى المشتري . ولهذا ش توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه
فانه م لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ش اي المساواة بينهما في جعل الدين بالدين
م ولو كان عليهما ش اي على الوكيل والموكل م دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين
الوكيل ش لان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأ المشتري عن الثمن
وخرج الكلامان معا فالمشتري يبرأ ببراءة الامر لا ببراءة المامور حتى لا يرجع الامر على المامور
بشي فكذا هٰهنا م وبدين الوكيل ش اي تقع المقاصة م بدين الوكيل اذا كان وحده ان
كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه ش اي ان الوكيل م يملك الابراء ش اي ابراء المشتري
عن الثمن م عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد وهو ابراء بعوض لان القبض حقه فيملك
المقاصة ايضا لانه ابراء ايضا ولكنه بعوض فكان بطريق الاولى ان يملكه . ولكنه يضمنه
اي ولكن الوكيل يضمن الثمن م للموكل م في الفصلين ش اي في فصل الابراء وفصل المقاصة
عن الموكل ولا يقال ينبغي ان لا يجوز من الوكيل البيع مثل هذا البيع الذي يوجب المقاصة بدين
الموكل لانه خالف الموكل لانه وكل ببيع يصل الثمن اليه وهٰهنا لا يصل فاذا خالف ينبغي ان
لا يجوز هذا البيع لانا نقول وصل اليه الثمن قبل البيع لانه بالبيع صار دينه قصاصا بدين
الامر بالاجماع كذا في الذخيرة وفي المبسوط قال ابو يوسف لا يجوز ابراء الوكيل للمشتري عن الثمن
لانه تصرف في ملك الغير وبه قالت الائمة الثلاثة اذ الثمن ملك الموكل ولهما ان الابراء
اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنع الموكل عن ذلك وبه قال مالك في
وجه واحمد في رواية وفي الفتاوى الصغرى الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن المشتري
بالاقالة والابراء والمقاصة بما على الوكيل عندهما وقال ابو يوسف لا يملك ذلك وقال محمد
في الاصل ولو كان البائع ابرا المشتري يعني ان الوكيل ابراه من الثمن فهو جائز وهو له ضامن
وكذلك لو وهبه له وكذلك لو اشترى متاعا او كانت دنانير فاخذ بها منه دراهم او كانت
دراهم فاخذ بها منه دنانير فهو ضامن للثمن والذي اشترى هو له وكذلك لو صالحه عليه صلحا

بالثمن وكذلك لو اخر عنه الثمن كان ضامنا للثمن وجاز التاخير ولو حط عنه كان ضامنا
لما حط عنه وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز شي مما صنع من هذا من
ه وغيرها والمال على حاله على المشتري وفي الفتاوى الصغرى ثم في وقوع المقاصة ان كان
دين المشتري على الموكل وهو مثل الثمن صار قصاصا اجماعا وان كان دينه على الوكيل فعلى
الاختلاف وان كان عليهما يصير قصاصا بدين الموكل اما عند ابي يوسف فظاهر واما عندهما
فلان الثمن لو صار قصاصا بدين الوكيل لاحتجنا الى قضاء الوكيل للموكل ولو صار قصاصا بدين
الموكل لا يحتاج الى قضاء اخر فيقصر المسافة ولان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري ب
الاجماع تعلى هذه الحيلة في موضعين احدهما اذا كان لرجل على زيد دين لا يوديه فيتوكل الدا
ن الغير في شراء عين من زيد فاذا اشترى تقع المعاوضة بين دين الوكيل على البايع و
بين دين وجب للبايع على الوكيل ثم الوكيل ياخذ الثمن من موكله والثاني ان يوكل رب الدين
ببيع الشراء من المديون فتقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب للبايع على الوكيل والله اعلم

م باب الوكالة بالبيع والشرا ش

اي هذا باب في بيان حكم الوكالة بالبيع والشراء قدم هذا الباب على سائر الابواب لكثرة وقوع
البيع والشراء ومساس الحاجة اليه في ذلك

م فصل ش

اي هذا فصل في بيان احكام الشراء وقدم هذا الفصل على الفصول التي تاتي بعده لان الشراء
ينبئ لما هو الاصل في عقد البيع وهو المبيع والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان
الشراء اولى بالتقديم م قال ش اي القدوري م ومن وكل رجلا بشراء شي ش اي غير
معين لان في المعين لا يحتاج الى التسمية الجنس والصفة م فلا بد من تسمية جنسه ش كالعبد
والجارية اذ العبد جنس بلسان الشرع ولذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام واراد بالجنس
النوع لا مصطلح اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة
في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو
كالانسان مثلا والصنف هو النوع حقيقة المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد
هنا بالجنس ما يشمل اصنافا على الاصطلاح اولئك وبالنوع الصنف م وصفته ش
اي نوعه كالتركي والهندي ولا خلاف فيه للفقهاء م او جنسه ومبلغ ثمنه ش اي او تسمية
جنسه ومقدار ثمنه وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية وقال في وجه لا يصح حتى يذكر
نوعه وبه قال احمد في رواية وعند مالك الشرط ان يكون معلوما في الجملة فقيل هذا
الذي ذكره القدوري استحسان والقياس عدم الجواز ووجه الاستحسان حديث عروة
البارقي وقد مر لانه عليه السلام ذكر الجنس وقدر الثمن وسكت عن الصفة م ليصير الفعل
الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار ش اي فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل م الا ان يوكله ش
هذا استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه يعني اذا وكله م وكالة عامة فيقول
ابتع لي ما رايت ش فلا يحتاج الى ذكر الجنس وغيره م لانه ش اي لان الموكل م فوض الامر
الى رايه ش اي الى راي الوكيل م فاي شي يشتريه يكون ممتثلا ش لامر الموكل وفيه خلاف
احمد فانه يقول لا يصح هذه الوكالة العامة م والاصل فيه ش اي في هذا الباب م
ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة ش الجهالة اليسيرة جهالة النوع كالتوكيل بشراء
الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين
الثمن وقال بشر المريسي لا تصح الوكالة وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية لان التوكيل
بالبيع والشرا معتبر بنفس البيع والشرا فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه قلنا تصح
الوكالة م لان مبنى التوكيل على التوسع لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط ش يعني اشتراط
بيان الوصف م بعض الحرج وهو مدفوع م شرعا م ثم ان كان اللفظ ش اي اللفظ الذي ذكره
الموكل م يجمع اجناسا ش كالدابة والثوب م او ما هو في معنى الاجناس ش كالدار والرقيق
م لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش

للجهالة ش والوكيل لا يقدر على الامتثال وفي الكافي الجهالة ثلاثة انواع فاحشة ويسيرة
ومتوسطة وقد ذكر المصنف اليسيرة والفاحشة ونذكر عن قريب المتوسطة . فان كان
ش اي اللفظ م جنسا يجمع انواعها ش كالعبد والامة والدار م لا يصح وان بين الثمن او النوع
لان بتقدير الثمن لا يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال ش اي
امتثال الامر بالامر م مثاله اذا وكله ش اي مثال هذا النوع اذا وكل رجل رجلا . بشراء عبد او
جارية لا يصح لانه ش لان لفظ عبد او جارية م يشمل انواعا فاذا بين النوع كالتركي او الحبشي
والهندي والسندي والمولد ش في المغرب المولد الذي ولد في دار الاسلام وقيل العبد الذي
تولد بين العرب ونشأ بيننا ولا دم . جاز ش اي التوكيل . وكذا ش اي ولذا جاز م
اذا بين الثمن لما ذكرنا ش اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما م ولو بين
النوع او الثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة ش اي الوسط واصله وسط
حذفت الواو منه كما في عدة وعظة وعوضت التاء في اخره عن الواو م جاز ش اي التوكيل
. لانها جهالة مستدركة ش اي يسيرة م ومراده ش اي مراد القدوري م من الصفة
المذكورة ش وهي قوله وصفته م في الكتاب ش اي في مختصر القدوري ومر الكلام فيه في اول
الفصل م وفي الجامع الصغير وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال اللفظ على اجناس
مختلفة م ومن قال لاخر اشتر لي دابة او ثوبا او دارا فالوكالة باطلة ش وان بين الثمن حتى
لو اشترى كان الشراء واقعا على الوكيل وبه صرح في شروح الجامع للجهالة الفاحشة فان الدابة
في الحقيقة اللغوية اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل
فقد جمع اجناسا فكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء وكانه اراد به ان
الارفع من الثياب والكساء ادونها ولكن لم يرد في اللغة ما اراده من هذا قال صاحب
الجمهرة الطلسة كدرة في غبرة والذئب اطلس ولذلك كل شيء كان يشبهه وقال في تهذيب
ديوان الادب الاطلس على لون الذئب يقال ذئب اطلس والاطلس الخلق من الثياب وبعض
الفضلاء م الاطلس مشتق من الاطلس م والادنى اشتق عن الاطلس م شابهم مطلس ولكنها
على دباب منهم طلس . ولهذا ش اي ولكون الثوب الملبوس من الاطلس الى الكساء م لا
يصح تسميته مهرا ش للجهالة الفاحشة م وكذا الدار ش اي ولهذا لا يصح توكيله بشراء الدار
م تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران
والمرافق والمحال ش جمع محلة م والبلدان جمع بلد واذا كان الاختلاف فيها فاحشا م
فيتعذر الامتثال ش اي امتثال الامر بالامر بشراء الدار مطلقا م وان سمى ثمن الدار ووصف
جنس الدار ش بان قال في محلة كذا م والثوب ش اي وسمى ثمن الثوب م جاز ش اي
التوكيل م معناه ش اي معنى قوله في الجامع الصغير ووصف جنس الدار . نوعه ش
لان تفاحشها يرتفع بذكر الوصف والثمن م وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال فرس
او حمار او نحوه ش مثل بغل جاز وان لم يبين الثمن كذا في المبسوط لان الجنس صار معلوما
بالتسمية وانما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل
الحمير انواع منها ما يركبه العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل قلت هذا اختلاف الوصف مع ان
ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى ان الوالي القاضي او الوالي لو امر بشراء حمار يصرف
الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز بخلاف ما لو امر الفاليزي
بذلك كذا في المبسوط م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن دفع الى اخر دراهم ش
قيد بالدفع لانه اذا لم يدفع الدراهم فقال اشتر لي حنطة او شعيرا لم يجز لانه لم يبين المقدار
وجهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس م فقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها
فالقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة ش لان الطعام اسم للمطعوم م كما في اليمين
على الاكل . اذا حلف لا ياكل طعاما فاكل ما يؤكل حنث م اذ الطعام اسم لما يطعم ش يحنث
العرف عليه ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى م وجه الاستحسان ان العرف املك ش اي

اقوى ورجح بالاعتبار من القياس م وهو على ما ذكرناه ش اي العرف على ما ذكرناه من انه
واقع على الحنطة ودقيقها . اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ش ولهذا يسمى عندهم السوق
الذي يباع فيها الحنطة ودقيقها سوق الطعام واذا كان العرف هكذا ترك القياس به لان العرف
اقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالثابت بالنص وقال تاج الشريعة قوله وهو على ما ذكرناه
قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام له ما في عرف
غير اهل الكوفة ينصرف التوكيل الى شراء كل مطعوم م ولا عرف في الاكل ش اي في اليمين في الاكل
فبقي على الوضع ش وهو ان الطعام اسم لما يطعم . وقيل ش هو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني
فانه قال ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة ش اي الوكالة تقع على الحنطة م وان قلت فعلى الخبز
ش اي فتقع على الخبز وان كان فيما بين ذلك ش اي بين القليل والكثير م فعلى الدقيق وقال
شيخ الاسلام خواهر زاده ان كانت الدراهم كثيرة بحيث يشترى بها الحنطة لا الدقيق والخبز فاشترى
بها الوكيل الخبز او الدقيق لا يجوز على الموكل وان كانت وسطا يشتري بها الحنطة او الدقيق
فاشترى بها الوكيل الحنطة او الدقيق جاز ولو اشترى بها الخبز لا يجوز وان كانت قليلة بحيث
لا يشترى بمثلها في العرف الا الخبز فانه يجوز اذا اشترى الخبز وفي الفتاوى الصغرى ما ذكر محمد في
زمانهم اما في عرفنا فالطعام على ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فتنصرف
الوكالة الى ذلك دون الحنطة والدقيق والخبز والمشوي على هذا وفي القدوري عن ابي يوسف اذا
كان له وليمة فدفع اليه دراهم كثيرة فهو على الخبز واذا وكله بشراء اللحم بدرهم فاشترى المطبوخ
او المشوي منه لا يجوز على الامر اذا كان مساو له خانا ولحم الطير او الوحش يجوز عليه اذا كان
في بلد يباع في اسواقه منه فيشترى الناس وشراء الشاة الحية او المذبوحة لا يجوز عليه وان
سمى له الامر بعشرة دراهم الا ان يكون مسلوخة ولو امره بشراء البيض فهو على بيض الدجاجة
خلاف اليمين على اكل البيض حيث يقع على بيض الطير هذا كله في الفتاوى الصغرى م قال
اي القدوري م واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ش اي فللوكيل
ان يرده بالعيب ولا خلاف فيه للائمة الاربعة . ما دام المبيع في يده لانه ش اي لان الرد بالعيب
من حقوق العقد وهي كلها اليه ش اي الحقوق كلها الى الوكيل . وان سلمه اليه ش اي وان سلم
الوكيل المبيع الى الموكل م لم يرده الا باذنه ش اي باذن الموكل م لانه انتهى حكم الوكالة ش لانه خرج
عن الوكالة وانقطع حقه م ولان فيه ش اي في الرد م ابطال يده الحقيقية ش اي يد الموكل
فلا يتمكن منه ش اي من الرد م الا باذنه ش اي باذن الموكل م ولهذا ش اي ولاجل ان حقوق
العقد كلها الى الوكيل م كان ش اي الوكيل خصما لمن يدعي في المشترى دعوى ش مثل التسليم الى الموكل
لا بعده كما يجيء . كالشفيع وغيره . كمن يدعي استحقاق المبيع . قبل التسليم الى الموكل لا بعده
يعني يكون الوكيل خصما لمن يدعي انما يكون قبل تسليم الوكيل المبيع الى الموكل لا بعد التسليم
لان الحقوق ترجع اليه قبل التسليم الى الموكل م قال ش اي القدوري . ويجوز التوكيل بعقد
الصرف والسلم لانه ش اي لان عقد الصرف والسلم م عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر
م في اول كتاب الوكالة م ومراده التوكيل بالاسلام ش اي مراد القدوري بجواز التوكيل
بعقد السلم التوكيل بالاسلام معنى ان المراد منه التوكيل بعقد السلم من جهة رب السلم دون
قبول السلم لان ذلك يجوز وهذا لا يجوز وهو معنى قوله م فان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع
طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره ش وهو الموكل م وهذا لا يجوز لان من باع ملك
نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لم يجز فكذلك في الديون لا يجوز نص على ذلك محمد في
باب الوكالة في السلم فاذا بطل التوكيل بقي الوكيل عاقدا لنفسه فملك راس المال فلما سلمه
الى الموكل على وجه التمليك كان قرضا عليه فان قيل يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير
كما في الوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن فان الثمن يجب في ذمة الموكل فينبغي ان يجوز
ثم ما نحن فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه كالثمن قلنا المسلم فيه
نزل منزلة المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز

معنا الجواز هناك م وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد ش هذا لفظ القدوري
في مختصره اي ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل
العقد م لوجود الافتراق من غير قبض ش لان القبض في المجلس شرط ولم يوجد م ولا يعتبر
مفارقة الموكل ش قبل القبض م لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل
فيصح قبضه ش اي قبض الوكيل بدل الصرف م وان كان لا يتعلق به الحقوق ش كلمة ان
للوصل والضمير في كان يرجع الى الوكيل والمعنى يصح قبض الوكيل وان كان ممن لا تلزمه العهدة
كالصبي والعبد المحجور عليه ش يعني كما اذا كان الوكيل صبيا او عبدا او محجورا لا العهدة
قال الاكمل هذا جواب سؤال يرد على اصل الوكالة بان الصبي والعبد المحجور اذا توكلا
يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم فكيف يتعلق ههنا بهما التسليم
والتسلم في بدل الصرف ومما وكلا فيه حتى يبطل الصرف بمفارقتهما قبل القبض فاجاب عنه بان
قبضهما صحيح وان كان لا يلزمهما الحقوق لان القبض في الصرف من تتمة صحة العقد فيصح ممن
يوجد عنه العقد م بخلاف الرسول ش اي في باب الصرف وفي باب السلم وفي بعض النسخ الرسولين
اي الرسول في الصرف والرسول في السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول
من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا تجوز الوكالة من جانب
المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد لقبضه على ما يجي وقوله
بخلاف الرسول متوسط بقوله فيصح قبضه اي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فانه لا يصح
والمعتبر قبض المرسل م لان الرسالة في العقد ش اي حصلت فيه م لا في القبض وينتقل كلامه
الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح ش اي قبض الرسول م قال ش
اي القدوري م واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به ش اي
بالثمن على الموكل وبه قال الشافعي في قول م لانه ش اي لان الشان م انعقدت بينهما ش اي بين
الوكيل والموكل م مبادلة حكمية اي صار الوكيل كالبائع من المشتري والدليل على المبادلة ما اشار
اليه بقوله . ولهذا ش اي ولاجل كون معنى المبادلة فيه . اذا اختلفا ش اي الوكيل والموكل
م في الثمن يتحالفان ش والتحالف من خواص المبادلة م ويرد الموكل المعيب على الوكيل بالشراء
بالعيب م وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ش اي يرجع الوكيل على الموكل
يعني لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري اي الذي اشتري له من جهته
يرجع عليه م ولان الحقوق ش دليل اخر م لما كانت اليه ش اي الى الوكيل م وقد علمه ش
اي والحال ان الموكل قد علمه كون الحقوق راجعا اليه م فيكون ش اي الموكل م راضيا بدفعه
ش اي بدفع الثمن من ماله ش اي من مال الوكيل فاذا دفع الوكيل بسبب امر الموكل اياه بالشراء
كان الموكل راضيا ايضا برجوع الوكيل عليه بما ادى ولم يسقط الثمن ولا خلاف فيه للائمة الثلاثة
م فان هلك المبيع في يده ش اي في يد الوكيل م قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان
يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده اي حكما فما هلك في يده كما هلك في يد الموكل
فلا يبطل الرجوع وقيل لان المبيع امانة في يد الموكل لان قبضه للموكل فليس على الامين شي مالم
يحدث منعا فلا يضمنه كما اذا هلكت الوديعة في يد المودع م وله ش اي وللوكيل م ان يحبسه
ش اي المبيع م حتى يستوفي الثمن ش سواء دفع الوكيل الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في المبسوط
وقال الائمة الثلاثة ليس له حبسه وقال زفر ليس له حق الحبس فاذا حبسه صار غاصبا على ما يجي
الان يعني ان في شي وجه اذا انقد الثمن له حبسه وفي الدخيرة لم يذكر محمد في شي من الكتب ان الوكيل
حبس المبيع قبل نقد الثمن وحكي عن الامام الحلواني ان له ذلك وقال الاترازي هذا كلام عجيب من صاحب
الذخيرة وكيف عليه وقد صرح محمد في الاصل في باب الوكالة في الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا
ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الامر اخذ العبد من الوكيل
وابى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة وان كان الوكيل
نقد الثمن او لم ينقد فهو سوا الى هنا لفظ محمد في الاصل وفي الفتاوي الصغرى الوكيل بالشرا اذا

اذا اشترى بالنسيئة فحل عليه الثمن بموته لا يحل على الامر م لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل
لانه انما رجع الى الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية والمبادلة هي البيع م وقال زفر
ليس له ذلك ش اي حق الحبس م لان الموكل صار قابضا بيده ش اي بيد الموكل بيد الوكيل فهلاكه
في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فكانه قبضه حقيقة م وكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس ش
والوديع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس فلذا اذا وقع في يده حكما قلنا لا يمكن التحرز عنه
م يعني دخول المبيع في يد الوكيل على وجه لا يكون ولاية الحبس لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط
حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه فلا يتحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه
فاذا كان كذلك م فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف م يعني لا نسلم انه صار
قابضا بيده بل قبضه موقوف فاذا كان موقوفا م فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ش اي ويقع
لنفسه اي لنفس الوكيل عند حبسه م حاصل الكلام اي قبضه موقوف للتردد بين ان يكون بينهم
لمقصود الوكيل وبين ان يكون لاحياء حق نفسه فاذا حبسه تبين انه قبضه لاحياء حق نفسه فلم يكن الموكل
قابضا حكما فلا يسقط حقه للضرورة م فان حبسه ش اي فان حبس الوكيل المبيع م فهلك كان مضمونا ضمان الرهن
عند ابي حنيفة ش حتى لو كان عنده وفا بالثمن يسقط والا رجع بالفضل على الموكل م وضمان البيع عند محمد م قلنا
عنه او لزفر م وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه ش اي قول محمد هو قول ابي حنيفة م وضمان الغصب
عند زفر لانه منع بغير حق ش وبه قالت الائمة الثلاث وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة
عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة فعند ابي يوسف يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتظهر فائدة
ضمان الغصب فيمن عكس هذا وهو ان يكون المبيع خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بمثله ان
كان مثليا وبقيمته بالغة ما بلغت وعلى قول محمد لا يتفاوت والحال بين ان يكون الثمن كثيرا او قليلا لانه يسقط بهلاك
المبيع فلا يمت شي اصلا لهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م انه ش اي ان الوكيل بمنزلة المبيع منه ش اي من الوكيل فكان
حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط ش اي الثمن م بهلاكه ش اي بهلاك المبيع م ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفا
بعد ان لم يكن ش لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس وصار مضمونا بعد الحبس م وهو الرهن بعينه ش يعني بمعنى الرهن
بخلاف المبيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد بخلاف البيع م فانه ليس كذلك م لان البيع ينفسخ بهلاكه ش اي
بهلاك المبيع م وها هنا لا ينفسخ اصل البيع بل يبقى بين الوكيل وبايعه فلا يكون نظير البيع فاجاب عنه بقوله م قلنا
ينفسخ في حق الوكيل والموكل كما اذا رده ش اي الموكل بعيب ورضي الوكيل به ش فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بين
الموكل والوكيل وقال الاترازي هذا مغالطة على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك البيع قبل القبض في يد البايع وبين
هلاكه في يد الوكيل بالشرا بعد حبسه من الموكل لاستيفاء الثمن يعني الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع
بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال
الكاكي رحمه الله قيل وهذا مغالطة على ابي يوسف رحمه الله الى اخر ما ذكره الاترازي ثم قال وانه كما ترى فاستقل لانه
لما كان الموكل بايع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بايع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا
ثبت وجدت ما ذكر عن جانبه غلطا او مغالطة وذلك لان البايع من الوكيل بمنزلة بايع البايع واذا انفسخ العقد
بين المشتري وبايعه لا يلزم منه الفسخ بين البايع وبايعه فكان ذكره احدهما يعني غلط او مغالطة قال ش اي القدوري
م واذا وكله بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم ش اي
والحال ان عشرة ارطال من ذلك اللحم تساوي قيمته درهما قيد به لانه اذا كانت عشرة ارطال من ذلك اللحم تساوي
نصف درهم قيد به لانه اذا كانت عشرة منه تساوي درهما نفذ الموكل على الوكيل بالاجماع ذكره في الذخيرة لزم الموكل منه
عشرة ارطال بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون ش لا هنا لفظ القدوري م وقال المصنف م
وذكر في بعض النسخ م اي في بعض نسخ القدوري م قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكروا الخلاف في الاصل
وفي المبسوط م لابي يوسف انه امره ش اي ان الموكل امر الوكيل م بصرف الدرهم في اللحم وظن سعره عشرة ارطال
فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ش جاز هذا
فكذا هذا ولابي حنيفة انه امره ش اي ان الموكل م امر الوكيل بشرا عشرة ولم يامره بشرا الزيادة فينفذ
شراها عليه ش اي شرا الزيادة على الوكيل م وشرا العشرة على الموكل ش اي وينفذ شرا العشرة التي امر الموكل
بها على الموكل لانه خالفه فيما امره به فان قيل ينبغي ان لا يلزم الامر شي من ذلك لان العشرة ثبتت ضمنا للعشرين لا قصدا

وان وكله بشرا عشرة قفيدًا ومثل هذا الاحوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال لرجل وكلت امرأتي واحدة فطلقها ثلاثًا
لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل فلا يثبت ما في ضمنه ايضًا تبعًا له فاجاب حميد
الدين رحمه الله بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحد ضمني وما هو لذلك الا ان يقع في ضمن ما تضمنه وما تضمنه
لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه فكل قفيز لان اجزاء الثمن يتوزع على اجزاء المبيع فلا تحقق التضمن
في الشرا فان قيل يشكل بما امره ان يشتري له ثوبًا هرويًا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد يساوي عشرة
لا ينفذ شيع واحد منهما على الموكل عند ابي حنيفة ذكره في الذخيرة ناقلا عن المنتقى واجاب صاحب النهاية عن
هذا بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وحينئذ
كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شا بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف
ذلك بالحزر والظن وذلك لا يتيقن حق الموكل فيبقى مجهولا فلا ينفذ عليه انتهى قلت هذا لا يمشي الا على قول من يجعل
اللحم من ذوات الامثال وهو مختار صاحب المحيط م بخلاف ما استشهد به ش جواب عن ابي يوسف المتنازع فيه
بيع العبد بالف وبيعه بالفين لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ش اي لان الزيادة عوض ملك الامر فلا
يجوز ان يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يجوز م بخلاف ما اذا
اشترى ما يساوي عشرين رطلا حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين اي
اللحم السمين م وهذا ش اي وهذا الذي اشتراه م مهزول فلا يحصل مقصود الامر ش فلا يكون له م قال ش
اي القدوري م ولو وكله بشرا شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه
ش وذلك لا يجوز م ولان فيه عزل نفسه ش عن الوكالة م فلا يملكه ش لانه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه
كسائر العقود وانما قال م على ما قيل ش لان عزله يكون بالخلاف لا بالوفاق م الا بمحضر من الموكل ش اي بحضور
وكيله فلا يصح بغيبته قال في التتمة هذا اذا كان الموكل غايبًا فان كان حاضرًا وصرح الوكيل بالشرا لنفسه يصير
مشتريا لنفسه لانه خالف امر الامر فينعقد الشرا على نفسه بخلاف الوكيل بنكاح امرأة بعينها يزوجها لنفسه حيث
يصح والفرق بينهما اي النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت الامر اذ الامر امره بنكاح مضاف اليه فان اتى
بالنكاح يضيفه الى الموكل وفي الشرا مامور بالشرا مطلقا لا مضافا الى الامر فقد اتى بما دخل تحت الوكالة فينفذ عليه
م فلو كان الثمن مسمى ش الى الاخر ثلاثة اوجه ذكرها المصنف تفريعًا على مسالة القدوري الاول قوله فلو كان
الثمن مسمى ش يعني وكله بالشرا بثمن مسمى م فاشترى بخلاف جنسه ش اي بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم
فاشترى بدنانير الوجه الثاني هو قوله م او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود ش وهي المكيلات والموزونات الوجه
الثالث هو قوله م او وكل ش اي الوكيل م وكيلا بشرائه فاشترى الثاني ش اي فاشترى الوكيل الثاني وهو
وكيل الوكيل والحال ان الوكيل الاول غايب فانه م يثبت الملك للموكل ش اي للوكيل الثاني م في هذه الوجوه
م الثلاثة المذكورة م لانه خالف امر الامر ش لان الوكيل الذي وكل خالف امر الوكيل الذي وكله بشرا شيء
بثمن مسمى الى اخره م ولو اشترى الثاني ش اي الوكيل الثاني م بحضرة الوكيل الاول يثبت الملك للاول وفي
بعض النسخ ولو اشترى الثاني بحضرة الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا م قال فان قيل
يشكل هذا بما لو وكل الوكيل بطلاق او عتاق لاخر فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الوكيل الاول لا يقع ذكره في
الذخيرة والتتمة قلنا ان الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لان العمل بحقيقة الوكالة متعذر لان التوكيل تفويض
الراي الى الوكيل وجعله بمنزلة المالك وتفويض الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الوكيل فلما تعذر
العمل بحقيقة الوكالة جعلناها مجازا عن الرسالة لان الوكالة تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة
الرسل فصار المامور مامورا بنقل العبارة من الامر اما البيع وغيره فما يحتاج فيه الى الراي فيعمل بحقيقة الوكالة كذا
في الذخيرة م قال ش اي القدوري م فان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول
نويت الشرا للموكل او يشتريه بمال الموكل ش هذا كله لفظ القدوري والمصنف رحمه الله م قال هذه المسئلة
على وجوه ش اشار الى الوجه الاول بقوله م اي اضاف ش اي الوكيل م العقد الى دراهم الامر كان للامر
ش وقال المصنف وهو المراد عندي ش يعني اي المراد من قول القدوري عندي وهو قوله او يشتريه بمال
الموكل اشار اليه م بقوله او يشتري بمال الموكل دون النقد لان فيه ش اي في النقد بعد الشرا مطلقا
م تفصيلا لا اداء به صورة التكاذب والتوافق نفي التكاذب يحكم النقد اتفاقا وخلافا ش اي في التوافق
على عدم النية يحكم النقد عند ابي يوسف وعند محمد هو للوكيل على ما ياتي بيانه مشروحا م وهذا بالاجماع ش اي

الذي ذكره القدوري بالاتفاق اذا اشتري بمال الموكل وهو مطلق اي ذكره القدوري مطلق لا تفصيل فيه
والوجه الثاني هو قوله م يعني يقع العقد حمل الحالة على ما يحل له شرعا لانه لما اضاف العقد الى دراهم الامر يقع له
كان واقعا للوكيل واذا دفع الثمن للوكيل كان عاصيًا لدراهم الامر وهو لا يحل شرعا م او يفعله عادة ش عطف
على قوله يحل له يعني ان العادة اجرت بان الشرا اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع الشرا لصاحب الدراهم
اذ الشرا ش اي لان الشرا م لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا م لان الاصل هو الوفا عند العقد
بالنص م وعرفا ش لان الاصل هو الوفا بالعادة والوجه الثالث هو قوله وان اضافه ش اي العقد م الى دراهم
مطلقة ش يعني من غير اضافة الى دراهم احد ففيه تفصيل اشار اليه فان نواها ش اي فان نوى فيه الشرا م للامر
فللامر وان نواها لنفسه فلنفسه ش اي فكان لنفسه م لان له ش اي للوكيل م ان يعمل لنفسه ويعمل للامر
في هذا التوكيل ش اي في التوكيل بشرا عبد بغير عينه فيعمل فيه لنفسه اصالة ويعمل لغيره وكالة لان المامور به غير
معين فكانت نيته معتبرة والوجه الرابع هو قوله م وان تكاذبا ش اي الموكل والوكيل م في النية بان قال الموكل
اشتريته م يحكم النقد ش على صيغة المجهول من التحكيم اي من نقد الثمن من ماله فهو له م بالاجماع لانه ش اي
لان تحكيم النقد م دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ش اشار به الى قوله حملا لحالة على ما حل له شرعا والوجه الخامس
هو قوله وان توافقا ش اي الموكل والوكيل م على انه ش اي على ان الوكيل م لم تحضره النية ش ففيه اختلاف بين
ابي يوسف ومحمد م قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله ش اي جعل العمل م لغيره
ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا ش يعني من غير تعيين فيه م يحتمل الوجهين ش اراد
به وقوع الشرا للموكل ووقوعه للوكيل فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع
تصادقهما ش يعني على انه لم تحضره النية م يحتمل النية للامر احتمال ان يكون نوى للامر غير نيته م وفيما قلنا ش اي في تحكيم
النقد حمل حاله على الصلاح م وهو ان لا يكون الوكيل غاصبا على تقدير النقد من مال الامر كما في حالة التكاذب
تحكيم النقد لاجل حمل حال الوكيل على الصلاح قال قلت كيف قلتم اذا اضاف العقد الى دراهم الامر يقع الشرا له
وان اضافه الوكيل الى دراهم نفسه يقع الشرا له والدراهم لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا فكانت الاضافة
وعدم الاضافة سوا قلت لا نسلم انها لا تتعين مطلقا بل تتعين في الوكالات وبه صرح المصنف
في اواخر هذا الفصل في تعليل قول ابي حنيفة وسيجي بيان تمامه ان شا الله تعالى ونقول لا نريد بتعينها تعلق
الشرا بعينها على وجه تكون هي مستحقة لانما له بل نريد تعينها الوكالة بها فانها انعقدت الوكالة بها حتى اذا اهلكها
بطل الشرا بطلت الوكالة صحت الاجابة الى احدهما معينة لوقوع العقد منه م والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه
الوجوه ش اي على الوجوه المذكورة في التوكيل بالشرا فان اضاف الوكيل العقد بالسلم الى دراهم الامر كان
السلم له وان اضافه الى دراهم نفسه كان له وان عقده مطلقا من غير اضافة الى دراهم احد فان نوى السلم
للموكل كان له وان نوى لنفسه وان تكاذبا يحكم النقد وان توافقا على انه لم تحضره النية كان السلم للوكيل عند
محمد وقال ابو يوسف يحكم النقد يعني دراهم احدهما نقد فالعقد له م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن امر
رجلا بشرا عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر فان كان دفع
اليه الثمن فالقول له ش وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية وقالا في وجه اخر القول للمامور م وان كان
له ش اي الوكيل م الالف فالقول قول المامور ش بلا خلاف م لان في الوجه الاول ش هو الوجه الذي
لم يدفع الثمن فيه اخبر عما لا يملك استينافه ش اي لا يقدر على انشائه اي انشاء العقد اذ العبد ميت ومن اخبر عن ما لا يملك
انشاه في الحال لا يكون القول له كما لو قال راجعت ان كانت العدة باقية فانه يصدق لانه يملك ان شاء والا فلا لكن هنا
م وهو الرجوع على الامر بالثمن وهو ش اي الامر م ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني وهو الذي دفع الثمن فيه م
هو ش اي الوكيل م امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ش لانه امين م ولو كان العبد حيًا حين
اختلفا ش فقال المامور اشتريته لك وقال الامر اشتريته لنفسك م ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه
امين واخبر عما يملك انشاه للحال م وان لم يكن ش اي الثمن م منقودا فكذلك ش القول للمامور عند ابي يوسف ومحمد
لانه يملك استيناف الشرا فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة ش لانه ربما اشتراه
لنفسه ووجدته عيبا او لم يحبه فلما لم يوافقه اراد ان يلزمه الامر لخسارة الصفقة ومثله متعارف بين الوكلاء فلا
يقبل قوله لهذه التهمة وهذا حاصل معنى قوله بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر اي
الزم الصفقة الامر م بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ش اي يقبل قول الوكيل

شريت لك عبدًا وما في عنده شيئًا بخروج الوكيل عن عهدة الامانة التي هي الالف المنقوده وهو كون الامين وكيلا
فلا يوجد البيع وهو قبول قوله بطريق البيعة بخروج الوكيل عن عهدة الامانة بكذلك يقبل قوله ها هنا واذا كان
امره بشرا عبد بعينه ثم اختلفا ش بان قال الامر اشتريته لنفسك وقال المامور بل اشتريته لك م والعبد حي
ش اي والحال ان العبد حي م فالقول للمامور سوا كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما
ملك استيفاه ش على قولهما م وكذا فيه ش على قول ابي حنيفة هكذا قال بعض الشارحين وقال الاترازي هذا
بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة لا قوله ولا فقه فيه وحده انتهى قلت لا بعد فيه
لان المسالة متفقة مع اختلاف التخريج وقال الكافي ويمكن ان يقع قوله لا يملك استينافه قول الكل لان الوكيل
بشرا شي بعينه لا يمكن شرايه لنفسه مثل ذلك الثمن في حال غيبته اي في حال غيبة الموكل فيملك به اذ في حال حضرة
الوكيل يملك م على مامر ش اشار به الى ما ذكر قبل صحفة بقوله م ولو وكله بشرا شي بعينه فليس له ان يشتريه
لنفسه بخلاف غير المعين ش اي بخلاف ما اذا كان العبد غير معين م وعلى ما ذكرنا لابي حنيفة ش اشار به الى دليل
ابي حنيفة قبل خطوط وهو قوله لانه موضع التهمة م ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون
فلان امره فان فلانا ياخذه ش هذا من مسايل الجامع الصغير قوله لفلان اي لاجل فلان يعني ان فلانا امرني ان
اشتري هذا العبد لاجله فباعه صاحب العبد ثم انكر الشرا من فلان بعد الشرا فقال لم يكن فلان امرني
بل اشتريته لنفسي فيعقد البيع للحال فان فلانا ياخذه م وله ولاية اجازته لان قوله السابق ش اي قول المشتري
السابق وهو قوله بعني هذا العبد اقرارا بالولاية عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق بعد ذلك لانه مناقض
ولا قول للمناقض م فان قال فلان لم امره لم يكن له ش على العبد سبيل م لان الاقرار ش اي لان الاقرار
م ارتد برده ش اي رد المقر له فاذا اعاد الي تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم
يصح له تصديقه ولزم الشرا للمشتري م قال ش الظاهر ان قايله محمد لان المسالة من مسايل الجامع الصغير م الا
ان يسلمه المشتري له ش استثنى من قوله لم يكن اي لم يكن له الا في صورة التسليم اليه واما في صورة التسليم
اليه لان فلانا لو قال امرت بعد قوله لم امره لم يعتبر ذلك بان يكون العبد للمشتري وقوله الا ان يسلمه المشتري
روي المشتري بكسر الراي وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون المفعول الثاني
محذوفا وهو اليه اي الا ان يسلمه الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا
ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل مضمر اي الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشتري له وهو فلان م
فيكون بيعا ش مبتدا م والعهدة عليه ش اي على فلان الامر العهدة اي عهدة الاخذ بتسليم الثمن
وقال الاترازي يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي كانت العهدة للاخذ للمشتري له انتهى قال فخر الدين وفخر
الاسلام البزدوي وهو المفهوم من كلام محمد م لانه ش اي لان الاخذ صار مشتريا بالتعاطي ثم اشتري
لغيره بغير امره حتى لزمه ش اي لزمه المشتري م ثم سلمه المشتري له ش بفتح الراي قال تاج الشريعة يكون
المشتري له عبارة عن الموكل يعني سلم المشتري العبد الى الموكل م ودلت المسالة ش اي المسالة المذكورة
على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن ش قال فخر الاسلام وغيره في شروح
الجامع الصغير ثبت بهذا بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء فقد ينعقد من جهة البيع والتمليك وان
كان احد بلا اعطا لعادة الناس م ويتحقق ش اي البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس ش يعني في خسيس
الاشيا ونفيسها لاستتمام التراضي وهو المعتبر م في الباب ش اي في باب البيع م ولما وجد التراضي
البيع في النفيس والخسيس خلافا لما يقوله الكرخي ان بيع التعاطي لا ينعقد الا في الاشيا الخسيسة م قال اي محمد في
الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى احدهما جاز ش اي جاز
شرا احدهما جاز لان التوكيل مطلق ش يعني عن قيد شرايهما متفرقين او مجتمعين م وقد لا يتفق الجمع بينهما
ش اي بين العبدين م في البيع الا فيما يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشرا م وهو لا يحمل الغبن الفا
حش م وهذا كله بالاجماع ش يعني الاصحاب وهو احتراز عما اذا وكل بالبيع م وان امره ان يشتريهما بالف
وقيمتهما سوا فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمايه او اقل جاز وان اشترى باكثر لا يلزم الامر لانه م اي لان
الامر قابل الالف بهما وقيمتهما سوا ش اي والحال ان قيمة العبدين سوا م فنقسم بينهما نصفين
دلالة ش اي من حيث الدلالة فيعمل بها عند عدم التصريح وعند وجوده يعمل به لقوته م فكان امرا بشرا كل واحد
بخمسمايه ثم الشرا بها ش اي بخمسمايه م موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر ش اي مخالفة الى شر

م فلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما ش اي قبل الاختصام لثبوت
الدلالة م استحسانا ش قيد به اذ في القياس لا ينفذ على الامر لانه صار مخالفا والشرا انما يتوقف فيقدر عليه وهو قياس
قول الايمة الثلاثة وجه الاستحسان هو قوله م لان شرا الاول قايم وقد حصل غرضه المصرح به ش اي غرض
الامر الذي صرح به م وهو تحصيل العبدين بالالف م وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها ش اي يفوق
الدلالة حاصل المعنى ان الانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جا الصريح وامكن العمل به بطلت الدلالة م وقال
ابو يوسف ومحمد انه اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله
الباقي جاز لان التوكيل مطلق ش يعني لعين قيد لحمايه م لكنه يتقيد بالمتعارف ش وهو فيما يتغابن فيه الناس م وهو
المتعارف ش اي المتعارف فيما يتغابن الناس فيه م ولكن لا بد ان يبقى من الالف بقيه ليشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض
الامر ش اي وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل ان المسالة لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة انما قال لم
يجز اذا زاد على الامر اذا اراد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها وابو يوسف ومحمد قال في الذي يتغابن الناس في مثله
ليلزم الامر اذا احملت على هذا الوجه لا يكون في المسالة اختلاف واحتمل في المسيلة اختلاف على قول ابي حنيفة
اذا زاد على الخمسمايه قليلا او كثيرا لا يجوز على الامر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير
م ومن له على اخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين البيع تعيين البايع ولو عين البايع يجوز
على ما نذكره ان شا الله تعالى ش اشارة الى ما ذكره بقوله بعد عشرة خطوط بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه
بالقبض م ولو امره ان يشتري بها ش اي بالالف التي على الاخر م عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه
الامر مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهو عند ابي حنيفة وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م هو ش اي
العبد لازم للامر ش في الوجهين وبه قال الشافعي واحمد م اذا قبضه المامور ش اي الوكيل وعلى هذا اي وعلى
هذا الخلاف م اذا امره باذنه ش اي اذا امر من عليه الدين م ان يسلم ما عليه ش اي بعقد عقد السلم م او يصرف ما
عليه ش اي او بعقد عقد الصرف من غير تعيين من يسلم اليه ومن يعقد عقد الصرف بان قال اسلم واصرف مالي عليك
انما كان على الاختلاف وان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى
ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس م لهما ش ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا
كان او عينا ش يعني لا يكون في الذمة ثم اوضح ذلك بقوله الا ان يؤدي انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين
بطل ش وجب مثله لان الدين فاذا لم يتعين دراهم الدين صار التقييد والاطلاق سوا وهو معنى قوله م فصار
الاطلاق ش بان قال بالف ولم يضفه الى ما عليه م والتقييد ش بان اضافه الى ما عليه م فيه ش اي في عقد مبايعة
العبد بالدين م سوا ش فاذا كان كذلك م فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده ش وصار كما لو قال تصدق
بما لي عليك من المساكين فانه يجوز وكذا الواجر حماما او دابة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او يشتري بالاجرة علف الدابة
فيتفق عليها تصادقه هنا احما لو كان البايع والمبيع متعينا م ولابي حنيفة رضي الله عنه انها اي ان الدراهم والدنانير
تتعين في الوكالات ش قال شيخ الاسلام تتعين بعد القبض وما قبل القبض لا يتعين بلا خلاف ذكره محمد في الزيادات
ثم اوضح ذلك بقوله م الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين بينهما اي بين الدراهم والدنانير م ثم استهلك ش اي الامر
الوكيل م العين او اسقط الدين ش اي الموكل اسقط الدين بان ابراه عن الدين بعد التوكيل بشرا العبد به م بطلت الوكالة
ش الا ترى ان الساطعي نقل في الاجناس عن الاصل الوكيل بالشرا اذا اقبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها
طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال الساطعي هذه
المسالة تدل على ان الدراهم والدنانير تتعينان في الوكالة م واذا تعينت ش اي الدراهم والدنانير في الوكالات هو
تتمة الدليل تقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله
بقبضه وذلك لا يجوز ش لعدم القدرة على التسليم م وذلك لا يجوز ش اي تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز م كما
اذا اشترى بدين على غير المشتري ش بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من اخر شيا بذلك الدين الذي له على عمرو
فانه لا يجوز م او يكون امرا ش عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين م او يكون امرا بصرف ما لا يملكه
الا بالقبض م وذلك باطل ش اي الامر بدفع ما ليس ما يملكه باطل وصار هذا م كما اذا قال اعط مالي عليك من شيت ش فانه
باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض اي من يختاره المدفوع بنفسه م بخلاف ما اذا عين البايع ش اي بخلاف
ما اذا عين الموكل عين البايع م لانه يصير وكيلا عنه في القبض ش يقبضها لنفسه لعدم الامكان ثم يتملكه ش اي ثم يملكه
البايع واعترض بانه لو اشترى شيا بدين على اخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض ولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز

ههنا لكونه بيعًا بشرط وهو اداء الثمن على الغير م بخلاف ما امره بالتصدق ش هذا جواب عن قياسهما على الامر بالتصدق
م لانه جعل المال لله عز وجل وهو معلوم م لانه لاخراج المال لله تعالى وهو معلوم م واذا لم يصح التوكيل ش هذا رجوع
الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشرا غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح م نفذ الشرا على المامور م فاذا هلك
عنده م يهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه لانعقاد البيع تعاطيا ش اي من حيث التعاطي يعني اذا قبضه الامر
العقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله **فائدة** الدراهم والدنانير لا يتعينان
في عقود المعاوضات عندنا خلافا لزفر والشافعي كما لا يتعينان اذا كانت عينا لا يتعينان اذا كانا دينا وطرا
اذا اشترى شيئا بدين له على البائع ثم تصادقا على ان لا دين له لا يبطل الشرا ووجب مثل ذلك الدين وذكر في
الزيادات ان الدراهم والدنانير يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والعمل
وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير اختلف مشايخنا في الدراهم والدنانير في الهبة
الاشارة اليهما هل يتعينان في العقود ام لا قال ابو طاهر الدباس انهما لا يتعينان وحكاه عن القاضي ابو حازم
وهو اكثر قول مشايخ بلخ ونسبه الشيخ ابو سهل السرخسي الى عامة المشايخ وقال الكرخي اذا اشار اليهما تعينت
ولكن مع هذا للمشتري ان يمنعها ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينهما وبين غيرها ونصر الشيخ ابو معين قول الكرخي
بانهما يتعينان في العقود جوازا لا وجوبا لم قال وعن اصحابنا روينا في الدراهم والدنانير في العقود الفاسدة
والمختار عدم التعين ثم اعلم ان عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير فانهما يتعينان جنسا
وقدرا ووصفا بالاتفاق وبه صرح الامام العتابي في شرح الجامع الصغير م قال ش اي محمد رحمه الله في الجامع
الصغير م ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور
اشتريتها بالف فالقول قول المامور ش الى هنا لفظ الجامع الصغير وقال المصنف رحمه الله م ومراده ش اي
مراد محمد م اذا كانت ش اي الجارية ش تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر
يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر م فالقول قوله اي قول المنكر مع يمينه م فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول
الامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر بيناول ما يساوي الفا فيضمن م قال ش اي محمد وان
لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة ش لانه امره ان يشتري جارية تساوي
الفا وقد خالف الى شر فيلزم المامور م وان كانت قيمتها الفا فمعناه ش اي معنى قول محمد ان الجارية للمامور
ش انهما يتحالفان لان الوكيل والموكل في هذا ش اي في هذا الفصل م ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع
الاختلاف في الثمن ويوجب التحالف ثم يفسخ العقد بينهما التقدير يجري بين الامر والمامور م قال ش اي محمد وان
امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق
البائع المامور ش اي صدق بائع العبد الوكيل فيما قاله م فالقول قول المامور مع يمينه ش وبه قالت الايمة الثلاثة
قيل لا تحالف بينهما ش وهو قول ابي جعفر الهندواني م لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر ش يعني
يجعل تصادقهما بمنزلة عقد انشا ولو انشا العقد يلزم الجارية للامر فكذا هنا م وفي المسالة الاولى ش ودليلها
سبقت الان م وهو ش اي البائع غايب فاعتبر الخلاف ش الذي كان بين الامر والمامور ووجب التحالف وهنا
البائع حاضر م وقيل يتحالفان ش وهو قول ابي منصور الماتريدي م كما ذكرنا ش اشار به الى قوله لانهما نزلا منزلة
البائع والمشتري م وقد ذكر ش اي محمد هذا جواب عما يقال المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه فالتحالف
مخالفه اجاب بقوله وقد ذكر محمد ش في الاصل م معظم يمين التحالف وهو يمين البائع ش لان البائع هو ان
الوكيل جعله معظم يمين التحالف لان يمين البائع مخصوص بصورة التحالف ولهذا المشتري لذلك لانه يجب عليه
بكل حال لكونه منكرا م والبائع بعد استيفا الثمن اجنبي ش هذا جواب عن قول ابي جعفر انه ارتفع الخلاف
بتصادقهما وتقرير الجواب ان البائع بعد استيفا الثمن اجنبي عنهما ش اي عن الوكيل والموكل وقبله اي وقبل استيفا
الثمن م اجنبي عن الوكيل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه ش اي الوكيل م فيبقى الخلاف ش اي بين الامر والما
مور والتحالف وقال المصنف م وهذا قول الامام ابو منصور الماتريدي م وهو ش اي قول ابي منصور الا
اي اصح وفي جامع قاضي خان قول ابي جعفر اصح وفي الكافي هو الصحيح وقال الامام المحبوبي في جامعه لكن هذا اذا لا
تصادقا على اليمين عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل امرتني بالشرا بالف وقال الامر بخمسمائة فالقول
للامر وبه قالت الثلاثة ويلزم العبد الوكيل دون الامر لان الامر يستفاد من جهته فكان القول له ولو اقاما
البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات والله اعلم بسم الله الرحمن الرحيم **فصل في التوكيل بشرا نفس**

العبد

٤٢٢

العبد اي هذا فصل في بيان حكم التوكيل بشرا نفس العبد والمصنف رحمه الله ذكر في هذا الفصل مسالتين اولهما
توكيل العبد رجلا ليشتريه من مولاه والثانية ان يوكل الرجل العبد ليشتريه من مولاه فالعبد في الاولى
موكل وفي الثانية وكيل وحمل الترجمة على طبق الوجهين مقتضى ان الالف واللام في التوكيل بدل من المضاف
اليه فالتقدير في الوجه الاول فصل في توكيل العبد رجلا ليشتريه لنفسه من مولاه وفي الوجه الثاني فصل
في توكيل الرجل العبد ليشتريه من مولاه وعلى التقدير من المصدر مضاف الى فاعله في الوجهين ولكنه يختلف لان
الفاعل في الاول عبد وفي الثاني رجل والمفعول محذوف في الوجهين ولكنه يختلف ايضا لان في الاول المفعول
هو الرجل وفي الثاني هو العبد والاكمل رحمه الله هو الرجل وفي الثاني هو العبد والاكمل رحمه الله يبني هنا
المصدر مضافا الى الفاعل والمفعول وليس كذلك والوجه قلناه م قال ش اي كما في الجامع الصغير م واذا قال
العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف درهم ودفعها اليه فان قال الرجل ش اي الوكيل م للمولى اشتريته
اي العبد م لنفسه ش اي لنفس العبد م فباعه على هذا ش اي في العبد على هذا الوجه م فهو حر ش اي العبد
صار حرا م والولا للمولى لان بيع نفس العبد منه ش اي من العبد م اعتاق وشرا العبد نفسه قبول الاعتاق
ببدل ش لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصار مجازا عن الاعتاق اذ البيع
ازالة ملك بعوض والاعتاق ازالة لا الى احد مجازا اي استعارة كذا قاله تاج الشريعة حاصل الكلام ان بيع
العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك الى
ان العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل م والمامور سفير عنه ش اي عن العبد حيث اضاف العقد الى موكله م واذا لا
رجع اليه الحقوق ش هذا تعليل لقوله سفير عنه اي لان حقوق العقد لا ترجع اليه فاذا كان كذلك فصار كانه ش
اي كان العبد م اشترى نفسه ش بنفسه م واذا كان اعتاقا اعقب الولا ش لان الولا للمعتق م وان لم يعين للمولى
ش اي وان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد م فهو عبد للمشتري ش اي يكون العبد للمشتري م لان اللفظ
ش اي قوله اشتريت عبدك بكذا م موضوع م حقيقة للمعاوضة ش لان المولى للاعتاق م وامكن العمل بها ش اي بحقيقة
اللفظ م اذا لم يبين ش اي اذا لم يقل اشتريت عبدك لاجل عبدك م فيحافظ عليها ش اي على تلك المعاوضة م بخلاف
شرا العبد نفسه حيث جعل للاعتاق لتعذر العمل بالمعاوضة فانه ليس باهل ان يملك مالا فيصار مجازا عن الاعتاق
ومعنى قوله م لان الجارية متعين ش والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض على احد والاعتاق
يزيله لا الى احد وقد مر الكلام فيه م واذا كانت معاوضة ثبت الملك له اي للمشتري م والالف للمولى لانه كسب
عبده وعلى المشتري الف مثله ش اي مثل ذلك الالف حال كونه مبيعا للعبد فانه ش اي فان الثمن م في ذمته
ش اي في ذمة المشتري حيث لم يصح الاداء ش المشتري هو المامور قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشرا للمشتري
واما اذا وقع الشرا للعبد حتى يعتق هل يجب على العبد الف اخرى قاله الامام قاضي خان لم يذكره في الكتاب
ولكن يجب عليه الف اخرى لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه م بخلاف الوكيل بشرا العبد من غيره ش
اي من غير العبد بان وكل اجنبي اجنبيا اخر بشرا العبد من مولاه حيث لا يشترط بيانه ش بان يقول وقت الشرا
اشتريه لموكلي لوقوع الشرا للموكل م لان العقد ش يعني الذي يقع له والذي للموكل م هنالك ش اي في حق البائع م
على نمط واحد ش اي على نوع واحد والنمط النوع والطريقة ايضا م وفي الحالين وهو المبايعة ش اي في حال الاضا
فة الى نفسه والاضافة ش اي الى موكله م المطالبة يتوجه نحو العاقد ش فلا يحتاج الى البيان م اما ههنا ش اي في صورة
توكيل العبد بشرا نفسه فان احدهما ش وفي بعض النسخ اما ههنا فاحدهما وان لفظه فان ش اي احدهما م اعتاق
معقب للولا ولا مطالبة فيه على الوكيل ش لانه سفير هذه رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال
على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا
ذكر في وكالة الجامع ولو بين للمولى ان يشتريه لنفسه لكن اضاف الشرا لنفسه ذكر محمد في باب الوكالة ان العبد
يعتق والثمن على العبد لا الوكيل وذكر في الجامع الكبير وجب الثمن على الوكيل ويرجع به على العبد وعن عيسى بن ابان
الصحيح ان الثمن على العبد م والمولى عساه لا يرضاه ش اي الاعتاق لانه لو عتق والمولى لا يعلم به يلزمه الضرر ولا
يرضى به لان ولاه يجوز به لموجب جنايته يكون ايضا عليه بحكم الولا فيتعذر تنفيذه على المولى وامكن تنفيذه على الوكيل
والاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل م والمولى عساه يرغب ش اي المولى عساه يرغب م في المعاوضة المحضة فلا بد من
البيان قوله عساه لا يرضاه حق الكلام ان يقال عساه ان لا يرضاه لان قوله لا يرضاه في محل النصب لبعض وللمذهب
عسى ثلاثة ويستعمل كما استعمل استعماله وذكر ضمير الغايب مقام الظاهر احد المذاهب الثلاثة كما عرف في موضعه قال

ق

ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسالة الثانية اللتين شملتا هذا الفصل م فقال ش اي العبد م لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل ش اي المولى ذلك م فهو ش اي العقد او العبد للآمر لان العبد يصلح ان يكون وكيلا عن غيره في شرا نفسه ش وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد وقال الشافعي في قول لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل م لانه ش اي لان العبد اجنبي عن ماليته لانها للمولاه وهذا لو اقر بماليته لغيره لا يصح م والبيع يرد عليه ش اي على العبد م من حيث انه مال فكان توكيله بشرايها كتوكيله بغيره من اموال المولى وكتوكيل اجنبي بشرا نفسه م الا ان ماليته في يده ش استثنا عن قوله اجنبي عن ماليته في يده لكونه ماذونا كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبائع حبسه لاستيفا الثمن م فاذا اضافه للآمر صلح فعله ش اي قبل العبد فتمم الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا نفسه لانه مال موكل من يصلح وكيلا عن غيره شرا مال اذا اضاف العبد الى الآمر صح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر م صلح فعله امتثالا فيقع الملك للآمر فيا ساعلى حر توكل بشي ونفعله وقوله فعله للآمر يشير الى ان الآمر للعقد يتم بقول المولى بعت وهو كما ذكر في الجامع فان اضافه العقد الى الوكيل مما يقبله للملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بنا على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما ياتي فانه اعتاق على مال معترد والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مستوفيا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل لمن المطالب بالثمن اجيب بانه من ذمة العبد لكونه المعاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق واجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشره يستدعي به صحة المباشرة وهو اذن م وان عقد لنفسه فهو حر ش يعني ان قال العبد بعني نفسي فقال المولى بعت فهو حر م لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة لانه علم ان البيع منه م والعبد وان كان وكيلا ش هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان لا يجوز بيعه لنفسه لانه وكيل بشرايه لا يتمكن من ان يشتريه لنفسه فينبغي ان لا يتمكن العبد من ذلك فاجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا بشرايه ولكنه اتى بجنس تصرف آخر ش وهو الاعتاق فكان مخالفا م وفي مثله ينفذ الشرا على الوكيل ش والتوكيل اذا خالف نفذ الشرا على الوكيل م وكذا اذا قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق ش وهو قوله بعني نفسي م يحتمل الوجهين ش اي يحتمل ان يكون مشتريا بنفسه لنفسه ويحتمل ان يكون مشتريا لغيره م فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ش لان الظاهر ان الانسان يتصرف لاجل نفسه لا سيما تصرفا يحصل به الاعتاق وقال الاكمل وهذا بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة لان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمه قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير معقولة ورضي المولى بذلك دلالة اشار بقوله وقد رضي المولى به دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ ورد لذلك الاحتمال والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ

م ٥ فصل في البيع ٥ ش

اي هذا فصل في بيان احكام التوكيل بالبيع ولما فرغ عن بيان احكام التوكيل بالشرا شرع في بيان التوكيل بالبيع واخر هذا الفصل عن بيان الفصل المتقدم لانه يتضمن الازالة وذاك يتضمن الاثبات وهو مقدم م قال ش اي القدوري م والوكيل بالبيع والشرا لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له ش يقبل به واجيه م مثل العبد م وقال ابو يوسف ومحمد يجوز بيعه في الاقارب التي لا تقبل شهادته لهم مثل القيمة وبه قال الشافعي واحمد ومالك وتخصيص قولها بمثل القيمة اشارة الى انه لا يجوز عندهما ايضا لان البيع من هولا كالبيع لنفسه بغبن يسير والاولى للتخصيص بمثل القيمة فايده ولكن ذكر في الذخيرة انه يجوز بيعه من هولا بالغبن اليسير لان اليسير مثل القيمة وقال فيها لو باع من هولا باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف وفي الغبن اليسير يجوز عندهما ولا يجوز عنده ومثل القيمة عن ابي حنيفة روايتان في رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه من هولا بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وبيعه منهم باكثر من القيمة وشراؤه منهم باقل من القيمة يجوز بلا خلاف ومثل القيمة يجوز عندهما وكذا عند ابي حنيفة باتفاق الروايات م الا من عبده او مكاتبه ش فانه لا يجوز عندهما ايضا لان البيع من هولا كالبيع من نفسه فلا يجوز وقيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه

ولا يبيعه منه ليبيعه من نفسه فلا يجوز وقيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه يجوز في بعض النسخ الوكيل بالبيع لا يجوز ان يبيعه من يبيعه عندنا والشافعي واحمد في ظاهر مذهبه وعن احمد في رواية يجوز وبه قال مالك والاوزاعي اذا لم يحابي لعدم التهمة قلنا لو جاز يودي الى الفساد في الاحكام فانه يكون مشتريا او مستقبا بعد تخاصمها في العيب ومخاصما وفيه من الفساد ما لا يخفى وفي المبسوط المراد من عدم الغبن في البيع من هولا عند ابي حنيفة في مطلق الوكالة اما لو قيد الوكالة بتعميم المشيه بان قال بع ممن شيت يجوز البيع من هولا بلا خلاف بيع من نفسه او من ابن صغيرله حيث لا يجوز فان قيل مشكل على قول ابي حنيفة بيع المضارب من هولا بمثل القيمة حيث يجوز اظهر الربح اولا والمضارب قبل ظهور الربح وكيل قلنا قال بعض مشايخنا عدم الجواز عنده مطلقا على ما اذا باعه بالغبن اما البيع بمثل القيمة لجايز في المضاربة من هولا م لان التوكيل مطلق ش اي على التقييد يستحق دون والمطلق يعمل باطلاقه م ولا تهمة ش اي في البيع بمثل القيمة هذا نفي التهمة من حيث المالية وقوله م اذ الاملاك متباينه والمنافع منقطعه لم يكن الوكيل مستعاضا لك العين فلا تورث التهمة والدليل على تغاير الاملاك حل وطي الابن لجاريته ولا يحل وطي جاريته ولا يحل وطي جارية ابيه لتباين ملك ابيه عن ملكه وتباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع م بخلاف العبد م فانه لا يجوز بيع الوكيل من عبده الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه م اي لان بيع الوكيل من عبده بيع من نفسه لان ما في يد العبد حق المولى ولهذا للمولى حق في كسب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده م فتقلب ش اي حق المولى حقيقة بالعجز ش اي بعجز المكاتب عن ادا بدل الكتابة م وله ش اي ولابي حنيفة ان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لان الوكالة شرعت للاعانة فيكون الموضع موضع الامانة فلو كانت التهمة داخلة فيها لعاد على موضوعه بالنقض م وهذا موضع التهمة ش التهمة ماخوذ من الوهم بالفتح اي ذهب يعني يذهب الوهم انه انما اجاب هذا البيع لنفسه فيكون عاملا لنفسه والوكيل يعمل لغيره م بدليل عدم قبول الشهادة فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال الآخر م ولان المنافع بينهم متصلة فصار ش اي بيع الوكيل من هولا م بيعا من نفسه من وجه ش فصار كان كل واحد بينهم كان صاحبه من وجه ولان البيع اخراج وادخال من الجانبين وفي البيع من هولا اخراج الى نفسه من وجه فلا يجوز م والاجارة والصرف على هذا الخلاف ش اي الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الوجه المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عري عنها البيع وكان يحتمل ان لا يجوز بيع هولا فتبين انهما على الاختلاف ايضا وفي الكافي لو اشترى من هولا عينا بثمن معلوم واراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده خلافا لهما بنا على هذا الاصل قال ش اي القدوري م والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة م لعب هذه المسالة بالبيع مطلقا بملك البيع بما عزوهان وباي من كان والى اجل كان متعارفا وغير متعارف م وقالا لا يجوز بنقصان لا يتغابن الناس فيه ش اي قاله ابو يوسف ومحمد لا يجوز بغبن فاحش ويجوز بالغبن اليسير م ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير ش اي لا يجوز بغير النقود وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز بثمن المثل وبنقد البلد فان كانت النقود مختلفة فبما لا غلب ولا يبيع الا حالا وان استويا باع بما هو انفع للموكل وفي الذخيرة اذا باع باجل متعارف فيما بين الناس في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة وما اشبه ذلك لعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز ثم قال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد اما اذا كان لا يجوز وذلك نحو ان يقول بعه واقض ديني او قال بعه فان الغرما يلازمونني او قال بعه فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة اتفاقا م لان المطلق يتقيد بالمتعارف ش اي لان الامر متقيد بما هو متعارف بين الناس م ولان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف بثمن المثل وبالنقود ولهذا ش اي ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها يتقيد التوكيل بشرا اللحم وفي بعض النسخ بشرا الفحم وهو الذي لغرار قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم م يكون المتيقن لاعيا ما جمد من الماء والاضحية بزمان الحاجة ش في تلك السنة لا السنة الآتية الحاصل ان التوكيل بشرا الفحم يتقيد بايام البرد والجمد بايام الصيف والاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر م ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ش وهو ظاهر م وهبة من وجه ش الا ترى انه لو باع المريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث والامات والوصي لا يملكها بالغبن الفاحش م وكذا المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه م اي بالبيع بالعرض م والوكيل بالبيع لا بالشرا م فلا يتناوله ش اي فلا يتناول التوكيل بالبيع في البيع بغبن فاحش وهو بيع المقايضة مطلق لاسم البيع ش ولان المطلق ينصرف الى الكامل م ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق ش يعني غير مقيد بشي م فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة ش فيتناوله كلما يطلق عليه البيع والمبيع بالغين ش بالغبن الفاحش والبيع الموجل م والغبن ش بالغبن الفاحش ويكون

البا اخر الحروف وهو العرض وهذا جواب عن قولهما يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن والعرض
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين من تبرم به اذا سئمه ولذلك يبيعه مالكه وعند
السآمة من العين لا يبالي بقلة الثمن وكثرته والمسايل ش اي مسايل شرا الفحم والجمد والاضحية ممنوعة على قول
ابي حنيفة على ما هو المروي عنه ش ويقال من جهة ابي حنيفة ولئن سلمنا شرا الفحم دفع ضرر البرد وذلك مختص
بالشتا والعرض من شرا الجمد دفع ضرر الحر وذلك مختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد الوكيل
ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين وغيرهم وتربص الجمد كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد بها قال الامام
... في طريقه الخلاف ولذلك طريقه التوكيل في الاضحية يتقيد بايام النحر بالعرض لا بالعادة لان عرضه
خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة م وانه ش اي وان البيع بالغبن او العين بيع من كل
وجه حتى ان من حلف ان لا يبيع يحنث به ش اي بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة
كذلك م غير ان الاب والوصي لا يملكانه اي البيع بالغبن م مع انه بيع ش يعني يطلق عليه م انه بيع م لا ...
بنظريه ش اي لان ولاية الاب والوصي على الصغير من حيث النظر في امرهما بالشفقة وايصال النفع اليه م ولا نظر
فيه ش اي في بيع الغبن م والمقايضة ش جواب عن قولهما ولهذا المقايضة وتقرير الجواب ان المقايضة م بيع شرا من كل
وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما م وهو مبادلة المال بالمال عن وجه التراضي وكلما صدق عليه
الحد فهو بيع من كل وجه وشرا من كل وجه فان قيل من المحال ان يوصف بصفة وبضدها في حالة واحدة قلنا انما
محالا اذا كان ذلك من جهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه وشرا بالنسبة الى عرض
خادمه فان قيل اذا كان الامر كذلك فمن اي وجه رجح ابو حنيفة جانب جانب البيع قلنا ذكر في المبسوط جانب البيع
على جانب الشرا في البيع بالعرض الا ترى ان احد المضاربين اذا اشترى بغير اذن صاحبه شيا من مال المضاربة
يتوقف على اجازة صاحبه فانه باعه بعرض قال ش اي العبد الضعيف م والوكيل بالشرا يجوز عقده بمثل القيمة
ويتغابن في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فيه ش وهو الغبن الفاحش ولا خلاف فيه للائمة الاربعة م لان
التهمة فيه متحققة ش اي في هذا الشرا تتحقق التهمة فيه والتهمة معتبرة في باب الوكالة الا ترى ان الوكيل بالبيع لا يبيع
من ابيه وابنه للتهمة ولعله ش اي ولعل الوكيل م اشتراه ش اي اشترى الشي الذي وكل به م لنفسه ش اي ...
نفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره ش اي بغير نفسه لانه لما راى الخسران في الشرا الحقه بالموكل م على ما مر ش اشارة
الى ما ذكر في المعنى قبل ورقة بقوله لانه موضع تهمة فان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر
م حتى لو كان وكيلا بشرا شي بعينه قالوا ش اي قال المشايخ واراد به عامة المشايخ قال بعضهم قال يحتمل فيه الغبن اليسير
لا الفاحش وقال لا يحتمل اليسير فيه ايضا م ينفذ على الامر ش لانتفا التهمة لانه لا يملك شراءه لنفسه
لان الوكيل لا يملك ان يشتريه لنفسه وان يودي الشرا لنفسه او صرح بذلك بان قال اشهدوا اني قد اشتريته
لنفسي الا اذا خالف في الثمن الى الشر او خالف الى جنس اخر على ما مر مرة و قال ــــــ الشيخ الامام
خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشرا بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد فاما
ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشرا على ذلك لا يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت فانه
يوقع التهمة وبه يفتى م وكذا الوكيل بالنكاح ش اي على الخلاف المذكور م اذا زوجه ش اي موكله م امراة
من مهر مثلها جاز عنده ش اي عند ابي حنيفة ووقع في بعض النسخ جاز والظاهر انه تصحيف وان كان له م لانه لا بد
من الاضافة ش اي من العقد م الى الموكل في العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان قال ش اي القدوري م والذي
لا يتغابن في مثله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ش لما ذكر الغبن اليسير والفاحش شرع يبين كيفيتهما فقال والذي
الى اخره وقوله والذي مبتدا وخبره هو قوله ما لا يدخل ومفاده ان ما يتغابن فيه م وقال الطحاوي في مختصره
والمقدار الذي يتغابن الناس نصف العشر واقل منه وهذا غير منصوص عنهم ولكن مذاهبهم تدل عليه وقال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال
ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير م في العروض ده نيم ش ده بفتح الدال المهملة وسكون الهاء
اسم عشرة بالفارسي ونيم بكسر النون وسكون الياء اخر الحروف وفي اخره ميم وهو اسم للنصف والمراد ها هنا
نصف درهم م وفي الحيوانات ده يازده ش وهذا اسم لاحد عشر ويازده بالياء اخر الحروف بعدها الف
ثم زاي ساكنة ثم دال مهملة مفتوحة ثم ها ساكنة م وفي العقارات ده دوازده ش وهذا اسم لاثني عشر
ودوازده بضم الدال المهملة وبالواو وسكون النون بعد الالف وسكون الزاي والفا الساكنين بعدها

مغتفر كثير

مغتفر كثير وبعد الزاي دال مهملة مفتوحة ثم ها ساكنة و قال الامام الزاهدي محمد رحمه الله قدر في هذا الكتاب
ده نيم يعني في الجامع الكبير ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القاسم ابن شعيب ابن ادريس
حكي عنهم انهم قدروا اليسير في العقار ده دوازده وفي الحيوان ده يازده وفي العروض ده نيم لان
التصرف يكثر وجوده في الاول ش وهو قوله في العروض م ده نيم ويقل في الاخير ش وهو قوله وفي العقارات
ده دوازده م ويتوسط في الاوسط ش وهو قوله في الحيوانات وكثرة الغبن بقلة التصرف م واوضح ذلك الشيخ
الاكمل فقال فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر وان زاد عليه ذلك لزم الموكل والتقدير على
هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص من كثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته وفي
القسم الاول الكثرة وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمه فجعل اصلا
والدراهم مال محسوس لاجله تقدر لا يتسامح في المماكسة فلم يعتبر فيما لزم يسيرا او النصف من النصفة فكان يسيرا
وضوعف بعد ذلك بحسب الوقائع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه
م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة ش يعني اذا وكل رجلا
رجل ببيع عبده اي مطلقا وانما وضع المسالة في العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف
ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح م لان اللفظ يطلق عن
قيد الافتراق والاجتماع ش يجري على اطلاقه واستوضح بقوله م الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده
ش اي عند ابي حنيفة قيد بقوله عنده فلانه لا يجوز عندهما لانه غبن فاحش وبه قال الشافعي واحمد فان قيل
انما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركة اما في بيع النصف بنصف الثمن يلزم الشركة وهي عيب في الاعيان
فلا تحالفه الى الغير قلنا ضرر الشركة اهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فلما جاز ذلك على قوله فلان يجوز هذا
وهو اهون اولى م وقالا لا يجوز لانه غير متعارف ش لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف
م لما فيه من ضرر الشركة ش اي لما في النصف من ضرر الشركة لا برضا عيب م الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما
الى الوكيل والموكل م لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق
فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة ش اي الى الامتثال م واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة
فلا يجوز وهذا ش اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الاخر قبل الخصومة م استحسان عندهما ش اي عند ابي
يوسف ومحمد لان القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف و قال ــــ الفقيه ابو الليث رحمه الله
في شرح الجامع الصغير وفي قولهما يكون الشرا لنفسه في الاحوال كلها وفي شرح الطحاوي ولو اختصم الوكيل
مع الموكل الى القاضي قبل ان يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك
يلزم الوكيل بالاجماع وكذلك هذا الحكم في جميع الاشيا التي في تبعيضها مضرة ويكون التبعيض فيه كالعبد
والامة والدابة والثوب وما اشبه ذلك والذي ليس فيه تبعيض عيبا فاشترى بعضه لزم الامر وقد مر هذا في
... ولو وكله بشرا عبدين فاشترى له احدهما لزم الامر بالاجماع وكذا لو وكله بشرا جماعة من العدديات فاشترى
واحدا منها لزم الامر م واذا وكله ش وفي بعض النسخ وان وكله اي وان وكل رجل رجلا م بشرا عبد فاشترى نصفه
فالشرا موقوف ش بالاتفاق وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية لا ينفذ على الامر م فان اشترى باقيه لزم
الموكل لان شرا البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال م بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرايه شقصا شقصا ش
الشقص القطعة من الارض والطايفة من الشي فاذا اشترى شقصا شقصا حتى اشترى الباقي كان وسيلة الى
تحصيل مقصود الامر فجاز واليه اشار بقوله م فاذا اشترى الباقي قبل رد الامر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على
الامر ش لانه يصير كانه اشترى جملة ثم الحق به م وهذا بالاتفاق ش لانه لما اشترى باقيه ارتفع الخلاف وقال
القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال ابو يوسف اذا وكل رجل رجلا ان يشتري له عبدا فاشترى نصفه جاز
عتق الامر فيه ولم يجز عتق الوكيل وقال محمد يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل م والفرق لابي حنيفة ش اي بين
البيع والشرا م ان في الشرا تتحقق التهمة ش لان صحة الامر بالشرا بتسمية العبد ونصف العبد فليس بعبد فلا
يصير به ممتثلا امر الامر واما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين وذلك موجود في البعض فيعتبر فيه
الاطلاق وتحقيق الكلام فيه ان ابا حنيفة يعتبر العموم والاطلاق في البيع في التوكيل بالبيع واما في التوكيل بالشرا
فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سوا م على ما مر ش اشارة الى قوله الذي تقدم لان
التهمة فيه متحققة م واخر ش اي فرق اخر بين البيع والشرا م الامر في البيع ش اي في صورة التوكيل بالبيع م يصادف

ملكه ش اي ملك الآمر م فيصح ش اي امره لولايته على ملكه م فيعتبر فيه اطلاقه ش اي اطلاق الامر لجواز بيع الامر
لان الامر وقع مطلقا على الجمع والتفريق والامر بالشرا ش اي الامر بالتوكيل في الشرا م صادف ملك الغير ش اي
مال البايع فلم يصح ش اي الامر مقصودا الا انه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم
لما ثبت ضرورة فلا يعتبر فيه الاطلاق والتقييد م فلم يجز شرا البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر
الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شرا الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشرا البعض
الا اذا اشترى البعض قبل ان يختصما على ما مر م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه
وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه ش اي على البايع م بعيب لا يحدث مثله ش اي كالاصبع الزايدة
والسن الشاغية م بقضا القاضي ش اي الرد بقضا القاضي م اما ببينة قامت على المامور او بابا يمين اي
او القضا فيكون المامور عن اليمين عند توجهها اليه م او باقراره ش اي او القضا باقرار المامور بالعيب فانه
ش اي فان المامور يرده العبد م على الآمر ش من غير خصومه اذ الرد على الوكيل رد على المامور م لان القاضي تيقن
بحدوث العيب في يد البايع ش فان قيل اذا كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه بلا حاجة الى قضا القاضي لما
ذكره اجيب بانه انما يحتاج الى صورة الاقرار الى القضا لانه يمكن ان يقر بالعيب ويمتنع عن القبول فالقاضي
يجبره على القبول م فلم يكن قضاؤه مستندا ش هذا جواب عما يقال لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف
القضا الى هذه الحجج بل يقضي بدونها لعلمه قطعا بوجود العيب عند البايع تقرير الجواب بان يقال لم يكن
مستندا م الى هذه الحجج ش وهي البينة والاقرار والابا عن اليمين م وتاويل اشتراطها في الكتاب ش اي
اشتراط الحجج المذكوره في الجامع الصغير م ومن امر رجلا ببيع عبده ان القاضي يعلم انه ش اي ان العيب
المذكور م لا يحدث مثله في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ ش
هذا ان محمدا اشترط في الجامع الصغير البينة او الابا او الاقرار لاشتباه الامر على القاضي بان العيب لا يحدث
اولا او يعلم القاضي يقينا ان مثل هذا العيب لا يحدث وهذا بيان لما ذكره المصنف رحمه الله م او كان
ش او كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبا لا يعرفه الا النسا ش كالعيب في الفرج والمرض
او الاطبا ش او عيبا لا يعرفه الا الاطبا ش كالسعال القديم م وقولهن وقول الطبيب حجة في
توجه الخصومه ش للمشتري م لا في الرد ش اي ليس حجة في رد البيع على البايع فاذا كان كذلك م يفتقر ش
اي القاضي اليها ش اي الى الحجج المذكوره وهي البينة والاقرار والابا حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان
ظاهرا لا يحتاج الى شي منها ش اي من الحجج المذكوره م وهو ش اي الرد على الوكيل م رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل
الى رد وخصومة ولذلك ش اي الرد على الوكيل رد على الموكل م اي رده عليه ش اي ان رد المشتري المبيع
على البايع م بعيب ش اي بسبب عيب م يحدث مثله اي مثل هذا العيب ببينة ش يتعلق بقوله ان رده م
او باباء يمين ش اي او بابا النكول عن النكول م لان الحجة مطلقة ش اي مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها
قيام العيب عند الموكل م والوكيل مضطرا في النكول ش قال الكاكي هذا جواب عن قوله ذكره
المبسوط تعذر قوله لو رده بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم المشتري الثاني
رده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم المشتري الثاني
رده على المشتري الاول وتقرير الجواب ان الوكيل مضطر ش في هذا م النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار
عدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر ش تقريره انما اضطر الى ذلك لعمل باشره الآمر يعني لم يباشر احوال العبد
فلا يعرف بعيب ملك الغير والآمر هو الذي اوقعه فيه فكان الرد عليه ردا على الموكل بخلاف ما اذا اقر لانه
مختار فيه لا مضطر وبخلاف المشتري فانه مضطر في النكول ولكن بعمل باشره لنفسه فلا يرجع على غيره كذا
في المبسوط وقال تاج الشريعة اذا كان الرد على البينة فظاهر واذا كان بالنكول ففيه نوع
اشكال لانه جعل النكول هنا بمنزلة البينة وفي فصل الاستحقاق بمنزلة الاقرار الا ترى ان من اشترى عبدا
فادعى رجل انه عبده واستحلف المشتري فنكل يقضي القاضي بنكوله فالمشتري لا يرجع بالثمن كما اقر به المشتري
والجواب هو الفرق بين المسالتين ان في مسيلة الشرا سبق من المشتري ما يطلق له اليمين لكون المبيع ملكه
لان الشرا من اسباب الملك فلم يكن مضطرا في النكول فاعتبر نكوله باقراره واما في حق الوكيل فلم يسبق
منه ما يطلق منه اليمين فكان مضطرا في النكول كما هو مضطر عند اقامة البينة فيعتبر نكوله بالبينة في هذا الامر
م قال ش اي محمد م فان كان ذلك ش اي العيب م باقرار لزم المامور ش وهو الوكيل م لان الاقرار حجة قاصرة

ش

ش لا يظهر الا في حق المقر دون غيره م وهو غير مضطر اليه ش اي الى الاقرار م لامكانه السكوت او النكول ش حتى يقضى
عليه اليمين ويقضى بالنكول م الا ان له ش اي غير ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او نكوله ش اي نكول الموكل
لان الرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار حيث الفسخ فكان له ان يخاصمه ومن حيث
القصور لا يلزمه وهذه فايده الحاجة الى القضا مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة
حينئذ الى قضا القاضي لانه يقبله لا محالة م بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضا والعيب يحدث مثله حيث لا يكون
له ان يخاصم بايعه ش قال الاترازي كان ينبغي ان يخاصم موكله او يقول امره وكان ينبغي ايضا ان يقول مكان
ولد والبايع ثالثهما والموكل ثالثهما او الآمر ثالثهما لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببايع اشتمل قبل
غير البايع عن قوله يخاصم آمره لان البيع لما انتقل الى الموكل وتعذر عليه ما مر فقد حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه
بيع جديد في حق ثالث والبايع ثالثهما ش وهو الموكل او الآمر م والرد بالقضا فسخ ش هذا جواب عن سوال وهو ان يقال
ينبغي ان لا يكون له حق الخصومة مع الموكل اذ قد جعل الرد ش باقرار الوكيل فكان بيعا جديدا في حق الكل وتقرير الجواب
ان الرد بقضا القاضي م فسخ لعموم ولاية القاضي م على الوكيل والموكل فلا يحتمل ان يكون عقدا مبتدا العقد التراضي
ان القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخا م غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة ش يعني دليل قاصر فعملنا بهما م من حيث
الفسخ م اي من حيث ان الرد بالقضا فسخ م وكان له ش اي للوكيل م ان يخاصم ش الموكل م ومن حيث القصور ش اي من
حيث ان الاقرار حجة قاصرة م لا يلزم الموكل الا بحجة ش وهي اقامة البينة على الموكل م ولو كان العيب لا يحدث
مثله والرد بغير قضا باقرار يلزم الموكل من غير خصومة في رواية ش وهي رواية كتاب البيوع م لان الرد متعين
ش في هذا الآن الخصمين فعلا م ما يفعله القاضي فاذا كان الرد متعينا صار تسليم الخصم كتسليم القاضي ش
كتسليم الشفعة وقضا الدين والرجوع في الهبة م وفي عامة الروايات ش اي من المبسوط م ليس له ان يخاصم
لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث م والحق في وصف السلامة ش جواب من قال ان الرد متعين
فكان الاصل المطالبة بوصف السلامة م ثم ينتقل الى الرد ش لضرورة العجز م ثم الى الرجوع ش اي ثم ينتقل
ش الى الرجوع بالنقصان ش وهي حصة العيب م فلم يتعين الرد ش وفيما ذكر من المسايل المذكوره م في الكفاية
ش اسم الكتاب الفه المصنف م وما طول من هذا ش اي من الذي بينا ههنا م قال ش اي محمد في الجامع الصغير
م ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسية وقال المامور امرتني ببيعه ولم يقل شيئا فالقول
قول الآمر ش وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية وعن مالك ان كانت السلعة قايمة فالقول للموكل وان
كانت هالكة فالقول للوكيل وعن احمد في رواية القول للوكيل م لان الامر يستفاد من جهته ش اي من جهة
الآمر ولا دلالة على الاطلاق ش اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين
والامر يستفاد من جهته فكان القول قوله كما لو انكر اصل الوكالة م وان اختلف في ذلك ش اي في النقد
والنسية م المضارب ورب المال ش بان قال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم
تعين شيئا فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم م والاطلاق الا ترى انه يملك التصرف
بذكر لفظة المضاربة ش وثبت الاذن عاما فقامت دلالة الاطلاق ش وليس كالوكيل لان الوكالة عقد خاص
م بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع من البز والمضارب من نوع آخر ش اي وادعى المضارب
المضاربة في نوع آخر من البز حيث يكون رب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الوكالة المحضة
ش وفي الوكالة المحضة القول للآمر كما مر م ثم يطلق ش اي الوجه من الجانبين تقدم في مسيلة الوكيل بالبيع
والوجه هو ان ابا حنيفة يعمل بالاطلاق وهما بالمتعارف م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن امر رجلا
ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه ش اي على الكفيل م على
الاصيل ش قيل المراد من الكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقال ولا ضمان عليه ش اي [illegible] انتي
الوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف لان الحوالة تتضمن ابرا الاصيل والوكيل لا يملك ذلك
عنده وقيل لا بل على حقيقتها والتوى يتحقق في الكفالة بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا وفي جامع
المحبوبي التوى على الكفيل بان يموت مفلسا وفي الكفالة التوى على الكفيل بان رفع الامر الى قاض
يرى برائة الاصيل بنفس الكفيل لما هو مذهب مالك م لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها
ش اي من الحقوق م والكفالة توثق به ش اي بالثمن م والارتهان وثيقة لجانب الاستيفا ش ولو استوفى
الثمن وهلك عنده لم يضمن م فيملكهما ش اي فيملك الوكيل الكفالة والرهن م بخلاف الوكيل بقبض الدين ش اذا

احدرهنا او كفيلا فانه لا يجوز م لانه يفعل بنيابة ش حتى يملك عزله عن القبض بعد صح قبضه م وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ش لا بنيابة وهذا ش اي ولاجل كون الوكيل بالبيع يقبض اصالة له ش لا بنيابة م وهذا ش اي ولاجل كون الوكيل بالبيع يقبض اصالة له م لا يملك الموكل حجره ش اي حجر الوكيل م عنه ش اي عن قبض الثمن عندنا وقالت الائمة الثلاثة يملك والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

م فصل ش

اي هذا فصل في بيان وكالة الاثنين ووجه تاخيره عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا قيل لم يكن للذكر الفصل كثير حاجة واجيب بانه ذكر هنا شيئا اخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة م واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر ش وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا ش اي عدم جواز تصرف احدهما بدون الاخر ش في تصرف يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك ش قال الطحاوي في مختصره واذا وكل الرجل رجلين ببيع عبدا وبتزويج امراة او بخلع امراته منه على مال او بعتق عبد على مال او بمكاتبة ففعل ذلك احدهما دون الاخر لم يجز الا ان يجيزه الاخر فيجوز وان وكلها بعتق عبده بغير مال او بطلاق امراته بغير مال ففعل ذلك احدهما دون الاخر جاز وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا لم يفعله الا لا يجوز حتى يجيزه الموكل او الوكيل الاخر وفي المبسوط هذا الذي ذكره فيما اذا وكلهما بكلام واحد فاما اذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما ان يتصرف بدون الاخر لانه اذا وكلهما بكلامين فقد رضي براي احدهما دون الاخر اذا اوصى كل واحد منهما بكلام واحد حيث لم ينفرد احدهما بالتصرف في اصح القولين وفي شرح الاقطع اما الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد الا في اشيا معروفة وعند ابي يوسف لكل واحد منهما التصرف على حدة وتلك الاشيا المعروفة سبعة شرا الكفن وقضا الدين من العين وتنفيذ الوصية في عين ورد الوديعة وشرا الطعام والكسوة للصغير والخصومة وقبول الهدية لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ش حتى لو باع احدهما والاخر حاضر لا يجوز الا ان يجيز الاخر حاضرا كان او غائبا فان جاز لم يجز للاخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للاخر ان يتصرف لانه ما رضي براي احدهما م والبدل وان كان مقدرا ش هذا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فلا احتياج الى الراي فيجوز ان يتصرف احدهما وتقرير الجواب ان البدل وهو الثمن وان كان قدره الموكل م ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة ش بان يزداد الثمن عند اجتماع الرايين لذكا احدهما ومعرفته التامة م واختيار المشتري ش اي وفي اختيار الذي يشتري ما وكلا به لان من المشترين من يماطل في اداء الثمن فيختار الاخر من لا يماطل وقال محمد في الاصل ولو كان الموكل سمى لهم ثمنا فباع احدهما به لم يجز وان باعا جميعا بالثمن فهو جائز وان لم يسم لهما ثمنا فباعا جميعا بثمن نسيئة فان ابا حنيفة كان يقول هو جائز وان باعا بالعرض شيا يساوي الغا وقال ابو يوسف ومحمد اذا احطا من الثمن م ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز وقال ابو حنيفة وكلما ان يشتريا له شيا فزاد على مثله ما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يلزمه وقال البيع والشرا في ذلك مختلف في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هما سواء لا يجوز على الامر الا ما يتغابن الناس في مثله م قال م اي القدوري م الا ان يوكلهما في الخصومة م هذا استثنا من قوله ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد احدهما بالتصرف وقال زفر لا يجوز الانفراد فيها ايضا وبه قال الشافعي واحمد لانه يحتاج فيها الى الراي وراي الاثنين لا يكون كراي واحد وقال المصنف رحمه الله م ولان الاجتماع فيها ش اي في الخصومة م متعذر للافضا الى الشغب ش بفتح الشين المعجمة وسكون الغين المعجمة تهييج الشر م في مجلس القضا ش لان فيه ذهاب مهابة مجلس القضا م والراي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة ش هذا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة تحتاج فيها الى الراي والموكل رضي برايهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرايين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومة عند الجمهور واطلاق محمد يدل على هذا وقيل يشترط م وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الوكالة بالخصومة لاحدهما ان يخاصم الا انه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض احدهما حتى يجتمعا لان الخصومة

مما لا ينافي فيها اثنان والقبض مما ينافي فيه الاجتماع م قال ش اي القدوري م او بطلاق زوجته بغير عوض ش هذا عطف على قوله المستثنى وهو قوله بالخصومة اي او يوكلهما بطلاق زوجته بغير مال فلاحدهما ان يطلق خلافا للشافعي واحمد وقد ذكرنا عن الطحاوي انه اذا وكلهما بطلاق امراته على مال ففعل ذلك احدهما لا يجوز وعند الشافعي واحمد الرد كالقبض وقال محمد في الاصل لو وكلهما بقبض وديعة وقبضها احدهما بغير اذن صاحبه يضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد فان قيل ينبغي ان يضمن النصف اذا قبض مع صاحبه وبدونه لا او بقضاء دين عليه ش اي او وكلهما بقضاء دين عليه فلاحدهما ان يقضيه وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير لا ينفرد احد الوكيلين الا في اربعة اذا وكلهما بالطلاق والثاني اذا وكلهما بالعتاق والثالث اذا وكلهما برد الوديعة او عارية او غصب عليه لرجل والرابع اذا وكلهما بالخصومة لان هذه الاشيا وهي الطلاق بلا عوض والعتاق بلا عوض ورد الوديعة وقضاء الدين م لا يحتاج فيها ش اي في هذه الاشيا م الى الراي بل هي ش اي بل الوكالة في هذه الاشيا وفي بعض النسخ بل هو اي التوكيل م تعبير محض ش يعني تعبير كلام الموكل وعبارة المثنى ش اي الاثنين م والواحد ش اي وعبارة الواحد م سواء ش لا اختلاف فيه وهذا ش اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما ش اي للوكيلين طلقاها ان شئتما او قال امرها ش اي امر امراته م بايديكما فلا يجوز انفراد احدهما في هذا لانه تفويض الى رايهما ش واوضح ذلك بقوله م الا ترى انه تمليك ش اي قوله طلقاها او امرها بايديكما تمليك يقتصر على المجلس ش واذا كان تمليكا لا يجوز لاحدهما التصرف بغير اذن صاحبه قيل ينبغي ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الاخر لان بايقاع النصف تقع تطليقة واحدة فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع م ولانه ش اي ولان الامر بقوله طلقاها ان شئتما م علق الطلاق بفعلهما ش اي بفعل المامورين وهو التطليق م فاعتبره بدخولهما ش اي بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فلذا ههنا بيانه لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فلذا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قد ضبط الاترازي قوله فاعتبره على صورة الامر من الاعتبار وكذا ضبط شيخنا العلامة تب هذه على الحاشية اي اعتبر الفعلين بتطليقها بالفعلين بدخولها م قال ش اي القدوري م وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به ش لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل م وهذا ش اي عدم جواز توكيل الوكيل م لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الاراء ش فلا يكون راضيا بغيره م قال ش اي القدوري م الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضى ش المسالة على ثلاثة اوجه الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضى ش المسالة على ثلاثة اوجه احدها ان يوكله ولم ياذن له ولم ينهه عن التوكيل فليس له ان يوكل غيره عندنا واحمد وقال الشافعي ومالك الا ان كان الوكيل ممن لا يلي ذلك بنفسه عادة فليس له ان يوكل عنه وان كان يعجز عنه او ممن لم يباشر ذلك بالفعل بنفسه لرفاهته له ان يوكل وبه قال احمد في رواية الوجه الثاني ان ياذن له في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف م او يقول له ش اي للوكيل م اعمل برايك فله التوكيل عندنا واحمد وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في احد الوجهين لاطلاق التفويض الى رايه ش وذلك يدل على تسارعه مع غيره م واذا جاز من هذا الوجه ش يعني في قوله اعمل برايك م يكون الثاني وكيلا للموكل م حتى لا يملك الاول ش اي الوكيل الاول م عزله ش اي عزل الوكيل الذي وكله ولا ينعزل بموته اي ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الاول وبه قال الشافعي في قول واحمد وقال في الاصح ينعزل بعزله وبموته وله بموت الاول ولا لان م وينعزل ان ش اي وكل الاول عزله ش اي عزل الوكيل الذي وكله ولا ينعزل بموته اي ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الاول والوكيل الثاني م بموت الاول ش اي الموكل الاول م وقد مر نظيره في ادب القاضي ش وهو ما ذكره ان نصل قبل مات الخليفة لا يعزله وليس للقاضي ان يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه ذلك الا ان قال جاز كما في الوكالة م قال ش اي القدوري م فان وكل ش اي الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز ش اي بحضرة الوكيل الاول جاز التوكيل لان المقصود حضور راي الاول وقد حضر ش فيجوز استحسانا وقال زفر لا يجوز وبه قال الشافعي واحمد كما في حال غيبته وقال ابن ابي ليلى يجوز بيع الوكيل الثاني بحضرة الاول وبغير حضرته م وتكلموا ش اي قال المشايخ م في حقوقه ش اي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز لكن في حقوق العقد كلام قال بعضهم يرجع الى الاول لان الموكل رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني لذا نقل في الفتاوي الصغرى عن فتاوي البقالي وقال بعضهم

شيا

ترجع الى الثاني لان العقد وهو السبب وجد من الثاني واليه ذهب ابو الليث في حيل العيون م وان عقد
في حال غيبته ش اي في حال غيبة الوكيل الاول م لم يجز لانه فات رايه الا اذا بلغه فاجازه م جاز م وكذا
لو باع غير الوكيل ش يعني اذا باع الاجنبي فبلغه ش اي فبلغ الوكيل م فاجاز ش بعد بلوغ الخبر م لانه حضر
رايه ش باجازته م ولو قدر الاول ش اي الوكيل الاول م الثمن للثاني ش اي للوكيل الثاني الذي وكله بغير
موكله بان قال له بعه بكذا م فباعه الثاني بالثمن الذي قدره الوكيل الاول وهو معنى قوله م فعقد
الثاني بغيبته ش اي بغيبة الاول م يجوز ش في رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وفي رواية كتاب الوكالة
لا يجوز لان تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة فربما لا يزيد الاول على هذا الثمن لو كان مباشر
للبيع لدرايته وهدايته وجه كتاب الرهن ان المقصود حصل بحضور رايه م لان الراي يحتاج اليه فيه
اي في العقد م لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل ش اي تقدير الثمن م وانما قال ظاهرا احترازا عن المسالة
التي يذكرها الان عقيب المسالة التي ذكرها وهي قوله م بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن ش فانه
لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار م لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة
واختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن على ما بينا ش اشارة الى قوله في المسالة المتقدمة
والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة م اما اذا لم يقدر الثمن وفوض
الى الاول ش اي فوض الموكل الاول الى الوكيل الاول م كان غرضه ش اي غرض الموكل الاول م رأي الوكيل
اي راي الوكيل الاول م في معظم الامر وهو التقدير في الثمن ش وهذا لان المقصود من البياعات
الاسترباح وذلك انما يكون بالبيع بمقدار من كان مصلحته في تحصيل زيادة الربح ولم يحصل ذلك
بتقدير الوكيل الاول ثمن البيع ودرايته بما يطلب هذا م قال ش اي محمد في الجامع الصغير واذا زوج
العبد او المكاتب او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة ش او باع اي او باع واحد منهم م او اشترى لها
ش اي للصغيرة المذكورة م لم يجز ش يعني تصرفهم في مالها بالبيع والشرا ولكن قوله او باع او اشترى
لها لما كان يحتمل وجهين احدهما ان يشتري لها شيئا بمال نفسه والاخر ان يشتري لها بمالها قال المصنف
معناه التصرف في مالها ش وهو بيعهم وشراؤهم لها بمالها وهو المراد هنا من الوجه الثاني ش اي معنى
قول محمد لم يجز في الجامع الصغير لان الرق م في العبد والمكاتب م والكفر ش في الذمي يقطعان الولاية
اما العبد فلانه لا ولاية له على نفسه وعلى غيره بالطريق الاولى واما المكاتب فانه عبد ما بقي عليه
واما الذمي فلقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ثم اوضح ذلك بقوله م الا يرى ان المرقوق
لا يملك نكاح نفسه فكيف يملك نكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه
ش اي شهادة الكافر على المسلم م ولان هذه ش اي ولان هذه الولاية م ولاية نظرية ش نظرا للصغار
والصغار يعجزهم م فلا بد من التفويض ش اي تفويض امرهم م الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر
بالقدرة والشفقة والرق يزيل القدرة قال تعالى عبدا مملوكا م لا يقدر على شيء م والكفر يقطع الشفقة
على المسلم فلا تفوض اليهما ش اي الى العبد والكافر قالوا ش اي ابو يوسف ومحمد وفي بعض النسخ م
قال وقال ابو يوسف ومحمد م المرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك ش اي نفوذهما على المسلم لا يجوز
حص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشرا نافذ
قبل قتله على ردته عندهما بناء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع م لان الحربي العاقل من الذي
لان الذمي من اهل دارنا م فاولى ش اي الحربي م اولى سلب الولاية ش لانها اذا لم تثبت للذمي فان
لا يثبت للحربي وهذا لا يجوز شهادة الحربي على الذمي م واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما
ش اي عند ابي يوسف ومحمد م لكنه موقوف على ولده وماله ولده بالاجماع لانها نظرية وذلك ش
الولاية النظرية تنشا ولم يذكروا بان استعمال ذلك مشترك م باتفاق الملة وهي ش اي الملة م مترددة
نحو ثقة معد ومه في الحال لكنها مرجو منها الوجود لانه محمود عليه فيجب التوقف ثم تستقر جهة الانقطاع
اي انقطاع الولاية م اذا قتل على الردة فيبطل ش اي تصرف المرتد م وبالاسلام يجعل كانه لم يزل
مسلما فيصح ش اي تصرفه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

م باب الوكالة بالخصومة والقبض ش

اي هذا باب في بيان الوكالة بالخصومة والقبض ولما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا
فتفشلوا استحق بابها التاخير عما ليس بمهجور م قال ش اي قال القدوري في مختصره م الوكيل بالخصومة وكيل
بالقبض ش اطلق القدوري كلامه ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين وهو وكيل بالقبض فيهما عند علمائنا بيا
الثلاثة وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافا لزفر وقال في الواقعات
الوكيل بالخصومة او بالتقاضي ليس له ان يقبض الدين في زماننا لان الخيانة ظهرت فيما بين الناس وهو
اختيار مشايخ بلخ خصوصا في الوكلا على باب القاضي وبه اخذ الفقيه ابو الليث م خلافا لزفر ش فانه يقول لا يكون
وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك وفي وجه عند الشافعي انه يملك هو قولنا م هو ش اي
زفر يقول انه ش اي لان الموكل م رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ش لان الخصومة لاظهار الحق
ويختار فيها اصلح الناس ولا يقبض من الناس من يصلح بالخصومة لا يرضى بامانته عادة وهو معنى قوله ولم
يرض به عادة وهو معنى قوله م ولم يرض به ش اي بالقبض م ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة
وانتهاؤها بالقبض لان الخصومة قائمة ما لم يقبض والفتوى على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلا وقد
يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض ش وبه افتى الصدر الشهيد م ونظيره ش اي نظير هذا الوكيل م
الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه ش اي لان التقاضي في معنى القبض وضعا
ش اي من حيث الوضع في اللغة يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته واستقضيته واقتضيت
منه حتى طلبت قضاءه اي اخذته ذكره في الاساس وقال الاترازي لانه في معناه وضعا اي لان التقاضي
في معنى القبض فيه نظر لانه قال في المغرب تقاضيته ديني م اي اخذته ذكرناه قلت لم يرد وجه
الظرفية لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض م الا ان العرف بخلافه ش اي بخلاف
الوضع فان الانسان لا يفهمون المعنى الموضوع بل من التقاضي يفهمون منه المطالبة م وهو قاضي ش اي العرف
حاكم وراجح م على الوضع ش لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون
المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية فان قلت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند
ابي حنيفة رضي الله عنه قلت ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه انما الكلام في ان الفتوى اصل الرواية
وعلى العرف في ظهور الخيانة في الوكلا قالوا على العرف فلا يملك القبض م واليه اشار بقوله م والفتوى
على ان لا يملك ش يعني ان الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض بالاتفاق لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك
لفساد الزمان م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م فانه كان ش اي الرجلان م وكيلين بالخصومة لا يقبضان
الا معا ش اي لا يقبضان الدين الا مجتمعين لانه ش اي الموكل م رضي بامانتهما لا بامانة احدهما
واجتماعهما ممكن ش اي اجتماع الوكيلين في القبض ممكن فانهما يصيران قابضين بالتخلية م بخلاف الخصومة
فان اجتماعهما عليها غير ممكن م على ما مر ش في اول الفصل المتقدم عند قوله فاذا وكل وكيلين فليس لاحدهما
ان يتصرف فيما وكل به دون الاخر الا ان توكلهما بالخصومة و قال لا الكل على ما مر انه يفضي الى الشغب
في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته وعند زفر ليس للوكيل بالخصومة اي بقبض الدين وقد مر م والوكيل بقبض
الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة ش وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية م حتى لو اقيمت ش
اي على الوكيل م عليه البينة على استيفاء الموكل وابرائه يقبل عنده ش اي عند ابي حنيفة م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد
م لا يكون ش اي الوكيل بقبض الدين م خصما وهو ش اي قولهما م رواية الحسن عن ابي حنيفة ش وبه قال
الشافعي في الاصح واحمد وظاهر الرواية م لان القبض غير الخصومة ش فلا يكون وكيلا بها م وليس كل من يؤتمن على
المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضا بالقبض رضى بها ش اي بالخصومة م ولابي حنيفة انه وكله بالتملك ش اي ان
الوكيل بقبض الدين وكله بالتملك والتمليك لانه توكيل بتمكن المقبوض بمقابلة ما في الذمة قصاصا م لان
الديون تقضى بامثالها لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور لانه وصف ثابت في الذمة م الا انه ش
جعل قال الاترازي بدل من الدين قلت هو نابه ش اي غير انه جعل استيفاء عينه من وجه بدليل ان رب
الدين يجبر على القبض فلو كان تمليكا محضا ليس فيه معنى استيفاء لم يجبر على القبض ولذا اذا ظفر بجنس حقه
حل له التناول م فاشبه الوكيل باخذ الشفعة معنى انه خصم فكذا هذا م والرجوع في الهبة ش بالجر
عطف على قوله باخذ الشفعة يعني اذا وكل وكيلا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى اذا اراد الرجوع فاقام
الموهوب له البينة ان الواهب اخذ العوض يقبل بينته م والوكيل بالشرا بالجر يعني ايضا لو اقام احد الركنين

بينة على الوكيل ان موكله احل بقبضه تقبل بينته لانه خصم والقسمة م بالرد ايضا يعني احد الشريكين وكل رجلا
بان يقاسم شريكه فاراد الوكيل المقاسمة واقام الشريك الاخر البينة اي الموكل قد قبضه تقبل بينته لان
الوكيل خصم لان في القسمة معنى التمليك م والرد بالعيب بالرد ايضا يعني ان المشتري اذا وكل وكيلا برد المشتري بسبب
العيب فاقام البايع البينة ان المشتري رضي بذلك قبلت بينته م وهذه ش اي مسالة الوكيل م اشبه باخذ
الشفعة م وفي بعض ش وهذا اي التوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة في المسائل الثلاث الاخر م حتى يكون
ش اي الوكيل م خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل القبض هنالك ش اي من اخذ الشفعة والوكيل بالشرا لا يكون
خصما قبل مباشرة الشرا وهذا اشارة الى مطلع بلية ابي حنيفة بقوله انه وكله بالتملك يعني انه لما وكل الوكيل
بالقبض بالتملك كان فيه معنى المبادلة وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا ش من التسليم والتسليم والرد بالعيب
م وهو ش اي الوكيل م اصيل فيها ش اي في الحقوق م فيكون خصما فيها ش اي في الحقوق م قال ش اي محمد م والوكيل
بقبض العين يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة ش لكونه يقبض عين الموكل
من كل وجه فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي في يده العبد البينة ان الموكل
باعه ش اي العبد م وقف الامر حتى يحضر الغايب ش اي الامر م وهذا استحسان والقياس ان يدفع ش اي العبد
م الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم ش لان الوكيل بقبض الوديعة ليس بخصم فلم تعتبر ش اي بينة ذي اليد
في قطع يد الوكيل م حتى يحضر الغايب تعاد البينة على البيع وصار ش هذا م كما اذا اقام ش اي ذو اليد م البينة
على ان الموكل عزله عن ذلك ش اي عن القبض م فانها ش اي فان البينة م تقبل في قصر يده ش اي يد الوكيل
فكذا هذا ش اي فكذا حكم المسالة المذكورة م قال ش اي محمد م وكذلك العتاق والطلاق ش اي وكالمذكور
حكم العتاق والطلاق والمصنف يذكر الان صورتهما م وغير ذلك ش كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من
الموكل واقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل معناه ش اي معنى قول
محمد في العتاق والطلاق م واذا اقامت البينة على الطلاق على ان زوجها طلقها م والعبد ش اي واذا اقام
العبد م والامة ش اي اذا قامت البينة م على العتاق على الوكيل بنقلهم ش اي بنقل المراة والعبد والامة
تقبل ش اي البينة م في قصر يده حتى يحضر الغايب استحسانا فاذا حضر الغايب تعاد عليه البينة على العتاق
والطلاق لان هذه البينة اشتملت على معنيين اثبات العتق وابطال حق الوكيل فتقبل بينته على الحاضر
دون الغايب ويوخذ من العبد كفيل نظرا للغايب م دون القبض والطلاق ش اي لا تقبل في حق العتق والطلاق
على الغايب فتقبل في القصر دون غيره م قال ش اي القدوري م واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي
جاز اقراره عليه ش طلق الاقرار والوكيل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه لان جواز الاقرار على الموكل لا
يتفاوت بين ان يكون موكله مدعيا او مدعى عليه سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل
المدعي م سواء بعين بقبض الموكل المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله م ولا يجوز عند
غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج من الوكالة م فلا يدفع اليه المال لزعمه باستقاحته في الاخذ
وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين ش اي
في مجلس القاضي وغيره وبه قال مالك واحمد وابن ابي ليلى م وهو ش اي قول زفر قول ابي يوسف اولا م وهو
ش اي قول زفر هو القياس لانه ش اي لان الوكيل مامور بالخصومة وهي ش اي الخصومة م منازعة ش لان
اسم الكلام يجري بين اثنين على المنازعة والمشاجرة م والاقرار يضاده ش اي يضاد ما امرته من الخصومة م لانه
ش اي لان الاقرار م مسالمة ش لانه يجري على مسالمة والموافقة فكان خلاف ما امرته م والامر بالشي لا يتناول
ضده ولهذا ش اي ولاجل عدم تناول الامر بالشي ضده م لا يملك ش اي الوكيل بالخصومة م الصلح والابرا ش لاجل
المضادة لان الصلح حط البعض والوكيل مامور باستيفا الكل والابرا اسقاط وهو مامور بالاستيفا م ويصح ش
هذا جواب سوال يرد على قول زفر لان التوكيل بالخصومة اذا لم يتناول الاقرار كيف يصح استثناؤه فقال ويصح
اي التوكيل م اذا استثنى الاقرار ش بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر علي فانه لو الوكيل لم يصح اقراره
لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناول بطل الاستثنا وصح الاقرار لان الخصومة شي واحد
والاستثنا من شي واحد لا يجوز لانه يلزم استيفا الاقرار لان الخصومة شي واحد والاستيفا من شي واحد
لا يجوز لانه يلزم استيفا الكل من الكل ولذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ش قال في النهاية
في مسالة مبتداة خلا فيرد بردها على وجه الاستثنا دعين لو وكله بالجواب مطلقا لتوافقا على هذا الخلاف

كذا في الملتقطات البرهانية فعنده هو يتقيد بجواب هو خصومة اذ العادة جرت في التوكيل وهذا اي ولاجل
هذا م يختار فيها ش اي في الخصومة اي في التوكيل بها الاهدي فالاهدي ش اي من كان اكثر هداية في طرق الخصومة
في الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية وجه الاستحسان ان التوكيل المذكور م صحيح قطعا ش اي ثابت من كل وجه
بلا شبهة الاجماع وصحته بما بينا وله قطعا ش اي بما يملك الوكيل من مطلق الجواب من حيث القطع لان التوكيل في
غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح م وذلك يطلق بالجواب ش اي الذي يملكه مطلق الجواب ومطلق
الجواب يتناول الانكار والاقرار جميعا فكان الانكار يصح من حيث انه جواب فكذا يصح اقراره من حيث انه جواب
دون احدهما م يعني لا يملك احدهما وهو الاقرار والانكار معينا لانه ربما يكون الجواب باحدهما معينا حراما لانه لو كان
حقه محقا لا يملك الانكار شرعا ولو كان مبطلا يكون حقه في الانكار لا غير فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يجوز التوكيل
به قطعا فيصح من وجه دون وجه فحملناه على المجاز وهو الجواب م مطلقا تحريا بالصحة قطعا وطريق المجاز موجود ش
اي بين الخصومة ومطلق الجواب لان الخصومة سبب للجواب واطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز
م على ما نبينه ش اشارة الى ذكره عند قوله هما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة ثم يصرف اليه ش اي
الى مطلق الجواب م تحريا للصحة قطعا ش اي للتحري لصحة كلامه من حيث القطع لان كلام العاقل يصان عن الالغا
ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف لا يصح ش هذا جواب عن مستشهد زفر ووجهه لا نسلم صحة الاستثنا بل لا يصح
على قول ابي يوسف لانه لا يملكه ش اي لان الوكيل لا يملك الاستثنا لان ملكه يلزم منه الانكار عينا وذلك لا يحل
له ذلك كما مر وعن محمد انه يصح ش اي ان استثنا الاقرار يصح م لان التنصيص ش اي لانه لما نص على الانكار دبا
استثنا الاقرار صير زيادة دلالة على ملكه اياه ش اي على ملك الموكل اياه فيملك التوكيل به فيملك الوكيل وعند
الاطلاق ش اي عند اطلاق التوكيل بالخصومة في غير استثنا الاقرار م يحمل على الاولى ش اي على ما هو الادنى
وهو مطلق الجواب وعنه ش اي وعن محمد م انه فصل بين الطالب والمطلوب بان قال بصحته بين وكيل المدعي
وعدمها من وكيل المدعى عليه ولم يصححه في الثاني ش اي لم يصحح محمد استثنا الاقرار في المطلوب لكونه مجبورا
عليه ش اي لكون المطلوب مجبورا على ترك الانكار م وخير الطالب فيه م لكونه مجبورا عليه ش اي لكون المطلوب
مجبورا على ترك الانكار م وخير الطالب فيه ش اي خير بين الاقرار والانكار فيكون الاستثنا مفيدا وفي
التتمة عن محمد انه يصح الاستثنا من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني المدعي لما كان مخيرا
بين الاقرار والانكار فاد الاستيفا فايدة في حقه اما من المطلوب لا يصح استثنا الاقرار لانه يعتقد ذلك لان
المدعي لما صح دعواه والمطلوب مضطر ومجبور على الاقرار لعرض اليمين عليه فيكون مجبورا عليه فبعد ذلك
يقول ابو يوسف ش هذا شروع في بيان الحاجة مع ابي يوسف بعد فراغ الحاجة مع زفر م ان الوكيل قائم
مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه ش لا يختص بمجلس القاضي لانه موجب بنفسه وانما
يختص بمجلس القضا ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضا وهما ش اي ابو حنيفة ومحمد يقولان ان التوكيل يتناول
جوابا يسمى خصومة حقيقة كالانكار م او مجازا كالاقرار في مجلس القضا تقريره ان توكيله انصرف الى مطلق
الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون
خصومة مجازا الا في مجلس القضا فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة ولا ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة
مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضا فلا اقرار خصومة مجازا في غيره والاقرار في مجلس
القضا خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجازة القضا وهو مجاز لغوي لانه لا يصلح
ان يكون مجازا شرعيا م او لانه ش او لان الخصومة على تاويل الخصومة وفي بعض النسخ اولانها م سبب له
ش اي للاقرار والمجوز السببية وهو مجوز شرعي لان الجواب تارة يكون بلا وتارة يكون بنعم فبيانه ان
الخصومة سبب للاقرار بالواسطة والاطلاق اسم السبب على السبب مجاز لان الظاهر اثباته بالمستحق
ش فيكون الخصومة سبب له حيث افضى اليه ظاهر م وهو ش اي المستحق هو الجواب في مجلس القضا فيختص
به ش اي يختص جواب الخصومة بمجلس القضا وقال الاكمل ولو قال لان الواجب عليه اثباته بالمستحق بدل
لان الظاهر كان اوفى تادية للمقصود م لكن اذا اقيمت البينة ش هذا استدراك من قوله فيختص به
وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الجواب ان لا يكون معتبرا
ولا يخرج به عن الوكالة ولكن اذا اقيمت عليه البينة م انه اقر في مجلس غير القضا يخرج من الوكالة حتى
لا يومر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا ش في كلامه ولو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار

وبما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا فالة في الكافي م فصار ش اي الوكيل المقر في غير مجلس القضا
كالاب والوصي اذا اقرا في مجلس القضا فلا يصح ولا يدفع المال اليهما ش اي الى الاب والوصي نيابة الاب او الوصي
ثم جا بعد ذلك المال لا يدفع المال اليهما لانهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال باقرارهما على الصبي
فلذلك هنا لما صح الوكيل من الوكالة بالاقرار في غير مجلس القضا لا يدفع المال اليه م قال ش اي قال محمد في
الجامع الصغير م ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا ش اي
قبل براءة الكفيل وبعدها لان الوكيل من عمل لغيره ولو صححناها ش اي الوكالة م لصار عاملا لنفسه في ابراء ذمته
ش لان قبضه يقوم مقام الموكل م وبقبضه براءة ذمة الكفيل بلا قبض وكذا قالوا في شرح الجامع الصغير
نظيره ما ذكر في المبادرات ان المولى اذا اعتق عبده المأذون المديون ضمن قيمته والعبد يطالب بجميع الدين فلو كان
المولى كفيل عنه فان وكل المولى بقبض الدين من العبد كان باطلا لان المولى يقبض الدين من العبد كان عاملا لنفسه
فلا يصح وكلا م عن غيره ولان قبول قوله ش دليل اخر اي قبول قول الوكيل م يلازم للوكالة ش يعني الوكالة
تلزم قبول قوله لكونه امينا ولو صححناها ش اي الوكالة ش انتفا اللازم وهو قبول قوله م لكونه مبرئا لنفسه
ش اي الموكل م فانعدام اللازم ش اي لا ذمة الموكل وهي قبول الوكيل لان اللزوم ينتفي بانتفا اللازم ونظيره
ش اي نظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبده المديون او في بعض النسخ وهو نظير م عبد مديون اعتقه مولاه
حتى ضمن قيمته ش اي قيمة العبد سوا كان موسرا او معسرا م للغرما ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب
ش اي فلو وكل المولى الطالب م بقبض المال من العبد كان باطلا ش اي كان التوكيل باطلا م لما بيناه ش وهو انه يصير
عاملا لبقيته لانه بقية وفي شرح الطحاوي المولى اذا اعتق عبده المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه الغرما
بالخيار ان شاوا اتبعوا العبد بالدين وان شاوا اتبعوا المولى بالدين من قيمته ومن الدين سوا كان عالما بالدين
او لم يكن بخلاف الجناية فان العبد اذا جنى فاعتقه المولى ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفدا وان كان غير
عالم يلزمه سوى الا قدر القيمة لا غيرا وفي باب الدين تلزمه القيمة وان كان
عالما بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما انقطع حقه عن الاخر م قال ش اي القدوري
م ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه ش وفي بعض النسخ بتسليم المال
اليه اي الدين وبه قال المزني وقال الشافعي واحمد لم يومر بالتسليم بالتصديق لا في الدين ولا في الوديعة
اللاتي يقيم الوكيل بينة على وكالته فحينئذ يومر بالتسليم في الدين والوديعة وعندنا في الوديعة لم يومر
بالتسليم بالتصديق م لانه اقرار على نفسه ش وهو استحقاق القبض م وليس فيه ابطال حق الغائب بل اقراره
على نفسه م لان ما يقبضه خالص ماله ش اي خالص مال المديون فيجوز اقراره عليه لان المديون يقضي بامثاله
في اداه المديون مثل مال رب المال لا عينه فكان تصديقه اقرار على نفسه ومن اقر على نفسه بشي امر بتسليمه
الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه ش فيها م والا دفع الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفا حيث انكر
الوكالة فالقول في ذلك قوله ش اي القول في انكار الوكالة قول رب الدين م مع يمينه ش وبه قالت الثلاثة
وعند الشافعي له الرجوع على القابض وبقولنا قال مالك واحمد والشافعي في الاصح م فيفسد الاداء ويرجع به
على الوكيل ان كان باقيا في يده ش عرضه ش اي غرض المديون م في الدفع براءة ذمته ولم يحصل ش اي براءة
الذمة م فله ان ينقض قبضه ش اي والمديون ان ينقض قبض الوكيل اي قبض الوكيل م وان كان ضاع في يده ش
اي وان كان ضاع المال في يد الوكيل م لم يرجع عليه ش اي لم يرجع المديون على الوكيل م لانه ش اي لان
المديون م بتصديقه ش اي بتصديق الوكيل م اعترف انه ش اي ان الوكيل م محق في القبض وهو ش اي المديون م
مظلوم في هذا الاخذ ش اي اخذ رب الدين ثانيا م والمظلوم ش اي المديون م لا يظلم غيره م فلا ياخذ من الوكيل
بعد الهلاك لان الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعد ما هلك المدفوع والاخذ منه ظلم وفي الذخيرة
والمبسوط المسالة على اوجه اما ان يصدق الغريم وكالته او لا فان صدقه ولم يدفع المال اجبر على الا
دا خلافا لابن ابي ليلى والشافعي واحمد وان انكر وكالته واراد الوكيل استحلافه لعدم وكالته استحلف
فان حلف بري وان نكل يقضى عليه بالمال للوكيل وذكر الخصاف الحلف المطلوب على الوكالة عند ابي حنيفة
وعندهما يحلف على العلم ولو اقر الغريم بالوكالة وانكر الدين فعند ابي حنيفة يستحلف المطلوب وعندهما
لا يستحلف قال ش اي محمد او المصنف م الا ان يكون ضمنه عند الدفع ش هذا استثنا القيمة من قوله
وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه ش اي الا ان يضمن المطلوب الوكيل عند دفع المال اليه بان يقول

احمل

احمل في الوكالة ولكن لا امن ان يجحد الطالب اذا احضر فاضمن لي ما تقبضه الطالب مني ثانيا وهذا
ضمان صحيح م لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه ش اي على رب الدين م في زعمهما ش اي في زعم الوكيل
والغريم وهذه الكفالة اضيفت الى حالة القبض ش اي قبض رب الدين ثانيا م فاذا كان كذلك
فيصح ش اي الكفالة بمنزلة الكفالة بما ذاب ش اي بما ثبت ووجب م له على فلان ش معناه بما يذوب
لفلان على فلان وهذا ماض اريد به المستقبل وقد مر في الكفالة م ولو كان الغريم لم
يصدقه على الوكالة ولم يكذبه فيها بل سكت م ودفعه اليه على ادعائه ش اي على دعوى الوكيل
لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجا الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا
اداه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر ش اي جواز الرجوع في
في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاولين وهو التصديق مع التضمين
والسكوت لانه اذا لم يصدقه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب
منه حق الرجوع على الغاصب لما قلنا ش اشارة الى قوله دفع اليه على رجا الاجازة فاذا
انقطع رجاؤه رجع عليه م ولو في الوجوه كلها م وهي الاربعة المذكورة وهي الدفع مع
التصديق والتضمين والدفع بلا تصديق ولا تكذيب والدفع مع التكذيب م ليس له ش
اي للغريم م ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودي جاز حقا للغائب اما
ظاهرا ش اي في حالة التصادق او حال ظهور العدالة في الوكيل لان الوكيل اذا كان عدلا
كان صادقا ظاهرا او احتمالا ش اي في حال كون الوكيل فاسقا او مستورا لاحتمال
الصدق م فصار ش اي حكم هذا م كما اذا دفعه ش اي الدين الذي عليه م الى فضولي
ش الذي لا له تعلق في الوسط م على رجا الاجازة ش من المالك م لم يملك الاسترداد
لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه
لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردودة قال ش اي القدوري م ومن قال اني
وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يومر بالتسليم اليه لانه اقرار بمال الغير ش
وهو لا يملك ذلك م بخلاف الدين ش اي بخلاف ما اذا صدق الوكيل بقبض الدين حيث يومر
بالتسليم اليه لانه اقرار في خالص ماله م على ما مر ش اي المديون يقضي بامثالها فكان اقراره
اقرار على نفسه بحق المطالبة والقبض ثم اذا احذ الوكيل الوديعة فجا الغائب فصدقه
في الوكالة برئ جميعا وان انكر الوكالة وحلف م على ذلك فله ان يضمن المودع
فاذا ضمنه فان كانت العين قائمة في يد الوكيل رجع به المودع على الوكيل فان ضاعت
في يده فللمودع ان يرجع على وجوه احدها ان يدفع اليه المودع مع التصديق بلا تضمين
فلا رجوع له والثاني ان يدفع بالتصديق وشرط الضمان فله الرجوع والثالث ان يدفع مع
التكذيب فاذا ضمنه الغائب فله الرجوع على الوكيل والرابع ان يدفع بلا تصديق ولا تكذيب
فاذا ضمن الغاصب فله الرجوع ايضا م فلو ادعى ذكر هذا التفريعا على مسئلة القدوري اي فلو
ادعى من قال اني وكيل انه ش اي ان فلانا م مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له
ش اي لابن الميت م ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه ش اي الى الذي قال
انه مات ابوه م لانه لا يبقى ماله بعد موته ش ماله بالنصب وفي النهاية هكذا معربا
اعراب شيخي على تاويل الحال كما في كلمته فاه الى في اي مشافها وقال الاترازي لا يبقى ماله
بالنصب ثم قال مثل ما قال صاحب النهاية قال الاكمل اي انه ضعيف لان الحال
مقيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة ش اي كلمته في حال المشافهة
والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعلا لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته
لانتقاله الى الوارث والصواب الرفع على ما قاله الاكمل وقد قال ابن الحاجب وهو ان في شرط
الحال ان يكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتاويل ولو قال صاحب
النهاية ومن تبعه في انه نصب على الحال لانه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد
موته متمولا لا في اوجه م لعدم التعارض ش اي الذي ادعى الوكالة والمودع م على انه ش اي الـ

الذي قال انه و دينه م مال الوارث ش فلا بد من الدفع اليه م ولو ادعى انه اشترى
الوديعة من صاحبها وصدقه المودع ش فيما قاله م لا يومر بالدفع اليه لانه ش اي
لان المودع بكسر الدال م مادام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله ش اي من
اهل الملك م فلا يصدق في دعوى البيع عليه ش اي على رب المال م قال ش اي محمد في الجامع
الصغير م وان وكله بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
فانه يدفع اليه المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه ش اي دعوى
الغريم م فلا يوخر الحق ش اي تحليف رب الدين م ويتبع ش اي الغريم م رب
المال فيستحلفه رعاية لجانبه ش اي لجانب الغريم وهو المديون م ولا يستحلف الوكيل لانه
نايب ش لان النيابة لا تجري في الايمان م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وان وكله
ش اي بسبب عيب م في جارية فادعى البايع رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري
م بخلاف مسالة الدين م بانه يتدارك ما يتضمنه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله ش اي عند
نكول رب الدين م اليمين على انه لم يستوف الدين م وفي الثانية ش اي وفي المسالة
الثانية التدارك م غير ممكن لان القضا بالفسخ ماض في الصحة وان ظهر الخطا ش اي لان
قضا القاضي بالفسخ والعقد بالشهادة الباطلة ينفذ ظاهرا وباطنا م عند ابي حنيفة
ان يثبت فيما ش والمراد بالنفاذ ظاهرا بينا ومن نفاذه باطنا ان يثبت بينه وبين
البايع م ولا يستحلف المشتري بعد ذلك ش اي بعد نكول الموكل م عنده ش
اي عند ابي حنيفة م لانه ش اي لان الاستحلاف م لا يفيد ش يعني متى بعد قضا القاضي
ظاهرا وباطنا لا يكون للبايع ان يستحلف المشتري اذا حضر في الرضى لانه
لا فايدة في استحلافه لان فايدته ان ينكل فيظهر انه كان راضيا بالعيب والحق
الفسخ لم يكن ثابتا للمشتري وان نكل القاضي اخطا في قضايه بعد الفسخ ولكن عند
ظهور الخطا في القضا بالفسخ لا يبطل قضاوه بالفسخ عنده م فاما عندهما ش اي عند
ابي يوسف ومحمد م يجب ان يتحد الجواب في الفصلين ش يعني في قضا الدين وفصل الرد
بالعيب م فلا يوخر ش اي فلا يوخر القضا بالرد م لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضا
لان قضا القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطا القضا عند نكول
المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يوخر الى التحليف م وقيل الاصح عند ابي يوسف
يوخر ش اي الرد م في الفصلين ش اي فصل الدين وفصل العيب م لانه ش اي لان ابا يوسف
يعتبر النظر ش للبايع م حتى يستحلف المشتري ش قوله يستحلف بالرفع لان حتى ابتدائية يعني
انه حتى يستحلف المشتري نظرا للبايع ادعى البايع رضى المشتري امر لا وهو معنى قوله م لو كان حاضرا
من غير دعوى البايع لان من مذهب ابي يوسف ان القاضي يرد البيع على البايع اذا كان المشتري
حاضرا واراد الرد لم يستحلفه القاضي بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البايع فاذا كان
المشتري لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضايه على البطلان ونظرا للبايع والمديون نظرا
روايتان في روايه تقل قول محمد وفي روايه يوخر فيهما اعتبارا للنظر م فينتظر للنظر ش اذا
المشتري غايبا م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن دفع الى رجل عشره دراهم لينفقها على
اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة ش اي العشرة التي انفقها من ماله مقابلة العشرة
التي اخذها من الموكل م لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا والحكم فيه كما ذكرناه ش اي الحكم
الوكيل بالشرا ان يرجع على الموكل بما ادى م وقد قررناه ش اي في باب الوكالة بالبيع
والشرا عند قوله واذا دفع الوكيل بالشرا من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل م هذا
لذلك ش اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بالشرا انما يحتاج اليه الاهل
قد يضطر الى شرا شي يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة لانه لا يمكن ان يعين
دراهم الموكل في الاجل اي كلما يحتاج ان يودي ثمنه من ماله لنفسه فكان في الوكيل بذلك حرج
الاستبدال م وقيل هذا استحسانا وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا ش فيما انفق

ماله ورد الدراهم الماخوذة من الموكل عليها وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين
في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالات فاذا انفق من مال نفسه ٥
للانفاق بغير امره فيكون متبرعا م وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين ش هو
ان يدفع الديون الى رجل الغا ويوكله بقضا دينه بها م فدفع الوكيل غير ذلك
من مال نفسه قضا عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المامور ان يحبس الالف
التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس متبرع على ما نذكره الان
في قوله م لانه ليس بشرا ش لانه دليل القياس لانه لما لم يكن قضا الدين شرا لم يكن الامر راضيا
بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمنا دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا م
واما الانفاق بنظير الشرا فلا يدخلانه ش اي القياس والاستحسان لا يدخلان فيما ذكرنا من
باب الشرا فلا يكون متبرعا قياسا واستحسانا وقال الكاكي واما مسالة الانفاق رضى الامر بثبوت
الدين في ذمته للوكيل لانه امره بالانفاق والامر بالانفاق امر بشرا الطعام والشرا لا يتعلق
بعين تلك الدراهم بل تتعلق بمثلها في الذمه ثم بعقبه حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل
قياسا ايضا والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

م باب عزل الوكيل ش

اي هذا باب في بيان حكم عزل الوكيل واخر باب العزل لانه بعد الاثبات م قال ش اي القدوري
م وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة
بطلب من جهة الطالب ش اي ما له اثبته من جهة المدعي م لما فيه من ابطال حق الغير ش وقيد بهذين
القيدين لانه لو وكل المدعى عليه يملك المدعى عليه عزله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الطالب
يملك الطالب عزله سوا كان ذلك بطلب المدعى عليه او لا وعدم صحة العزل اذا كان يطلب
من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب وحضوره يصح عزله سوا رضي به الطالب
او لا وقال مالك اذا ثبتت بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله في الغيبة والحضور
وعند الشافعي واحمد يجوز عزله بالخصومة تعلق به حق الغير او لا لان الوكالة عقد جايز غير لازم
م وصار ش اي التوكيل من جهة اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن
م بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل
عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن م ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا
كان بحضرة الطالب رضي بها او لا قال ش اي القدوري م فان لم يبلغه العزل ش اي فان لم يبلغ
الوكيل عزل الموكل اياه م فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم ش اي الوكيل عزله وبه قال الشافعي
في قول ومالك في رواية واحمد في رواية وقال الشافعي في الاصح ينعزل وبه قال مالك في رواية
واحمد في رواية م لان العزل اضرار ش اي بالوكيل م من حيث ابطال ولايته ش من غير علمه او
من حيث ش اي او يكون الاضرار به من حيث م رجوع الحقوق اليه ش اي الى الوكيل وبين ذلك بقوله
م فينقد من ثاني الموكل ش اذا كان وكيلا بالشرا م ويسلم المبيع ش الى المشتري اذا كان وكيلا بالبيع ثم
اذا انعقد وسلم م فيضمنه ش لانه فعله بعد العزل م فيتضرر به ش فلا يجوز لان الضرر مدفوع به شرعا
م ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره ش اي وغير النكاح مثل البيع والشرا ونحو ذلك م للوجه الاول ش وهو
ابطال الوكالة يعني ان العزل لا يصح قبل علم الوكيل مثلا والوكيل بالنكاح وغيره سوا نظرا الى الوجه
الاول الذي فيه الاضرار للوكيل من حيث ابطال ولايته وهذا اعزال الوكيل بالطلاق لا يصح
من غير علمه ذكره في مختصر الكاكي م وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده ش ذكره
في فصل القضا بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده
شاهدان او رجل عدل كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا ولذلك العزل عندهما
وعند ابي حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين والوكيل
لو عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة وعند الشافعي واحمد ومالك في رواية

ينعزل وقال ملك ان كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه وفي الذخيرة بانكار الموكل
الوكالة لا ينعزل م قال ش اي الفقير وراي م وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا
ولحاقه بدار الحرب ش حال كونه م مرتدا ش ولا خلاف في هذه الاشيا م لان التوكيل تصرف غير لازم
لانه يمكنه ان يعزله م فيكون لدوامه حكم ابتدائه فان المتصرف يستبد من نقضه في كل فصار كانه
يستجد عقد الوكالة كل ساعة وكان كل جز منه بمنزلة ابتدا العقد م ولا بد من قيام الامر ش اي امر
الموكل بالتوكيل في كل ساعة وكان كل جز و قد بطل ش اي امر الموكل م بهذه العوارض ش وهي الموت
والجنون والارتداد ولا يشكل بالبيع بالخيار فانه غير لازم ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يستقر اللازم
ضل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العوارض وهي الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض
لعدم بقا الخيار لموته م وشرط ش اي القدوري م ان يكون الجنون مطبقا بكسر البا اي دايما وسماه
المطبقة اي الدايمة وقيل مطبقا اي مستوعبا من اطبق الغيم السما اذا استوعبها اعتبارا بما يسقط به الـ
ش اي صوم شهر رمضان روى هذه الرواية ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة م وعنه ش اي وعن ابي حنيفة
اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول الكامل ش اي الحول
المطبق مقدار حول كامل م ولانه تسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا م وقال القدوري
التقريب قال في الاصل اذا ذهب عقل الموكل زمانا خرج الوكيل من الوكالة ولو ذهب عقله
فالوكيل على وكالته وعن ابي يوسف انه يتعرض حتى عن اكثر السنة وروى عن محمد يوم وليلة ثم رجع
فقال شهر ثم رجع وقال سنة وذكر الكرخي في حد الجنون المطبق عند ابي يوسف شهر م قالوا ش اي قال
المشايخ م الحكم المذكور في اللحاق ش اي في مختصر القدوري م قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد
عنده فكذا وكالته ش موقوفة م فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما
تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير ش اي
كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في السير في باب احكام المرتدين عند قوله وما باعه او اشتراه
وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف م وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على
حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقوده ش لان المرتدة لا تقتل عندنا لان عليه
الحراب ولو توجد لانه ليس لها بنية صالحة للحراب م على ما عرف ش في موضعه في كتب السير م قال ش اي
القدوري م واذا وكل المكاتب ثم عجز عليه ش اي على العبد الماذون له م او الشريكان فافترقا ش اي
احد شريكي العنان او المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا فهذه الوجوه ش اي عجز المكاتب والحجر على الماذون
له ثم حجر عليه وافتراق الشريكين تبطل الوكالة علم بذلك او لم يعلم ش اي علم الوكيل بذلك او لم يعلم
ش اي علم الوكيل بذلك او لم يعلم وقال ابو نصر في شرحه هذا الذي ذكره القدوري جيد جاز على الا
صل الا في الشريكين لان ذلك خلاف الرواية لان محمدا قال في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين
وكيلا بشي ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكل وهو
يعلم او لم يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا ولذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما
جائزة على الاخر وليس بتفرقهما ينقض الوكالة ولذلك قال الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد
وليس بفرقتهما نقضا للوكالة لان النقض لا يظهر في عقود باشر احدهما بل ذلك وقال الاترازي
والعجب من صاحب الهداية انه ابهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري
اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية العقد لان المتفرق
عقد الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة وان لا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة
ورد عليه الاكمل بان هذا على تقدير صحته تخصيص مسالة الشركة لا يعين على انه مخالف لعبارة الكتاب
وفي المبسوط هذا البيع قوله فهذه الوجوه تبطل الوكالة ان كانت الوكالة بالبيع والشرا اما اذا
كان التوكيل بقضا الدين والشرا والتقاضي لا يبطل بعجز المكاتب وحجر الماذون لان في كل ذلك
العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر بل يبقى مطالبا باتفاقه واستيفايه وهذا العين لو على العبد ان يقضي
دينه ان كان عليه دين اولا لانه ان كان عليه دين فكسبه حق غرمايه والمولى فيكل الاجانب
وان لم يكن عليه دين بوجوب المال بعقد العبد ولا يكون هذا ولا الوكيل وما وجب من الثمن

الوكل

وكيل لا الوكيل المطالبة به فهما اول فما ذكرنا ان بقا الوكالة يعتمد قيام الامر وقد
بطل اي قيام الامر م بالحجر ش في الماذون له م والعجز ش في المكاتب م والافتراق ش
في الشريكين م ولا فرق بين العلم ش اي علم الوكيل م وعدمه بان هذا عزل حكمي ش اي عزل
من طريق الحكم م فلا يتوقف على العلم ش كالموت م كالوكيل بالبيع اذا باعه ش اي اذا باع الموكل
بنفسه الوكيل معز ولا حكما لفوات تصرف محل الوكيل م واذا مات الوكيل او جن ش اي
الوكيل جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته ش ولو جن ساعة
فافاق هو على وكالته وجعل هذا كالنوم كذا التتمة م وان لحق ش اي الوكيل م
بدار الحرب ش حال كونه م مرتدا ش وقال شيخ الاسلام في مبسوطه هذا اذا احكم
القاضي بلحاقه واليه اشار في مبسوطه شمس الايمة لانه لما قضي بلحاقه واليه اشار في
المبسوط تقدير موته او جعله من اهل دار الحرب فتبطل الوكالة اما قبل القضا باللحاق
لا يخرج عن الوكالة باتفاقه م قال ش اي المصنف رحمه الله م وهذا ش اي جواز تصرف
الوكيل عند عوده مسلما م عند محمد فانا عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكا
لة اطلاق لانه رفع المانع ش ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شي
موكله فاذا وكله رفع المانع م اما الوكيل يتصرف بمعان قايمة به ش اي بالوكيل من الحرية
والعقل والبلوغ والقصد من ذلك التصرف والعقل قايم وصحة الوكيل لحق الموكل
وحده قايم ايضا بعد لحاقه م وانما عجز لعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلا
ق باق وان عاد وكيلا ولابي يوسف انه ش اي ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لا ولاية
اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ ملصق بالملك ان التمليك بلا ملك غير
متحقق لكان الوكيل مما لك التنفيذ بالوكالة ش و باللحاق ش اي بدار الحرب م لحوق بالاموات
بطلت الولاية فلا تعود كما في ام الولد والمدبر ش يعني يعتق ام ولده ومدبره بالقضا
بلحاقه وبعود مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فلذا الوكالة التي بطلت
لا تعود م ولو عاد الوكيل مسلما ش اي عاد بعد القضا بلحاقه وبه صرح في المبسوط
وقد لحق ش اي والحال م انه قد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر
ش اي في ظاهر الرواية م وعن محمد انها ش اي ان الوكالة م تعود ش وفي بعض النسخ
انه ش اي ان التوكيل وان عقد الوكالة تعود ش كما قال في الوكيل ش اي كما
قال محمد في الوكيل اذا عاد مسلما تعود وكالته لان الموكل اذا عاد مسلما عاد على ما له على
قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بعد ثم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبد
ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضا القاضي عاد الوكيل على وكالته م والفرق
له على الظاهر ش اي الفرق لمحمد على ظاهر الرواية م ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك
وقد زال فبطلت الوكالة على التفات م وفي حق الوكيل على معنى قايم به ش
اي معنى الوكالة في حق الوكيل على معنى قايم به ش اي بالوكيل م ولو يزل ش بصنعه
الراي اي المعنى القايم به لم يزل م باللحاق ش بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف
لعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن م قال ش اي
القدوري م ومن وكل رجلا بشي ش وفي بعض النسخ ومن وكل آخر بشي
م ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ش اي الذي وكل به بان باعه او وهبه لاجد
او تصدق به م بطلت الوكالة ش انتهى كلام القدوري وقال المصنف
وهذا اللفظ من كلام المصنف ش اي هذا اللفظ الذي قاله القدوري ينتظم
وجوهها ش اي يشمل وجوها من المسايل ثم اوضح ذلك بقوله م مثل ان يوكله
ش اي ان يوكل احدا م باعتاق عبده او بكتابته ش اي او ان يكاتب عبده م فاعتقه
ش اي الموكل اعتق عبده بنفسه ش او كاتبه الموكل بنفسه بطلت
الوكالة م او موكله ش اي او يوكل احدا تعلقه الموكل بنفسه ش بان يزوجها بنفسه

او اشتراه بنفسه كان ذلك م عزلا حتى لو ابانها بعد التزوج لم يجز للوكيل ان يزوجها
اياها م او توكله ش اي او توكل احدا بطلاق م امراته ش بطلقها الزوج ثلاثا ش اي ثلاث طلقات ش او واحدة ش اي او طلقها واحدة
وانقضت عدتها ش فليس للوكيل ان يطلقها بعد ذلك لا في العدة ولا بعدها
وانما قيد بقوله وانقضت عدتها لانه اذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها
كان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة م او بالخلع ش اي او يوكله بان يخالعها
فخالعها ش اي الزوج بنفسه م لانه ش اي الموكل لما فعل بنفسه اي الامر
الذي وكله فيه بنفسه م تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ش ثم بين تنجيز
ذلك بقوله م حتى لو تزوجها بنفسه ش اي لو تزوج المراة التي وكل الرجل بان يزوجها
معه ش اي ان المراة المبانة من الموكل م لان الحاجة قد انقضت م لان
حاجته كانت في تزوجها وقد حصلت م بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل
ش اي المراة التي وكله بتزوجها اياه وبعد ان تزوجها م وابانها له ش اي
م ان يزوج الموكل ش الذي كان وكله الرجل بتزوجها اياه حيث يجوز تزوج
اياها منه م لبقاء الحاجة ش اي حاجة الموكل فيها م وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه
بنفسه ش اي فباعه الموكل بطلت الوكالة م فلو رد عليه ش اي
رد العبد بعيب ظهر فيه على الموكل م بقضاء قاضي ش فيه
لانه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع
م فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه ش اي هذا العبد م لان
بيعه بنفسه ش اي لان بيع الموكل بنفسه العبد م منع له ش اي للوكيل م من
التصرف فصار كالعزل ش صريحا م وقال محمد له ان يبيعه
مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه ش اي لان عقد الوكالة لا وكالة بالوكيل
ش اطلاق ش اي اطلاق للتصرف ولم يوجد العزل صريحا وكان المنع
لعارض بعجزه عن ذلك م وان العجز قد زال ش فلا يبيع الوكيل
عن بيعه مرة اخرى م بخلاف ما اذا وكله ش اي وكل احدا م بالهبة
م بان يهب عبده من فلان او غيره من نحو ذلك م لو وهب بنفسه
م اي لو وهب الموكل بنفسه م ثم رجع ش عن هبته م حيث لم يكن للوكيل ان يهب
م بعد ذلك م لانه ش اي لان الواهب مختار في الرجوع
فكان ذلك ش اي الرجوع الواهب مختارا م دليل عدم الحاجة
الى الهبة اذ لو كان محتاجا لما رجع فكان دليلا على نقض
الوكالة م اما الرد بقضاء ش اي اما رد الهبة بقضاء القاضي م بغير
اختياره ش اي اختيار الواهب م فلم يكن دليل زوال الحاجة م فاذا
عاد اليه قديم ملكه كان له ش اي للوكيل م ان يبيعه ش وقال
محمد في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له ثم ان الموكل
باع العبد او دبره او كاتبه او وهبه وقبض منه
او اجره او كانت امة فوطئها فولدت او لم تلد قال ذلك كله نقض للوكالة
بالخلاف الوطء اذا لم تلد وما خلا الاجارة والرهن ولذلك الخدمة ليس بنقض
للوكالة وقال الاسبيجابي ولو وكله ان يزوجه امراة بعينها فاذا
الزوج فمات عنها او طلقها وانقضت العدة ثم زوجه اياها الوكيل
جاز لانه امره بانكاحها اياه وهو متصور بواسطة الموت
وانقضاء العدة فانصرف التوكيل اليه وصار كانه نص على اضافة
التوكيل الى تلك الحالة والوكالات مما تقبل التعليق والاضافة الى زمان الاستقبال والله اعلم

كتاب الدعوى

اي هذا كتاب في بيان الاحكام المتعلقة بالدعوى والدعوى لغة اسم للادعاء الذي هو المصدر من
ادعى زيد على فلان مالا والف الدعوى للتانيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو ولا غير كفتوى وفتاوى وقيل
الدعوى لغة قول يقصد به ايجاب حق على الغير وذكر شيخ الاسلام المحبوبي الدعوى لغة اضافة الشيء الى نفسه
ان كان وصله دعوة الولد وذكرت في شرح المختار ان الدعوى تحمل من الدعاء وهو الطلب والتشكل منه ادعى
يدعي فهو مدعي والعين الذي يدعى مدعى ولا يقال مدعى فيه ولا به واصل ادعى اذتعى واصل مدعي مذتعي
قلبت التاء دالا وادغمت الدال في الدال والدعوة بفتح الدال الدعاء الى الطعام وبكسرها في النسب
وبضمها في دار الحرب فافهم وفي الشرع الدعوى اضافة الشيء الى نفسه في حالة المنازعة وقيل هي مطالبة
حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته ولها ركن وشرط وحكم وسبب اما ركنها هو تفسيرها لغة وهي اضافة
الشيء الى نفسه لان ركن الشيء ما يقوم به الشيء والدعوى انما تقوم باضافة المدعي الى نفسه فكان ركنا
واما شرطها مجلس القضاء لان الدعوى لا تصح في غير مجلس القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي
واما حكمها وجوب الجواب على الخصم اما بنعم او بلا واما سببها ما هو سبب للمعاملات من تعلق بقاء المقدور
وفي المبسوط وعرف سببه فساد ها لكثيان جهالة المدعي وكونها لا يكون ملزما الجواب للخصم وهي مشروعة بالكتاب
والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى في قصة داود عليه السلام واتيناه الحكمة وفصل الخطاب
فسر علي رضي الله عنه فصل الخطاب بقوله البينة على المدعي واليمين على من انكر واما السنة فما رواه عمرو
بن شعيب عن ابيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر واما الاجماع فقد
انعقد عليها اجماع الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ووجه المناسبة بين هذا الكتاب
وبين كتاب الوكالة هو ان الوكالة كانت بالخصومة لاجل الدعوى م قال ش اي القدوري في مختصره م المدعي
من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ش هذا الحد الذي اختاره القدوري م
وقال المصنف رحمه الله م ومعرفة الفرق بينهما ش اي بين المدعي والمدعى عليه م من اهم ما يبتنى عليه مسائل
الدعوى ش وذلك لان الانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك القول قوله مع يمينه كالمودع اذا ادعى
رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب م وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه ش اي في الفرق بين المدعي والمدعى
عليه م فمنها ش اي من جملة عبارات المشايخ م ما قال في الكتاب ش اي في القدوري م وهو حد عام صحيح
ش اما عمومه فلانه يتناول كل حد من الحدود التي ذكرت في المدعي والمدعى عليه م واما صحته فلانه جامع مانع
على ما لا يخفى فلذلك اختاره المصنف رحمه الله م وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة ش يعني البينة او الاقرار م
كالخارج ش الذي يدعي عينا في يد رجل فانه لا يستحق الا بحجة م والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي
اليد ش اي صاحب اليد فانه لا يحتاج الى بينة واستحقاقه بقوله هذا ملكي انا واضع اليد وقال الاكمل
قوله ليس بعام لعدم تناوله لصورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح م وقيل المدعي من يتمسك
بغير الظاهر ش اذ الظاهر ان الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمة م والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ش اذ
الظاهر من الاملاك وملكه على ظاهره وهذا منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر لان رد الوديعة
ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال م وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح
لكن الشان في معرفته ش اي في معرفة المنكر م والترجيح بالفقه ش يعني باعتبار المعنى دون الصورة م عند
الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور ش بيانه اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما
على الاخرى يكون بالفقه كما ذكرناه واوضح ذلك بقوله م فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول
له مع يمينه م وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان ش لانه متمسك بالاصل اذ الاصل في الذمم البراءة وتحليفه
القاضي انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه على انه رده لان اليمين ابدا تكون على النفي فلو اقام على ذلك بينة قبلت
والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبروا الصورة واذا عجز عنها اعتبروا معناها فانه ينكر
الضمان والقول قول المنكر مع يمينه م فان قيل المودع يدعي الرد يتمسك بما ليس بثابت وهو الرد اذ الرد
لم يكن ثابتا والمودع متمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه كان ثابتا فينبغي ان يكون الامر على العكس م قلنا
المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى وهو اصل والمودع يدعي الشغل ولم يكن ثابتا ولهذا يقبل بينته اعتبارا
للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى فان قيل يشكل هذا بما اذا ادعى المديون دفع الدين الى وكيل رب

البتين ثم حضر رب الدين وانكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة مع ان المديون يدعي البراءة م
فكذا المديون يدعي البراءة بعد الشغل وكان الشغل اصلا والبراءة عارضا م اما في رد الوديعة فالبراءة اصل
والشغل عارض فلذا كان القول له م قال ش اي القدوري م ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في
جنسه وقدره ش قال المصنف رحمه الله م لان فائدة الدعوى الالزام ش اي الزام الخصم بالحجة م بواسطة
اقامة الحجة ش وهي البينة والاقرار م والالزام في المجهول لا يتحقق ش فلا يلتفت القاضي اذا ادعى شيئا مجهولا
ولا كلف المدعى عليه الجواب لانه ان انكر لا يصح اقامة البينة عليه مع انه لو قال نكل اليمين لا يمكن القضاء
بالمجهول فسقطت الدعوى فاذا كان كذلك اعتبرت الدعوى للصحة وهي ان يكون المدعى معلوما في جنسه
كالدراهم والدنانير والحنطة وضرب ذلك وقدره مثل كذا كذا درهما او دينارا او كرا ويذكر مع ذلك نوعه
انها سنية او بربرية او رسمية ويذكر مع ذلك صفتها كالحنطة البيضاء والحمراء ويذكر ايضا انها جيد او ردي
كذا في الذخيرة واذا كان المدعى مجهولا في نفسه لا يسمع ولا يعلم منه خلافا الا في الوصية فان الائمة الثلاثة يجوزون
دعوى المجهول في الوصية بان ادعى حقا من وصية او اقرارا فانهما يصحان بالمجهول ويصح دعوى الابراء بالمجهول
بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس وعن مالك لا تسمع دعوى
الدني على الشريف الا اذا لم يعرف بينهما سبب م وان كان ش اي المدعي م عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها
ليشير اليها ش المدعي م بالدعوى ش فيقول هذا الذي ادعيه لان المنقول لا ينضبط بالوصف فيجب احضاره ليحصل
العلم باقصى ما يمكن ويرتفع الاشتباه لان الاشارة ابلغ في التعريف م وكذا في الشهادة ش اي يكلف المدعى عليه احضار
المدعى ليشير اليه عند اداء الشهادة وقالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوها حضر الحاكم عندها او
يبعث امينا وفي المجتبى قال الاسبيجابي في مسالة سرقة البقرة لو اختلفا في لونها تقبل الشهادة عنده
خلافا لهما وهذه المسالة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى اذ لو شرط لاحضرت ولما وقع
الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون م والاستحلاف ش يعني اذا استحلف المدعى عليه على العين
المدعاة كلف احضارها م لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط ذلك ش اي الاعلام م بالاشارة في المنقول لان النقل
يمكن والاشارة ابلغ في التعريف ش وقد ذكرناه م ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ش يعني يتعلق بالدعوى الصحيحة
وجوب حضور الخصم مجلس القاضي م وعلى هذا القضاة ش اي على وجوب الحضور بمجرد الدعوى الصحيحة م من اولهم
ش اي جميعهم كذا قاله الكاكي وقال الاكمل من اولهم الى اخرهم اي جميعا وكذا قال تاج الشريعة من
اولهم الى اخرهم م في كل عصر ش اي في كل زمان من ازمنة الفقهاء والمجتهدين م ووجوب الجواب اذا احضر ش اي
يتعلق بالدعوى ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلا اذا احضر م ليفيد حضوره ش اي لان المقصود
من حضوره الجواب م ولزوم احضار العين المدعاة ش اي ويتعلق بالدعوى ايضا وجوب احضار العين المدعاة
مجلس القاضي على المدعى عليه اذا كانت منقولة قائمة في يده م لما قلنا ش اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى م
واليمين ش بالجر عطف على احضار العين اي يتعلق بالدعوى ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه م اذا انكره
اصل اذا لم يقدر المدعي على اقامة البينة م وسنذكره ان شاء الله تعالى ش اي سنذكر وجوب اليمين على
المدعى عليه في اخر هذا الباب م وان لم يكن ش اي العين المدعاة م حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما ش
وعدم حضور العين اعم من ان يكون لهلاكها او للعجز فقال شمس الائمة الحلواني ومن المنقول ما لا يمكن احضاره
عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع ان تيسر له ذلك وان
بعث خليفته ان كان ماذونا بالاستخلاف واذا وقعت الدعوى في جمل ولا يسع في باب داره فانه يخرج الى باب
داره ويأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وذكر الخاصي الامام ظهير الدين وهذا انما يستقيم اذا
كان العين المدعى في المصر اما اذا كان خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط لجواز القضاء في ظاهر
الرواية لكن الطريق فيه ان يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم بعد ذلك يمضي [illegible]
م لان العين لا تعرف بالوصف ش لانه ربما يوجد اعيان كثيرة بهذا الوصف فلا يصير المدعى معلوما مع وجود
المزاحم م والقيمة تعرف به ش اي بالوصف لانه اذا قيل عشرون دينارا من الفضة وكذا دينارا من الذهب
الركني تصير قيمته معلومة بهذا الوصف قال تاج الشريعة وقال الاكمل واذا لم يكن حاضرا لزمه ذكر
قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف
ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فيه لامكان المشاركة فلذا كان في تعريفها غير مفيد والقيمة

شيء تعرف به العين بذكرها يكون مفيدا او قوله وقد تعذرت مشاهدة العين حيلة حالية من قوله لان العين
لا تعرف بالوصف يعني في الحال ان المشاهدة تعذرت واغلاق تركيبه لا يخفى انتهى قلت لا اغلاق في تركيبه
على ما لا يخفى بل التحقيق ما قاله تاج الشريعة ومثله قال الكافي في قوله وقد تعذرت مشاهدة العين يعني
لما تعذرت المشاهدة اقيم الوصف والقيمة في الغائب مقام المشاهدة م وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان
القيمة ذكر الذكورة والانوثة ش وقال محمد بن محمود الاستروشني في فصوله واذا ادعى قيمة دابة مستهلكة
هل يحتاج الى ذكر الانوثة والذكورة اختلف المشايخ فيه وذكر الصدر الشهيد لا بد من ذكر الانوثة والذكورة
ولا بد من بيان السن ومن المشايخ من ابى ذكر الذكورة والانوثة لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة
فلا حاجة الى ذكرهما م قال ش اي القدوري في مختصره م وان ادعى عقارا حدده ش اي ذكر حدوده م وذكر انه
في يد المدعى عليه وانه يطالبه به ش اي وان المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى م لانه تعذر التعريف بالاشارة
لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ش اي بالتحديد م ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اصحاب
الحدود وانسابهم ش اي ويذكر اصحاب حدود العقار وذكر انساب اصحاب الحدود بان يقال فلان بن فلان
ن بن فلان ولا بد من ذكر الجد عند ابي حنيفة لان تمام التعريف به ش اي بذكر الجد م على ما عرف هو الصحيح ش احترز
به عما روي عنهما ان ذكر الاب م ولو كان الرجل مشهورا ش كابي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن ابي ليلى وابي حفص
الكبير البخاري م يكتفى بذكره ش اي بذكر الرجل بدون نسبته م فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر
ش هو يقول التعريف لا يتم بدون ذكره وقوله م لوجود الاكثر ش دليلنا اقامة الاكثر مقام الكل بل
في الشرع ثم مقدار الطول يعرف بالحدين ومقدار العرض بذكر احد الحدين وقد يكون مثله م بخلاف ما اذا
غلط في الرابعة ش يعني اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابعة جاز اي عن الحد الرابع وانما [illegible] باعتبار
الجهة وانما قلنا وسكت عن الرابعة لانه اذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر م لانه يختلف
به ش اي بالغلط م المدعى ولا كذلك بتركها ش اي بترك الرابعة كما لو ادعى شاهدان البيع وقبض الثمن ولم يذكرا
ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه لا يصار تعدادا احدا الغلط م وكما يشترط التحديد في الدعوى
يشترط في الشهادة ش حتى لو ذكروا الثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافا لزفر كما مر م وقوله في
الكتاب ش اي قول القدوري في مختصره م وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه ش اي لان المدعى عليه م
انما ينتصب خصما اذا كان في يده ش اي اذا كان المدعى في يد الخصم لانه اذا لم يكن في يد المدعى عليه لا يكون خصما
للمدعي فلا تصح دعواه وفي الخلاصة ادعى على اخر دارا في يده فقال هي ملكي وفي يدي وانكر المدعى عليه انها
ملك المدعي لكنه معترف انها في يده فاقام المدعي البينة انها ملك المدعي فان القاضي لا يقضي بهذه البينة ما لم يشهد وا
انها في يد المدعى عليه وفي ادب القاضي للخصاف لو اقام احدهما البينة انها في يده فاقام الاخر البينة
انها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد قال مشايخنا يضعفه على وجه القضاء وقال الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا كانت الدار في يد رجلين كل واحد منهما يدعي انها له فكل واحد منهما مدع
لما في يد صاحبه وعليه البينة ولكل واحد منهما على صاحبه اليمين فانهما حلفا على دعوى صاحبه برئ عنها
وانهما نكل عن اليمين لزمه عند صاحبه لان يد كل واحد منهما ثابتة على النصف فكان خارجا فيما في يد
صاحبه فيكون النصف بينهما على ما في يد الاخر واليمين بين صاحبه وكذلك الحيوان والعروض م وفي العقار
لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه ش اي في العقار م الا بالبينة ش
بان يشهدوا انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل ولذا في عين هذه الصورة لا بد في
الشهادة على اليد من ذلك م او علم القاضي ش بانه في يده م هو الصحيح ش احترز به عن قول من يقول
يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده م نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار اصل ش اي لعله في يد غيرهما ش
الحاصل انه يحتمل انهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي
باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي
الى نقض القضاء عند ظهور انه في يد ثالث م بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة ش ولا حاجة الى اشتراط الزيادة
م وقوله ش اي قول القدوري لانه يطالبه لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ش اي لان المطالبة حق المدعي
فلا بد من طلبه حتى يجب على القاضي اجابته وقال الاكمل رحمه الله في عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير
فلا بد من طلب المطالبة فتامل ثم قال ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر يعني المفعول فكان معناه المطالب

حقه فلا بد من طلبه انتهى قلت انما قال فيه تسامح لانه يوهم من ذلك ان الضمير في عليه يرجع الى حقه كما دل
عليه تفسيره بقوله ولان المطالبة حقه فلا يؤدي طلب حقه فوقع فيما وقع فيه وانما الضمير في عليه يرجع الى المدعي
والمعنى واضح على ان في قوله ان المطالبة مستند الى المعنى المنقول فيه كلام يتأمل فيه م ولانه ش اي ولان المدعي م
يحتمل ان يكون مرهونا في يده ش اي في يد المدعى عليه م او محبوسا بالثمن في يده ش فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين
او اداء الثمن ش اي في يد المدعى عليه م او محبوسا بالثمن في يده ش فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين او اداء
الثمن م وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ش لانه لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لم يطالب بالانتزاع من ذي اليد
بخلاف مجرد الدعوى انه ملكه اذ مجرد الملك لا يدل على ان اليد له م وعن هذا ش اشارة الى قوله يحتمل ان يكون
مرهونا او محبوسا م قالوا ش يعني قال المشايخ م في المنقول ش اي في دعوى المنقول م يجب ان يقول في يده بغير
حق ش اي ان يقول المدعي ان هذا الشيء لي وفي يده بغير حق لهذا المعنى الذي ذكر وهو احتمال كونه مرهونا او
محبوسا بالثمن وفي الفتاوى الصغرى وفي التتمة اذا استحق انه ملك المدعي فلم يشهدوا انه في يد هذا بغير حق
يعني انه يقبل وسمعنا انه ذكر شمس الائمة الحلواني في الجامع انه اختلف المشايخ فيه قال والاصح انه لا
يقبل وذكر نجم الدين النسفي عن ابي الحسن السغدي والبزدوي انه شرط ما لم يثبت انه في يده بغير حق لا يمكنه
المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي اكثر مشايخنا مما قال صاحب التتمة وهو الصحيح وعليه الفتوى م قال ش
اي القدوري في مختصره م وان كان ش اي المدعي م دينا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا ش اشارة الى قوله
ان المطالبة حقه فلا بد من طلبه م وهذا ش يعني قوله انه يطالبه به م لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا
المطالبة ولكن لا بد من تعريفه ش اي تعريف ما في الذمة م بالوصف ش مثل ان يقول كذا درهما او دينارا
فيعتقد لك ان كان عشرة نانير كنوعه كبخاري الضرب او نيسابوري الضرب م لانه يعرف به ش اي لان ما
في الذمة يعرف ش بانه جيد او وسط او رديء وانما يحتاج الى ذكر الصفة اذا كان في البلد نقود مختلفة
اما اذا كان نقدا واحدا فلا يحتاج ولو كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء ولا فضل للبعض
على البعض يجوز البيع ويعطي المشتري البائع اي نقد شاء الا ان في الدعوى لا بد من تعيين احدهما
وان كان احدهما اروج يصير ذلك كالملفوظ في البيع والدعوى فلا حاجة الى البيان فان كانت الدعوى
بسبب القرض والاستهلاك فلا بد من البيان على كل حال م قال ش اي القدوري م واذا صحت الدعوى
سأل القاضي المدعى عليه عنها ش اي عن الدعوى م لينكشف وجه الحكم ش لان الاشياء الذي ينقطع بها المنازعة
الاقرار والبينة واليمين م فان اعترف قضى عليه بها ش اي يقضي القاضي على المدعى عليه بالدعوى ه
ولفظ القضاء هنا مجازا لان الموجب الاقرار فلا حاجة الى القضاء م لان الاقرار موجب بنفسه ش فلا موقوف
على القضاء فاذا كان كذلك فيأمره بالخروج عنه ش اي فيأمر القاضي المدعى عليه بالخروج عن موجب اقراره
م وان انكر ش اي المدعى عليه م سأل ش اي القاضي م البينة لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه
وسلم م الك بينة فقال لا فقال لك يمينه ش هذا الحديث اخرجه البخاري ومسلم عن وائل بن حجر قال جاء رجل من
حضرموت ورجل من كندة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يا رسول الله ان هذا غلبني على ارض كانت
لابي وقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال عليه السلام للحضرمي الك بينة قال لا قال
فلك يمينه قال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء فقال ليس لك منه الا
ذلك فانطلق ليحلف فقال صلى الله عليه وسلم لما ادبر اما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله تعالى
وهو عنه معرض م سأل ش اي النبي صلى الله عليه وسلم عن المدعي والمدعى عليه م ورتب اليمين على فقد البينة ه
ش فلا بد من السؤال عن البينة ليمكنه الاستحلاف ش اي ليمكن القاضي طلب اليمين من المدعى عليه م قال ش
اي القدوري م فان احضرها ش اي فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه م قضى بها ش اي قضى القاضي بالبينة
م لانتفاء التهمة عنها ش اي عن الدعوى لرجحان جانب الصدق في خبر المدعي بالبينة م وان عجز عن ذلك ش اي
وان عجز المدعي عن الاثبات بالبينة م وطلب يمين خصمه ش وهو المدعى عليه م استحلفه عليها ش اي على دعواه
م لما رويناه ش وهو قوله عليه السلام الك يمينه م ولا بد من طلبه ش اي من طلب المدعي استحلاف خصمه م لان
اليمين حقه ش اي حق المدعي ثم اوضح ذلك بقوله م الا ترى كيف اضيف اليه ش اي كيف اضيف اليمين الى المدعي ش انما
ذكر اضيف وان كان مسندا الى الضمير اليمين التي هي مؤنثة على تأويل القسم او الحلف م بحرف اللام ش
اي لام الاختصاص في قوله عليه السلام فلك يمينه فعلم ان اليمين حقه ه م والله اعلم

باب اليمين

ش اي هذا باب في بيان احكام اليمين قال الاترازي كان يحتاج
الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار
والبينة واليمين قلت الذي ذكره المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة لعد فقد البينة ه
تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها م قال ش اي القدوري م واذا قال المدعي لي بينة حاضرة ه
وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة ش قال المصنف م معناه ش اي معنى قول القدوري حاضرة في المصر
ش احترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالاجماع وان طلب الخصم واحترز به
ايضا عما اذا كانت البينة غائبة عن المصر فحينئذ يستحلف بالاتفاق م وقال ابو يوسف يستحلف لان
اليمين حقه بالحديث المعروف ش وهو قوله عليه السلام لك يمينه وقد مر عن قريب م فاذا طالبه به ش
اي فاذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين م يجيب ش اي يجيب القاضي المدعي ويستحلف المدعى عليه م ولابي حنيفة
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا ش اشارة الى قوله عليه السلام الك بينة
فقال لا فقال لك يمينه فانه عليه السلام رتب اليمين على فقد البينة م فلا يكون حقه دونه ش اي لا يكون
اليمين حق المدعي دون العجز عن البينة يعني لا يكون ولاية الاستحلاف دون العجز عن اقامة البينة م اما اذا
كانت البينة حاضرة في المجلس ش اي في مجلس القاضي حيث لا يجوز الاستحلاف ومحمد مع ابي يوسف فيما
ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكر الطحاوي ش قال الاترازي على المصنف في جعل محمد مع ابي يوسف
فيما ذكر الخصاف فقال لان الخصاف لم يذكر الخلاف في ادب القاضي الا بين ابي حنيفة وابي يوسف ولم يذكر محمد
قولا وكذلك فعل ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي للخصاف ولم يذكر قول محمد اصلا وكذا قال
الامام ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي للخصاف فقال ولم يذكر الخصاف قول محمد
ثم قال وذكر ابو علي بن موسى ان قول محمد مع ابي يوسف فيما روى عبد الرحمن الهروي وغيره من اصحاب
محمد وانكر الاترازي انما عليه في جعل محمد مع ابي حنيفة فيما ذكر الطحاوي ثم قال لان الطحاوي ذكر
هذه المسألة في مختصره وذكر الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف ثم قال ولم نجد هذه الرواية عن محمد وانكر
الرواية عن محمد اصلا ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا مع ابي حنيفة فيما ذكر الطحاوي قلت
لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي على ان محمدا مع ابي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من ه
المصنف وغيره م قال ش اي القدوري م فلا ترد اليمين على المدعي ش وقال مالك والشافعي واحمد
في رواية ترد وعن احمد في الظاهر كقولنا م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م ه
البينة على المدعي واليمين على من انكر ش الحديث اخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال اموال قوم ودماءهم
لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر وروى محمد بن الحسن عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البينة على المدعي واليمين على من انكر ووجه الاستدلال به هو ما قاله
المصنف بقوله م قسم ش اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين
على من انكر والقسمة تنافي الشركة م وجعل ش اي النبي صلى الله عليه وسلم جنس الايمان على المنكرين وليس
وراء الجنس شيء ش بيانه انه ذكر اليمين محلى بالالف واللام وانه للجنس اذا لم يكن ثمة معهود فقال جعل البينة
حجة جنس المدعين واليمين حجة جنس المنكرين فيكون جميع الايمان على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي ه
لم يجعل جميعها على المنكرين فيكون ذلك نسخا للحديث المشهور لانه عمل به الامة وانه لا يجوز بخبر الواحد ولا
بالقياس م وفيه خلاف الشافعي ش وفي رد اليمين على المدعي للشافعي رحمه الله فقد ذكرناه وجه ومن معه
مسألة القضاء بشاهد ويمين روي عن جماعة من الصحابة منه حديث ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى بيمين وشاهد والجواب عنه من وجهين احدهما انه معلول بالانقطاع لان فيه عمرو
بن دينار عن ابن عباس وقال الترمذي في علله الكبير سألت محمدا عن هذا الحديث فقال عمرو بن دينار لم
يسمع من ابن عباس وقال ابن القطان في كتابه وهذا الحديث وان كان مسلم اخرجه عن قيس بن سعد
عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ولكنه رمي بالانقطاع وقال الطحاوي وقيس بن سعد لا يعلم الاخذ ه
ثم الذي رواه الصحابي يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كذا او قضى بكذا لا يفيد العموم لانه لا حجة في الحكم
عنه لا في الحكاية والمحكي قد يكون خاصا وايضا فالقضاء له اقر فيها في هذا الموضع فصل الخصومات

وهذا مما يتعين فيه الخصوص اذ لا يتاتى فيه الحكم بكل شاهد من النبي صلى الله عليه وسلم الى قيام الساعة
بل انما يقضى بشاهد خاص فان قلت روى سهل بن ابي حثمة في القسامة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال للانصار ابرئكم يهود بخمسين يمينا فقالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم اتحلفون وتستحقون فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الايمان على المدعين فعلم ان
جعلها على المدعى عليهم مطلقا وان رد اليمين جائز قلت الجواب انه لا دليل فيه للخصم لانه عليه السلام قال
ذلك على سبيل الانكار عليهم بدليل ان اليمين عند المخالف لا ترد على المدعي الا بعد ان يمتنع المدعى
عليه واليهود لم يمتنعوا من اليمين وانما قال للانصار لا ترضون بايمانهم فدل ان الكلام خرج على وجه
الانكار م قال ش اي العبد ورى م ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ش واراد بالمطلق
ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولم يقل ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو
ذلك لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات فقيد به احترازا عن الملك
المقيد بدعوى النتاج وسبب لا يتكرر كما اذا ادعيا الملك من واحد واحدهما قابض وعما اذا ادعيا
الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قلت فهل يجب
على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا
لم تعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى للعدد وزيادة بصيرة
بها وذي اليد مدعيا م وبينة الخارج اولى ش ان اقاما بينة م وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد
ش وبه قال مالك والقاضي من اصحابنا احمد وقول احمد كقولنا م لاعتضادها باليد ش اي لتقوي البينة
باليد اذ اليد دليل الملك م فيتقوى الظهور ش لان بينة الخارج اكثر اثباتا وصار ش اي وصار حكم
ذي اليد بالقضاء ببينته م كالنكاح ش بان ادعيا نكاح امراة وهي في يد احدهما يقضى لصاحب اليد بالاجماع
م والنتاج ش بان اقاما بينة على نتاج دابة وهي في يد احدهما يقضى لصاحب اليد م ودعوى الملك مع
الاعتاق ش بان ادعى عبدا في يد رجل واقام بينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد بينة انه اعتقه
وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى م او التدبير ش بان ادعيا انه عبده ودبره وبرهنا فبينة ذي اليد اولى
من بينة الخارج في هذه الصور كلها م ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا ش يعني في علم القاضي لانها تثبت
الملك من كل وجه وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه بل من وجه لان اليد دليل الملك ولهذا لو راى
عينا في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك جاز لمن راى ان يشهد بالملك له م او اظهارا ش يعني في الواقع
فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع م لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد دليل مطلق الملك فبينته
لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك وتظهره وما هو اكثر اثباتا من
البينات فهو اولى لان ما شرعت البينات لاجله ما فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد
من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك فلا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى
تزيل ما ثبت باليد وانما يصير موجبا عند اتصال القضاء به فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت
لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل موكدة للملك الثابت والتاسيس اولى من التاكيد م بخلاف النتاج
لان اليد لا تدل عليه ش فكانت البينة مثبتة لا موكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح
احداهما باليد م وكذا على الاعتاق واختيه ش اي وكذا اليد لا تدل على اختي الاعتاق وهما التدبير
والاستيلاد فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم رجحت بينة ذي اليد م وعلى الولاء الثابت بها
ش اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واختيه بل لان على الولاء اذ
العتق حاصل للعبد بتصادقهما وهما استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده ثم استوى الجواب
بين ان يكون الخارج مسلما او ذميا او مستامنا او عبدا او حرا او امراة او رجلا والمدعى فيه كذلك
والمدعى به كذلك اي مالا كان م قال ش اي العبد ورى م واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه
بالنكول ش اي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول والزمه بما ادعى عليه ش اي الزم القاضي المدعى
عليه بما ادعى عليه المدعي وفي بعض النسخ والزمه م وقال الشافعي لا يقضى به ش اي بالنكول م بل
يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به ش اي اذا حلف المدعي يقضى له بما يدعيه وفي التفريع للمالكية
اذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت ان بينهما خلطة فاذا ثبت ذلك حلف المدعى

عليه وبرئ فان نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول
خصمه فان لم يحلف لم يحكم له بشيء انتهى وروي عن احمد انه قال اذا نكل المدعى عليه حبسه ابدا حتى يحلف فيبرأ
او يقر فيحكم عليه وبقولنا قال سفيان الثوري م لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن
الصادقة ش اي عن اليمين الصادقة م واشتباه الحال ش يعني ويحتمل ان يكون الحال مشتبهة عليه لا يدري انه
الكاذب في الانكار فيحلف او كاذب فيمتنع م فلا ينتصب ش اي يمين المدعى عليه م حجة مع الاحتمال ويمين المدعي
دليل الظهور ش لما كانت يمين المدعى عليه بنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فاذا كان كذلك م فيصار اليه ش
اي الى المدعي م ولنا ان النكول ش اي نكول المدعى عليه م دل على كونه باذلا ش ان كان النكول بدلا هو مذهب
ابي حنيفة م او مقرا ش ان كان اقرارا كما هو مذهبهما م اذ لولا ذلك ش اي لولا اي اليمين بذل او اقرار لاقدم
على اليمين الصادقة اقامة للواجب ش لان اليمين واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من
انكر وكلمة على للوجوب م ودفعا للضرر عن نفسه ش وهو بذل المال م فترجح هذا الجانب ش اي جانب كون
الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا او نحو ذلك م ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا ش انما
الى قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي المبسوط والاسرار مذهبنا مؤيد باجماع الصحابة
في ذلك فان قيل كيف يكون اجماع الصحابة وقد روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المنكر قلت
روي عن علي رضي الله عنه موافقة الاجماع فانه روي عن شريح رضي الله عنه في المنكر طلب منه رد اليمين الى المدعي
فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي قالون ومعناه بالرومية اصبت
قال ش اي العبد ورى م وينبغي للقاضي ان يقول له ش اي للمدعى عليه م اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان
حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه ش اي المدعي م وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء ش اي الحكم بالنكول
موضع الخفاء لانه مجتهد فيه ولعدم دلالة النص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه فايل به النكول فاذا كرروا العرض
عليه ثلاث مرات قضى بالنكول وهذا التكرار ذكر الخصاف لان التكرار ليس بشرط على ما ذكر في الاصل اذ لو
قضى بالنكول مرة جاز وانما ذكر الخصاف م لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر ش فصار كامهال المرتد
لانه ابتلاء اما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا ش اشارة الى ما ذكر ان النكول
دل على كونه باذلا او مقرا كذا قاله الاترازي والكاكي والاكمل وقال تاج الشريعة قوله لما قدمنا يعني
انه لولا كونه كاذبا لاقدم على اليمين اقامة للواجب م هو الصحيح ش قال الاترازي احترازا عن قول
الخصاف فانه يشترط التكرار وقال الاكمل احترازا عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ وهذا هو
الاوجه م والاول اولى ش اي ما ذكره الخصاف اولى كما في الامهال للمرتد فان قيل بلا امهال جاز وفي الكافي
والتقدير بالثلاث في العرض لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد وبه قال احمد والجمهور على انه للاحتياط
وبه قال مالك والشافعي م النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان سكت وحكمه ش
اي حكم السكوت م حكم الاول ش وبه قالت الثلاثة م اذا علم انه لا افة به ش اي بالمدعى عليه م من طرش ش بفتح الراء
من طرش يطرش طرشا من باب علم اي صار اطروشا وهو الاصم والطرش اهون من الصمم م او خرس ش بفتح الراء
وهو افة باللسان تمنع الكلام اصلا م هو الصحيح ش اشارة الى اختلاف الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض
اليمين ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا سكت المدعى عليه سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا
لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع وفي
الفصول لو كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين
عند القاضي قاطعة لها ولو قال المدعي ان حلف المدعى عليه فانا بريء او قال فدعواه باطلة لا تبطل دعواه حتى
لو اقام بينة بعد يمين الخصم تسمع بينته وفي المبسوط بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم
ولسنا ناخذ بذلك وانما ناخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه انه يجوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى وبه قالت
الائمة الثلاثة وفي النوازل لو ادعى دعاوي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء يمكن جمعها في يمين واحدة وفي
التتمة لو ادعى دينا في التركة وقال كل التركة في يد هذا يحلف وبالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا
يعلم ان له دينا على ابيه وقيل يحلف بيمينين على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه قالت عامة
المشايخ واجمعوا ان المدعي لو اقام البينة يحلف انه ما استوفاه ولا ابراه وان لم يدع الخصم لا يحلفه خلافا
لهما قال ش اي العبد ورى م واذا كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش صورته

ادعى على امراة انه تزوجها وانكرت المراة او بالعكس فلا استحلاف فيه عنده م ولا يستحلف عنده ش اي عند
ابي حنيفة م في النكاح ش سواء كان الرجل مدعيا او المراة م والرجعة ش اي ولا يستحلف ايضا في الرجعة بان ادعى الزوج
بعد انقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وهي تجحد او ادعت هي كذلك وهو يجحد م والفيء في الايلاء ش اي ولا يستحلف
في الفيء في الايلاء ايضا بان ادعى بعد مضي مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وهي تجحد او ادعت المراة كذلك وهو
يجحد م والرق ش اي ولا يستحلف ايضا في الرق بان ادعى على مجهول النسب انه عبده او ادعى مجهول النسب
انه معتقه م والاستيلاد ش اي ولا يستحلف ايضا في الاستيلاد بان ادعت الامة انها ولدت منه وانكر المولى
ولا يتصور العكس من قبله عليها لان الاستيلاد يثبت باقراره م والولاء ش اي ولا يستحلف في الولاء ايضا بان
ادعى على معروف النسب انه معتقه او بالعكس م والنسب ش اي ولا يستحلف ايضا في النسب بان ادعى الوالد
على الولد او الولد على الوالد وانكر الاخر م والحدود واللعان ش اي ولا يستحلف ايضا فيهما اما الدعوى
في الحد بان قال رجل لاخر لي عليك حد قذف وهو منكر لا يستحلف بالاجماع لانه تندرئ بالشبهات الا اذا
تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له فانه يستحلف
المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي وقال القدوري
في شرح كتاب الاستحلاف وقد قالوا انه يستحلف في السرقة لانه في حكم الاموال ولهذا يصح فيه العفو والابراء
وقال القدوري فيه ايضا قال ابو حنيفة اذا تعلق بهذه الاشياء استحقاق مال استحلف القاضي في المال وان
كان لا يستحلف في سببه كالمراة اذا ادعت النكاح والمهر والرجل اذا ادعى النسب والنفقة واما الدعوى في
اللعان بان ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج لا يستحلف بالاجماع لانه في معنى الحد
م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان ش فلا يستحلف فيهما بالاجماع كما ذكرنا
وبقولهما قال الشافعي لكن عنده يجري في حد القذف والقصاص ولا يجري في الحدود الخالصة وقال مالك
واحمد لا يجري التحالف الا فيما لا يثبت الا بشاهدين وعن احمد في رواية يجري في القصاص وحد القذف
والطلاق والعتاق م وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه
لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها وانما ذكر صورة الاستيلاد فقط لان في الثاني من
صور التسع تتحقق الدعوى في الجانبين سوى هذه الصورة ش وحق الكلام فيه م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد
م ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار ش السابق م على ما قدمناه ش معنى قوله اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه م فكان ش اي النكول م اقرارا او بدلا ش بفتح الدال
المهملة اي خلفا م عنه ش اي عن الاقرار وهذا في الحقيقة جواب عن سؤال يرد على كون النكول اقرارا عندهما
احدها انه لو اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الثاني ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فنكل فلو كان
النكول اقرارا لالزمه النصف بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة واجيب بان النكول ليس باقرار
في نفسه ولكن يجعل مقام الاقرار خلفا عنه لقطع الخصومة فيكون النكول مقام الاقرار لعدم الحاجة الى دفع
الخصومة فكان كالاقرار في المرة الاولى لا في الثانية الشبهة الثانية الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في
البيع فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا لم يلزم الوكيل كما في الاقرار به والجواب بانه وان كان كالاقرار
فهو امر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله فعليه خلاصه اما اذا اقر فهو شيء لزمه باختياره
الاقرار فانه كان يتخلص عن عهدة الدعوى بالسكوت او النكول فيلزمه الضمان ولا يرجع به على الموكل الشبهة
الثالثة هي ما اذا كفل بما ذاب على فلان فادعى المكفول له مالا على فلان فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل ولو
كان النكول اقرارا لقضى به على الكفيل كما لو اقر واجيب بان ابا يوسف ومحمدا قالوا ان النكول بدل عن الاقرار في
قطع الخصومة لا يكون اقرارا حقيقة ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول حيث يثبت المدعى بنفس الاقرار ذكره في
المبسوط وغيره وذكر الاكمل هذه الشبه بقوله وعليه نقوض اجاب عنها م والاقرار يجري في هذه الاشياء ش
لكنه اقرار فيه شبهة ش هذا جواب عن سؤال لو كان النكول اقرارا ينبغي ان يجب الحد فاجاب بانه اقرار فيه شبهة
م والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ش لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج وقائم مقام حد
الزنا في حق المراة وعند مرة كذلك في اللعان م ولابي حنيفة انه ش اي ان النكول م بذل ش اي اباحة وهذه الحقوق
لا يجري فيها البذل والاباحة فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وعكسه الاموال م لانه معه ش اي مع البذل
م لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود ولا تبقى لليمين فائدة وتحقيق الكلام هنا ان النكول وان كان بذلا لانه

يحتمل ان يكون كذبا ثم واحواله بادلة اولى ش كاجابة على الصلاح م لئلا يصير كاذبا في الانكار ش السابق لانه
كان انكر اول مرة فلا نظن بالمسلم الكذب فيجعل بذلا م والبذل لا يجري في هذه الاشياء ش اي الاشياء المذكورة
التي لا يستحلف فيها فاذا كان كذلك فلا يقضى فيها بالنكول فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يؤذيني فبعث اليه
نفسي واعت له الامساك لا يصح م وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ش يعني ان البذل في هذه الاشياء لا يجري
فبقيت فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل لا يجري فيها م فلا يستحلف ش فيها
لعدم الفائدة م الا ان هذا البذل لدفع الخصومة ش هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ان النكول لو كان
بذلا لا ينبغي ان لا يملكه المكاتب والماذون لانهما لا يملكان البذل فاجاب بقوله فيملكه المكاتب والعبد الماذون
له بقوله الضيافة اليسيرة وتقرير الجواب انهما انما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي وان كانا
لا يملكانه باعتباره كالضيافة منهما لانها من توابع التجارة م وصحته في الدين ش اي صحة القضاء بالنكول م
بناء على زعم المدعي ش هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو كان النكول بذلا لما صح القضاء بالنكول في الدين
لان البذل لا يتحقق فيه لان الدين وصف ثابت في الذمة البذل وتقرير الجواب ان صحة البذل في
في الدين م بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه ش تقريره هذا البذل لم يصح في الدين فاما ان يكون من جهة
القابض او من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني
وهو قوله م والبذل معناه هاهنا ش اي في الدين م ترك المنع ش وجاز له ان يترك المنع م وامر المال
هين ش جواب عما يقال هذا جعل ايضا في الاشياء السبعة المذكورة ترك المنع فاجاب بان امر المال
هين اي سهل لانه خلق في الاصل مباحا مسدا لمصالح الناس فلم يصح في الاشياء السبعة لان امرها ليس بهين
م وقال ش اي محمد في الجامع الصغير م ويستحلف السارق ش يعني اذا كان مراد المسروق منه المال يستحلف
بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول م فان نكل ضمن ولم يقطع ش ولا خلاف
فيه وقال العلامة في شرح كتاب الاستحلاف قال ابو حنيفة لا يستحلف في شيء من الحدود ولا في الزنا
ولا في السرقة ولا في القذف ولا في شرب خمر ولا السكر الا انه ان طالب المسروق منه ضمان المال استحلفه
فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه م لان المنوط بفعله ش اي لان المتعلق بفعل السارق م شيئان
ش احدهما م الضمان ش اي ضمان المال م ويعمل فيه النكول ش يعني يثبت بالنكول لانه يجري فيه البذل
ويثبت مع ما فيه شبهة م والقطع ش اي والثاني القطع م ولا يثبت به ش اي لا يثبت القطع بالنكول لانه لا يجري
البذل في الحد ولا يثبت بما فيه شبهة الاقرار م فصار ش حكم هذا م كما اذا شهد عليه ش اي على السرقة
م رجل وامراتان حيث يثبت المال ولا يثبت القطع م قال ش اي المصنف في الجامع الصغير م واذا ادعت
المراة طلاقا قبل الدخول ش وفائدة تعيين صورة المسالة في الطلاق قبل الدخول حتى يعلم ان دعوى المهر لا
تتفاوت ان يكون الدعوى في كل المهر او نصفه وسواء كان دعوى المهر في ضمن او بدونه هكذا قاله الكاكي
وقال الاكمل فيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بالكل م استحلفها الزوج
فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود
هو المال وكذا في النكاح ش اي وكذا يجري الاستحلاف اذا كان دعوى المال في النكاح وهو معنى قوله
م اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ش ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ش لان البذل يجري
في المال دون النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلنا البذل
لا يجري فيه كما ذكرنا م وكذا ش اي وكذا يستحلف م وكذا في النسب اذا ادعى حقا في الارث ش
بان ادعى رجل على رجل انه اخوه ابن المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي
فرض النفقة على المدعى بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه
بالمال والنفقة دون النسب م والحجر في اللقيط ش اي وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبي لا
يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخته حرة تريد قصر يد الملتقط عن حضانته وارادت استحلافه
فنكل يثبت لها الحجر دون النسب م والنفقة ش بان ادعى النفقة بسبب الاخوة وهو زمن فانكر المدعى
عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنفقة ولا يقضى بالنسب م وامتناع
الرجوع في الهبة ش اي وكذا يستحلف في امتناع الرجوع في الهبة صورته ان الواهب اراد الرجوع
فقال الموهوب له انا اخوك فلا رجوع لك فانكر الواهب يستحلف فان نكل يثبت الامتناع من الرجوع

ولا يثبت النسب م لان المقصود هذه الحقوق ش هذا دليل المجموع اي لان المقصود في الصور المذكورة
اثبات المال فعندنا النكول يثبت المال ولا يثبت النسب لان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز م وانما
يستحلف في النسب المجرد ش قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى المال فانه يثبت المال ولا يثبت النسب
م عندهما ش اي عند ابي يوسف ومحمد م اذا كان يثبت باقراره ش اي اذا كان النسب يثبت بمجرد اقرار المدعى
عليه فان النكول عندهما اقرار وبيان ذلك في قوله م كالاب والابن في حق الرجل ش فان اقراره يصح بالاب
والابن م والاب في حق المراة ش كما اذا ادعت انه ابوها م اي في دعواها الابن ش اي في دعواها الابن اي في
اقرارها به م تحميل النسب على الغير ش فلا يجوز حاصله انه يصح اقرار المراة باربعة بالوالدين والزوج
والمولى ولا يصح بالولد لما قلنا واقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر
بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم م والمولى والزوج في حقهما ش اي في
حق الرجل والمراة وهو متعلق بقوله والمولى والزوج جميعا لان اقرار الرجل والمراة جميعا بالمولى والزوج
يصح وقال شيخ الاسلام جواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر
هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تستفيد
لان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا او اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف
على ذلك فالمسألة على الاختلاف عند ابي حنيفة لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد يستحلف فان حلف برئ عن
الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج عن مسائل الباب م قال ش اي القدوري في
مختصره م ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ش ولا خلاف فيه م ثم ان نكل عن اليمين فيما دون
النفس لزمه القصاص ش عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية م وان نكل في النفس
حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة ش اي الذي ذكر من النكول فيما دون النفس والنكول في النفس والطرف
جميعا وهذا الاختلاف فرع على اختلافهم ومعنى النكول عند ابي حنيفة هو معنى البذل وعندهما معنى اقرار
فيه شبهة لانه لم يصرح بالاقرار وهو معنى قوله م لان النكول اقرار فيه شبهة ش اي شبهة البذلية
او شبهة الاقرار لان النكول اقرار فيه شبهة الانكار م عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا
كان امتناع القصاص لمعنى من جهة عليه ش يتعلق به لانه لو كان امتناعه من جهة كما القصاص لا يجب القصاص
المال ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين … على الشهادة حيث لا يقضى بشيء فامتنع
القصاص من له فلا يجب المال ايضا ونظيره بقوله م كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ش يجب المال لا بعكسه
لا يجب المال م ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ش لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فاذا
كان كذلك فيجري فيها البذل ش كما في الاموال م بخلاف الانفس ش حيث لا يجري البذل فيها واوضح ذلك بقوله
م فانه لو قال ش اي فان الواحد لو قال للاخر م اقطع يدي فقطعها لا يجب ش لانه الضمان وهذا ش اي عدم الضمان
م اعمال البذل ش وهو بذل مفيد لكونه دافعا للخصومة م الا انه لا يباح ش جواب اشكال وهو ان يقال لو كان
الاطراف كالاموال ينبغي ان يباح القطع بالبذل كما يباح المال بالبذل فاجاب عنه بانه لا يباح م للقطع لعدم
الفائدة ش كما اذا قال لغيره احرق ثوبي او القه في البحر لا يباح لعدم الفائدة م وهذا البذل ش اي
م مفيد لانقطاع الخصومة به ش اي بهذا البذل م فصار كقطع اليد للآكلة ش على وزن الفاعلة وهي قرحة
فاشية في البدن كثيرة العفن وسببها دم فاسد عفن يستحيل الى السوداء واول علاجها استفراغ الخلط
السوداء م وقلع السن للوجع ش عطف على قوله لقطع اليد للآكلة لان القطع ههنا مفيد فلو قطعه لا يجب
عليه شيء بخلاف القطع في السرقة فان القطع فيها خالص حق الله تعالى فلا يثبت مع الشبهة م واذا امتنع
القصاص في النفس نحوه حق الله تعالى خالصا ولا يجري البذل في حقوقه م واليمين حق مستحق يحبس به ش
اي حق اليمين فالدليل على ذلك ما قاله ش الا ترى اي بالحق المستحق م كما في القسامة ش فانهم اذا نكلوا عن اليمين
يحبسون حتى يقروا او يحلفوا م قال ش اي القدوري م واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعط
كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه ش اي حق المدعي وهو اختلاف السلف في اخذ الكفيل
روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز والكفالة بالنفس جائزة عندنا وهذا
استحسان كما يجيء الان وبه اخذ علماؤنا والقياس انه لا يجوز كذا ذكر شمس الائمة السرخسي لان مجرد الدعوى
ليس سبب الاستحقاق م وقد مر من قبل ش اي اول كتاب الكفالة وعند الشافعي لا يجوز الكفالة بالنفس

م واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا ش قيد به لان في القياس ان لا يؤخذ كفيل قبل اقامة البينة وبه
قال الشافعي م لان فيه ش اي في اخذ الكفيل م نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور مستحق
عليه ش اي على المدعى عليه م بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ش بلفظ المجهول من الاعداء يقال استعدى الامير فلان
على من ظلمه اي استعان به فاعداه الامير اي اعانه عليه ونصره وفي المبسوط الاشخاص الى بابه يثبت بمجرد الدعوى
لا فيه من النظر له وليس في التكفيل كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء يكون تكفيله فلا يتضرر
م ويحال على صيغة المجهول بالنصب عطفا على قوله حتى يعدى عليه وهو من الحيلولة م بينه ش اي بين المدعى عليه
وبين اشتغاله فيصح التكفيل باحضاره ش وفي بعض النسخ فيصح الكفيل م والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة
وهو الصحيح ش واحترز به عما روي عن ابي يوسف انه يوخذ الكفيل الى المجلس الثاني م ولا فرق في الظاهر ش اي
في ظاهر الرواية م بين الخامل ش بالخاء المعجمة من خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر م والوجيه ش هو الذي
له وجاهة وقدر بين الناس فروي عن محمد اذا كان الرجل معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي شخصه بذلك
القدر من المال فانه لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن ان اعطى بنفسه كفيلا مختارا يوخذ منه وان لم يعطه لا يجبر
القاضي على ذلك م والحقير من المال ش اي ولا فرق ايضا بين الحقير وهو الذي له كثرة م والخطير ش اي
بين الحقير الذي له الخطر في الاتصاف بالمالية وعن محمد اذا كان المال حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك
القدر من المال لا يجبره ولكنه ان اعطى من غير تعلل فالاولى ولو ادعى انه محتشم فان القاضي يحكم فيه
الزي الا اذا كان المرء من العلماء او من العلوية لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم فاما في حق الغير يحكم الزي
ان كان عليه زي الفقراء كان القول قوله وان كان عليه زي الاغنياء لا يكون القول قوله وحكم الثابت
والزي جائز قال الله عز وجل ان كان قميصه قد من قبل الاية فعلم ان تحكيم العلامة جائز. ثم لا بد
من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي ش اي او قال م شهودي
غيب ش بفتحتين على التخفيف وهو جمع غائب مثل خدم وخادم ويجوز غيب بضم الغين وتشديد الياء وهو ايضا
جمع غائب على القياس م لا يكفل لعدم الفائدة ش لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك
محال والغائب هالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب م قال ش اي القدوري م فان فعل ش اي فان اعطى
الكفيل م والا ش اي وان لم يعط م امر بملازمته ش اي ملازمة المدعى عليه م كيلا يذهب حقه ش اي حق المدعي م الا
ان يكون غريبا ش اي الا ان يكون المدعى عليه … كونه م على الطريق ش اي مسافرا فاذا كان كذلك م فيلازمه
مقدار مجلس القاضي ش لان هذا القدر لا يمنعه عن الرفقة ويحصل النظر للمدعي فاما في امساكه على باب القاضي
يوما او اكثر ليحضر المدعي بينة ضرر على المطلوب فاذا جاء اوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته
فان القاضي يخليه ويخلي سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب
انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر ففيه اقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل وهو
الاقامة والسفر عارض وقال بعضهم القاضي يسأله مع من يريد السفر فان اخبر مع فلان فالقاضي
يبعث اليه من يسأله هل استعد للخروج معكم فان قالوا نعم يقبل ذلك منه فيمهله الى اخر المجلس فان احضر
المدعي بينة في هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله شيئا نعم انه يبقى ثلاثة ايام لا اصل
الاستعداد فعلنا انه يحبس على اعطاء الكفيل ثلاثة ايام م وكذا لا يكفل به الى اخر المجلس ش اي الى اخر مجلس القاضي
م والاستثناء ش اي الاستثناء المذكور بقوله الا ان يكون غريبا م ينصرف اليهما ش اي الى الملازمة والتكفيل
وهذا التقدير انما يحتاج اليه على رواية القدوري لانه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في حق الملازمة ولا
التكفيل ومدته فان فعل والا امر بملازمته الا ان يكون غريبا على الطريق وانما ههنا قيد ذكر الملازمة
ومدتها ومدة التكفيل فلا يحتاج الى قوله والاستثناء ينصرف لانه ذكر مدة كل واحد باستثناء واحد
م لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك ش اي على مقدار مجلس القاضي م اضرارا به ش اي بالغريب
الذي على الطريق م لمنعه عن السفر ش اي لمنع الكفيل اياه عن السفر والذهاب الى منزله فيؤدي الى الحاق
الضرر به وان كان المدعي يتضرر بذلك لان ضرر السفر حقيقة وضرر المدعي موهوم وربما يكون صادقا
في الدعوى او كاذبا والموهوم لا يعارض المحقق م ولا ضرر في هذا المقدار ش اي في مقدار مجلس القاضي م ظاهر
ش اي من حيث الظاهر لانه بهذا المقدار لا ينقطع عن الرفقة م وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله
تعالى ش وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار ويبعث امينا حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلسه في

موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل يتصرف والمدعي يدور معه
ولا يمنعه من الدخول الى اهله لكن الطالب يجلس على باب داره وفي فتاوى الصغرى المطلوب اذا اراد ان يدخل
داره فاما ان ياذن المدعي للدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل فربما يهرب من جانب
اخر فيفوت المقصود من الملازمة م

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

ش اي هذا فصل في بيان كيفية اليمين وكيفية الشيء صفته ولما ذكر نفس اليمين في اي موضع يكون وفي اي موضع
لا يكون شرع في بيان كيفيتها لان الصفة مع الموصوف م قال ش اي القدوري م واليمين بالله تعالى دون غيره
ش اي دون يمين غير الله تعالى م لقوله عليه السلام ش اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم م من كان منكم حالفا فليحلف
بالله او ليذر ش تقدم هذا الحديث في الايمان م ويؤكد ش اي [illegible]
اليمين م بذكر اوصافه ش اي اوصاف الله تعالى هذا لفظ القدوري قال المصنف م وهو التغليظ مثل ان يقول
قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان
هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه ش اي مما ذكر ولا شيء منه لجواز انه قد ادى البعض
ويذكر صفاته بدون حرف العطف حتى لو قال والله والرحمن والرحيم يكون ايمانا م وله ان يزيد في التغليظ على هذا ش
اي للقاضي او للحالف من جهة الزيادة في التغليظ على المذكور م وله ان ينقص منه ش اي من المذكور وذلك لان
احوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عند التغليظ ومنهم من يتجاسر ولا يبالي م الا انه ش اي ان القاضي م يحتاط ش ه
والمراد من الاحتياط ما ذكره من انه يذكر الاسماء والصفات بدون حرف العطف م كيلا يتكرر عليه اليمين ش لانه
اذا ذكر الواو صارت ايمانا كما ذكرنا م لان المستحق عليه يمين واحدة ش فلا يزاد عليها م وان شاء القاضي لا يغلظ فيقول
قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف م بالصلاح ويغلظ على غيره ش اي غير المعروف بالصلاح
م وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ش والمال الخطير هو المال العظيم م وفي الاقرار اذا قال على لفلان
مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي م قال ش اي القدوري م ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق ش وفي الفتاوى الصغرى
التحليف بالطلاق والعتاق لم يجوزه اكثر اصحابنا واجازه البعض وبه افتى الامام ابو علي بن الفضل بسمرقند وقيل انه
لا يجوز وان مست الضرورة يجوز فاذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتى ان الراي الى القاضي اتباعا لهوى السلف
وفي خلاصة الفتاوى فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وفي الاصل ولا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق
ولا بالحج م لما روينا ش اراد به الحديث المذكور م وقيل في زماننا اذا الح الخصم ش ان كان لحوحا متعنتا لا يبالي باليمين بالله
تعالى م ساغ للقاضي ان يحلف ش من التحليف م بذلك ش اي بالطلاق والعتاق م لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى
وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق ش وفي الفصول للاستروشني لو انكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي وفي المبسوط
لان الاستحلاف يبنى على الخصومة ولا خصم للشاهد وفي الفصول ولو قال المنكر للشاهد هو كاذب واراد تحليف المدعي
ما يعلم انه كاذب لا يحلفه م قال ش اي القدوري م ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه
السلام والنصراني ش اي يحلف النصراني م بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام ش اي
لقول النبي صلى الله عليه وسلم م لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ان حكم الزنا
في كتابكم هذا ش اي هذا الحديث اخرجه مسلم في الحدود عن عبد الله بن مرة عن البراء بن عازب رضي الله عنه قال
مر على النبي صلى الله عليه وسلم بيهودي محمم مجلود فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم قالوا نعم فدعى رجلا من
علمائهم فقال انشدك الله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم فقال اللهم لا ولولا انك
نشدتني بهذا لم اخبرك نجد حد الزاني في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا
اخذنا الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والضعيف فاجتمعنا على التحميم
والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول من احيى امرك اذ اماتوه فامر به فرجم
قال الشراح وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وكان اعلم من بقي منهم بالتوراة وقد صرح باسمه في سنن ابي داود
عن سعيد عن قتادة عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يعني لابن صوريا الحديث وكذا [illegible]
وقال الاترازي روي في السير مسندا الى البراء بن عازب ثم ذكر الحديث وليس لذلك الحديث في صحيح
مسلم كما ذكرنا وان اراد بالسنن سنن ابي داود فليس بصحيح [illegible]
وابن صوريا بضم الصاد المهملة وكسر الراء [illegible] العجمي وهو والد عبد الله كما ذكرنا قوله انشدك
من نشد ينشد من باب نصر وفي المغرب نشدتك الله [illegible] ومنه قولهم في الاستعطاف نشدتك الله

بالله اي سألتك بالله وطلبت اليك بحقه م ولان اليهود يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام
ش اي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام م ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار ش اي من اليهودي والنصراني م بذكر
المنزل ش بفتح الزاي على نبيه عليه السلام م ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار ش لانهم يعتقدون الحرمة في النار فيمتنع
عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود م وهكذا ذكر محمد في الاصل ش وفي المبسوط وكانه وقع عند محمد ان المجوس
يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال [illegible] يذكر ذلك في اليمين وبه قال الشافعي في وجه وهو اختيار
بعض مشايخنا م ويروى عن ابي حنيفة انه ش اي ان القاضي م لا يستحلف احدا الا بالله خالصا ش يعني لا يذكر غير اسم الله
وصفاته لا في حق المسلمين ولا في حق الكفار م وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار
بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع الله تعالى تعظيمها ش اي تعظيم النار م وما ينبغي ان تعظم ش اي النار م بخلاف الكتابين
ش يعني التوراة والانجيل لان كتب الله معظمة ش لان الكتب الاربعة كلام الله عز وجل وتعظيمها واجب م والوثني لا
يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله ش فان قلت
لو كانوا يعتقدون الله لم يعبدوا الاوثان والاصنام قلت انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا ترى
الى قوله تعالى ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى فاذا ثبت انهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين
الكاذبة بالله عز وجل فيحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول وفي شرح الاقطع واما الصابئة فان كا
نوا يؤمنون بادريس عليه السلام استحلفوا بالله الذي انزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون
الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب والوثني نسبة الى عبادة الوثن وهو ما له جثة من خشب او حجر
او فضة او جوهر ينحت والجمع اوثان وكانت العرب تنصبها وتعبدها والصابئة جنس من الكفار كذا قال الجوهري
من صبا اذا خرج من دين الى اخر م قال ش اي القدوري م ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها بل
هو ممنوع عن ذلك ش اي عن الحضور في بيوت عبادتهم لان فيه تعظيم ذلك المكان ففي اي مكان حلفه جاز وفي الاجناس
قال في [illegible] وان سأل المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعة او كنيسة فيحلفه هناك فلا باس ان يفعله
اذا اتهمه وعن ابي الخطاب الحنبلي ان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها وبه قال مالك
في رواية م قال ش اي القدوري م ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان ش اما التغليظ بالزمان ففي
يوم الجمعة بعد العصر واما التغليظ بالمكان فبالركن والمقام ان كان بمكة وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم
ان كان بالمدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي سائر الجوامع في سائر البلاد وبقولنا قال احمد
وقال الشافعي في قول يستحب التغليظ مكانا وزمانا وفي قول يجب التغليظ بهما وقال مالك في دعوى دم
ونكاح وطلاق ورجعة وايلاء ولعان وعتق وحد وولاء ووكالة ودم وجناية وكل ما ليس بمال ولا المقصود منه
المال حتى يجري في الولادة والرضاع وعيوب النساء ومال كثير وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالا ومن الفضة
مائتا درهم وفيما دون ذلك لا يغلظ في كل قليل وكثير ومن به مرض او زمانة لا يغلظ عليه المكان وكذا الحائض والمحدث
على وجه لا يجب عليهما حضور مجلس القاضي ويحلف الحائض والمحدث على باب الجامع وفي كتاب التفريع للمالكية ويحلف
الناس في المساجد ولا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحلف عنده الا على ربع دينار
فصاعدا ويحلف على اقل من ذلك في سائر المساجد واذا وجبت يمين على امراة حلفت في المسجد ليلا ان كانت ممن لا
تخرج نهارا وفي المستوعب للحنابلة والتغليظ بالزمان بعد صلاة العصر او بين الاذان والاقامة ولا يغلظ اليمين
الا فيما له خطر مثل الجنايات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال الذي يجب فيه الزكاة وقيل فيما
تقطع فيه يد السارق م لان المقصود ش يعني من اليمين م تعظيم المقسم به وذلك ش اي تعظيم المقسم به م حاصل
بدون ذلك ش اي بدون تعيين الزمان والمكان م وفي ايجاب ذلك ش اي الزمان والمكان م حرج على القاضي ه
حيث يكلف حضورها ش اي حضور مواضع معينة من المكان وساعة معينة من الزمان م وهو ش اي الحرج م مدفوع
فان قلت [illegible] الحضور بما روى جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري هذا
بيمين كاذبة تبوأ مقعده من النار وبما روي ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه راى قوما يحلفون بين المقام
والبيت فقال على دم قالوا لا قال فعلى عظيم من المال قالوا لا قال خشيت ان يتهاون الناس بهذا البيت
الجواب ان حديث جابر [illegible] وهذا الطلاق قوله عليه السلام والبينة على المدعي واليمين على من انكر والتخصيص بالزمان
والمكان زيادة عليه باخبار غريبة لا يصلح صحتها فلا يجوز م قال ش اي القدوري م ومن ادعى انه ابتاع من
هذا عبده بالف فجحد ش اي انكر م يستحلف بالله ما بينكما بيع قائم في الحال فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه

بك ثم باع العين ثم تقايل فيه ش لانه اذا احلف على البيع يضطر الى اليمين الكاذبة او الى تسليم العبد الى ملكه ك
بالاقالة وكل ذلك ضرر فهذا هو اليمين الحاصل على ما ياتي ان شاء الله تعالى م وفي الغصب ش اي وفي دعوى الغصب
اذا انكر م يستحلف بالله ما يستحق عليك رده ولا يستحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ ش الغصب م بالهبة
ش بان وهبها المغصوب من الغاصب م وفي النكاح ش اي وفي دعوى النكاح بان ادعى على امراة انه تزوجها فانكرت
ش هي وبالعكس م بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه يطرا عليه ش اي على النكاح م الخلع ش بان
خالعها بعد النكاح م وفي دعوى الطلاق ش اي يحلف في دعوى الطلاق بان ادعت على رجل انه طلقها الا انا وهو ينكر
م بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ش وفي بعض النسخ بما ذكرت م ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح
قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل ش اي على ثبوت الحكم في الحال م في هذه الوجوه ش اي الوجوه المذكورة من
دعوى ابتياع العبد والغصب وفي النكاح والطلاق م لانه ش اي لان المدعى متوجه اليمين في هذه الصورة لو حلف
على السبب يتضرر المدعى عليه م وهذا ش اي الحلف على الحاصل في الوجوه المذكورة م قول ابي حنيفة ومحمد اما على
قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب ش لان اليمين تستوفى في حق المدعي فيوجب ان تكون مطابقة لدعواه
والمدعي يدعي السبب والضابط في الحلف على الحاصل وعلى السبب ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا
فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك
وان لم يتضرر تحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد وعلى السبب عند ابي يوسف م الا اذا عرض ش اي المدعى عليه
م بما ذكرنا ش يعني من قوله بل باع العين ثم تقايل فيه وفي الغصب قد يفسخ بالهبة وفي النكاح قد يطرا عليه الخلع
وفي الطلاق قد يجدد بعد الابانة ومراده من التعريض هذه الاشياء بان يقول المدعى عليه ايها القاضي ان الانسان
قد يبيع شيئا ثم يقال فيه وكذلك بقية الصور م فحينئذ يحلف ش اي يحلفه القاضي على الحاصل وقال
تاج الشريعة التعريض خلاف التصريح والفرق بينه وبين الكناية ان التعريض تضمين الكلام دلالة ليس فيه ذكر
كقولك ما اقبح البخل تعرض بانه بخيل والكناية ذكر الرديف وارادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد وكثير
رماد القدر يعني طويل القامة ومضياف ثم قال ويريد به هاهنا ان المدعى عليه عند عرض اليمين عليه على السبب
يعرض بشيء يعرفه القاضي فيحلفه على الحاصل كما اذا ادعى رجل انه اشترى من هذا هذه الضيعة التي حدها كذا وانكر
المدعى عليه واراد استحلافه يحلف على الحاصل بالله ما بينكما بيع قائم الساعة وقال ابو يوسف يحلف على السبب
بالله ما بعت هذه الضيعة بهذا الثمن الذي يدعي الا ان يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول قد يبيع الرجل الشيء ثم يرجع
اليه بالاقالة او بوجه من الوجوه ولا يمكنني ان اقر بالبيع ثم ادعي الفسخ فحينئذ يحلف على الحاصل م وقيل ش وقائله
شمس الائمة الحلواني م ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلفه عليه ش اي على السبب م وان انكر الحكم
ش بان قال ليس له علي هذا المال ش بان قال ما غصبت ولا استقرضت م الذي يدعي ولا شيء منه م يحلف على الحاصل
ش وقال في الذخيرة هو الاحسن وعليه عمل اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي ويقول
الحلواني قال مالك واحمد والشافعي في وجه كقول ابي يوسف م والحاصل ش اي التحليف على الحاصل م هو الاصل
عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد وهو ان يقول بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه م اذا كان سببا
يرتفع برافع ش كالبيع يقال فيه ش اي في التحليف على الحاصل م ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب
بالاجماع ش واوضح ذلك بقوله م وذلك ش اي ترك النظر م مثل ان تدعي مبتوتة ش اي امراة مبانة تدعي على زوجها
م نفقة ش اي نفقة العدة م والزوج ممن لا يراها ش اي ممن لا يرى نفقة المبتوتة بان كان شافعي المذهب فانه لا
يحلف على الحاصل لان الزوج يكون صادقا في اعتقاده انه لا نفقة لها فلا يمتنع عن اليمين فيكون فيه ترك النظر
لها بل يحلف على السبب لئلا يكون ترك النظر م او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها بان كان شافعيا لانه
لو حلف على الحاصل صدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان كذلك يحلف على السبب بان قيل
في التحليف على السبب ضرر على المنكر ايضا لجواز ان اشتريه ولا شفعة بان سلم او سكت عن الطلب قلنا القاضي لا
بد له من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق هو الشراء واذا ثبت ثبت
له الحق وسقوطه انما يكون باسباب عارضة م وان كان ش اي السبب م مما لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب
بالاجماع ثم اوضح ذلك بقوله م كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه ش فانه يحلف بقوله والله ما اعتقه
لان السبب لا يتكرر هنا م بخلاف الامة ش اذا ادعت على مولاها انه اعتقها فانه لا يحلف بالله لانه يجوز ان اعتقها ثم
ارتدت او لحقت بدار الحرب ثم سبيت ولكن يحلف بالله ما اعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا م والعبد

الكافر

الكافر ش اي وبخلاف العبد الكافر فانه لا يحلف بالله ما اعتقه لان تكرر العتق يحتمل بان نقض العهد ولحق بدار
الحرب ثم سبي ويحلف بالله ما اعتقه في الرق القائم في الحال في ملكه م لانه ش اي لان الشان انه م يتكرر الرق
عليها ش اي على الامة م بالردة واللحاق ش بدار الحرب كما قلنا م وعليه ش اي ويتكرر الرق على العبد م بنقض العهد
ش عن كونه ذميا م واللحاق بدار الحرب م ولا يتكرر ش اي الرق م على العبد المسلم ش لانه بعد الحرية لا يسترق
رقبته م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه ش هذا النوع
اخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات وصورة المسالة في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنهم في الرجل يرث العبد فيجيء رجل فيزعم انه له ولا بينة له على اي شيء يستحلف قال على علمه م انه لا يعلم
له فيما صنعه المورث فلا يحلف على البتات ش وقال شريح وابن ابي ليلى يحلف على البتات وبقولنا قال
ابرهيم النخعي والحسن والشعبي رحمهم الله والحلف بالعلم ان يحلف بالله ما يعلم ان هذا الشيء الذي في يدك لهذا المدعي
والحلف بالبتات اي بالقطع على عدم الاستحقاق والاصل في ذلك ان من ادعي عليه فعل من جهته او ادعي عليه
حق في شيء استفاده بفعله فان اليمين اذا وجبت في ذلك كانت على البتات وكل من ادعي عليه فعل غيره او حق في
شيء ملكه بفعل غيره فاليمين في ذلك على العلم وكلاهما مشروع وقال الحلواني هذا اصل مستقيم اي التحليف
على فعل الغير في المسائل الا في الرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق واثبت الاباق والسرقة
في يد نفسه وادعى انه سرق او ابق في يد البائع واراد التحليف البائع يحلف على البتات مع انها فعل الغير
لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وقيل التحليف
على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الحالف لا علم لي بذلك اما لو قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا
ترى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع
وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الموكل مع يمينه ويحلف على البتات
وهذا التحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الوكيل الثمن فكان له علم
بذلك فيحلف على البتات له اي للعضول واجيب عنه بان هذا تحليف على فعل نفسه وهو التسليم والرد من
حيث المعنى م فان وهب له او اشتراه حلف على البتات ش وهذا من مسائل الجامع اي فان وهب لرجل عبد   مسالة صح
بنفسه او اشتراه وجاء رجل زعم انه له فانه يستحلف البتة لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت
الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سببا اختياريا
باشره بنفسه فيعلم ما صنع م قال ش اي القدوري قال محمد في الجامع الصغير م ومن ادعى على اخر مالا فافتدى
يمينه او صالحه منها ش اي من يمينه م على عشرة دراهم فهو جائز وهو ش اي افتداء اليمين م ما يؤثر عن عثمان رضي الله
عنه ش قال الاتراري روى اصحابنا في شروح الجامع الصغير عن عثمان رضي الله عنه انه دفع المال ولم يحلف
قال البيهقي في كتاب المعرفة في كتاب ادب القاضي قال الشافعي رضي الله عنه بلغني ان عثمان بن عفان
رضي الله عنه ردت عليه اليمين فافتداها وقال اخاف ان يوافق قدر بلاء فيقال هذا بيمينه وفي كتاب
الموطا لابي الوليد باسناد صحيح عن الشعبي وفيه ارسال ان رجلا استقرض من عثمان بن عفان رضي الله عنه ك
سبعة الاف درهم فلما تقاضاه قال له انما هي اربعة الاف فخاصمه الى عمر رضي الله عنه فقال يحلف انها سبعة
الاف فقال فقال عمر رضي الله عنه انصفك فابى عثمان ان يحلف فقال له عمر خذ ما اعطاك وقال
الكاكي اختلفت روايات الكتب ان عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه من ذلك المال او مدعيا في الفوائد
الظهيرية كان مدعى عليه فافتدى يمينه فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه وفي
المبسوط ذكر انه كان مدعيا فادعى مالا لغيره وذكر الاول هو الصحيح م وليس له ش اي للمدعي م ان يستحلف
ش اي المدعى عليه م على تلك اليمين لانه اسقط حقه ش اي بالصلح والافتداء والله سبحانه وتعالى اعلم ه

باب التحالف

ش اي هذا باب في بيان التحالف بين الاثنين ه
ولما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان يمين الاثنين والاثنان بعد الواحد في الوجود م قال ش اي القدوري
واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى الاخر اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع ش بان
قال كر من الحنطة م وادعى المشتري اكثر منه ش بان قال كران م فاقام احدهما البينة قضي له بها ش اي
بالبينة م لان في جانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها ش لانها توجب الحكم على القاضي والدعوى لا توجبه
م وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة

لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة وسالمة من المعارض م ولو كان الاختلاف
في الثمن والمبيع جميعا ش بان قال البائع بعتك هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري اولي المبيعين
سطلي الى الزيادة الاثبات ش وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا وهو قول
زفر يقضي بها للمشتري بمائة وخمسة وعشرين م وان لم يكن لكل واحد منهما حجة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن
الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود
قطع المنازعة م وهذا جهة ش اي في قطع المنازعة م لانهما ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علماه ش اي بالفسخ م يتراضيان ش
اي بما ادعى كل واحد منهما م فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض ش اي
قبل قبض المشتري السلعة م على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي تسليم المبيع
بما نقد والبائع ينكره وكل واحد منهما منكر فتوجه اليمين على من انكر بالحديث المشهور م فيحلف ش اي كل واحد منهما يحلف م فاما
ش اي فاما تحالف البائع والمشتري م بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع
في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم قوله عليه السلام
م اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ش هذا الحديث روي عن عبد الله بن مسعود من طرق
وقال المنذري هذا الحديث من طريق عبد الله بن مسعود طرقه لا تثبت وقد وقع في بعضها اذا اختلف البيعان والمبيع قائم
بعينه وفي لفظ والسلعة قائمة وهو الاصح فانه من رواية ابن ابي ليلى وفي بعض طرقه انقطاع وفيه عبد الرحمن بن قيس
وهو مجهول الحال وفي بعض عبد الرحمن ابن عبد الله ابن مسعود وهذا لم يسمع من ابيه وقيل انه من قول بعض الطرق والبعض
من بعض شراح الهداية انه يقول هذا الحديث صحيح مشهور م قال ش اي القدوري م ويبتدئ ش اي القاضي م بيمين المشتري
وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح ش احترز به عن قول ابي يوسف الاول ورواية عن ابي
حنيفة انه يبدأ بيمين البائع وقال الكاكي وبالصحيح قال زفر والشافعي وقال الرازي وعند زفر يبدأ بيمين البائع كذا
في المغرب وقال اصحاب الشافعي في المسئلة ثلاثة اقوال احدها يبدأ بيمين البائع والثاني يبدأ بيمين المشتري والثالث
الحاكم بالخيار ومنهم من قال يبدأ بيمين البائع بكل حال كذا في شرح الاقطع وقال العبد وذكر في شرح كتاب الاستحلاف وهو
ان المشتري ان كان اسبقهما بالخصومة وادعى على البائع ابتدأ بيمين البائع وان كان البائع ابتدأ بالدعوى ابتدأ بيمين
المشتري م لان المشتري اشدهما انكارا لانه مطالب اولا بالثمن ش فيكون بادئا بالانكار فالبادي اظلم م ولانه يتعجل
فائدة النكول ش واليمين شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفى بالنكول م وهو ش اي التعجيل بفائدة النكول م الزام
الثمن ش والبائع يتاخر فائدته لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن وهو معنى قوله م ولو بدأ ش اي القاضي
م بيمين البائع يتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن ش لانه يقال له امسك المبيع حتى تستوفي الثمن فكان
تقديم ما يتعجل فائدته بالنكول اولى م وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البائع م لقوله عليه السلام ش اي لقول
النبي صلى الله عليه وسلم م اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ش هذا الحديث رواه ابو داود عن الاعمش
عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد عن ابيه عن جده ان عبد الله بن مسعود باع للاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الخمس بعشرين الف
درهم فارسل عبد الله اليه في ثمنهم فقال انما اخذتهم بعشرة الاف درهم فقال عبد الله ان شئت حدثتك بحديث سمعته
من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول قول رب السلعة او
يتتاركان ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقال ابن القطان وفيه انقطاع بين محمد ابن الا
وابن مسعود ومع الانقطاع عبد الرحمن بن الاشعث مجهول واخرجه الترمذي عن عون بن عبد الله قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار فقال حديث مرسل بان عون بن عبد الله
لم يدرك ابن مسعود وجه الاستدلال انه عليه السلام م خصه بالذكر ش اي خص البائع بالمذكور حيث جعل القول
قول البائع م واقل فائدته التقديم ش اي اقل احوال هذا التخصيص ان يفيد التقديم واجاب الاقطع بانه انما خص البائع
بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وقد مضى ما سكت عليه السلام
عما تقدم بيانه وبين ما يشكل فلم يتقدم بيانه م وان كان بيع عين بعين ش وهو المقايضة م او ثمن بثمن ش وهو الصرف
م بدأ القاضي باحدهما شاء لاستوائهما ش اي في فائدة النكول وبه قال الشافعي في كل البيوع في وجه وانما ذكر المصنف
هذا التفريع على مسئلة القدوري م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف ش بانه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ربما يعلم

ويكون بارا في يمينه فلقد اشتراها بالف وخمسمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه
بالف ربما يحلف ويكون صادقا لجواز انه باعه بالف وخمسمائة فيبطل حق المشتري م ولا يصح الاقتصار على النفي لان
الايمان على ذلك وضعت ش اي على النفي وضعت لا على الاثبات كالبينات وضعت على الاثبات م دل عليه ش اي على
انها وضعت على النفي م حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ش وسيأتي حديث القسامة في بابه ان شاء الله تعالى
م قال ش اي القدوري م وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما ش هذا كلام القدوري وقال المصنف م هذا يدل على
انه ش اي ان البيع م لا ينفسخ بنفس التحالف ش ما لم يفسخ القاضي وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال
اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع ولم ينفسخ بالتحالف وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان حلفا لا يقال ان يترك
البيع بما قال وفي الاستحسان يتحالفان ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما حتى ان احدهما لو اراد ان
يلزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك وقال بعضهم بنفس التحالف ينفسخ والاول اصح انتهى وقال الامام
الناطفي في تهذيب ادب القاضي وان حلفا لا يفسخ القاضي البيع بينهما حتى يطلبا ذلك او يطلبه احدهما لان الفسخ حق لهما
دليل قوله عليه السلام انه قال تحالفا وترادا م لانه لما لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما يبقى بيع بلا ثمن مجهول فيفسخه القاضي
قطعا للمنازعة ش بينهما م او يقال اذا لم يثبت البدل ش للتعارض م يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فيما
فسد البيع ش والاختلاف في البدل يوجب الاختلاف في العقد لان كل واحد ادعى عقدا غير الذي ادعاه الاخر فكان البيع
بلا حالة البدل م قال ش اي القدوري م وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر فقال المصنف م لانه جعل
باذلا ش فيصح البدل في الاعواض م فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فيلزم القول بثبوته ش لعدم المعارض م قال
ش اي القدوري م وان اختلفا في الاجل ش اي في اصله او قدره م او في شرط الخيار ش او في استيفاء بعض الثمن ش
اي او اختلفا في استيفاء بعض الثمن ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن م فلا تحالف بينهما ش عندنا وبه قال احمد
وقال زفر والشافعي ومالك واحمد تحالفا ولو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع م لان هذا ش اي الاختلاف
في الاجل او شرط الخيار او استيفاء بعض الثمن م اختلاف في غير المعقود عليه ش وهو البيع م والمعقود به ش
وهو الثمن م فاشبه الاختلاف في الحط ش اي في الحط من الثمن م والابراء ش اي من الثمن وفيهما لا يجب التحالف فكذا هنا م وهذا ش
اشار الى قوله اختلاف في غير المعقود عليه م لان بانعدامه ش اي بانعدام الاجل م لا يختل به قوام العقد ش لان الاجل
وشرط الخيار امر زائد في العقد لان العقد يصح بدونهما ولهذا لو اختلفا في الثمن فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف درهم
والاخر بالفين لا تقبل ولو اختلفا في الاجل فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف الى شهر والاخر بالبيع بالف يقبل ويقضي
بالبيع بالف حالة وكذلك لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام والاخر شهد انه باعه ولم يذكر الخيار جازت
الشهادة م بخلاف الاختلاف في وصف الثمن ش اي في جودته ورداءته م وجنسه ش وهو كون الثمن دراهم او دنانير
م حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر ش اي في قدر الثمن م في جريان التحالف ش اي في وجوبه م لان ذلك ش اي
الاختلاف في الوصف والجنس م يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ش بانه جيد او ردي او وسط
م ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ش قيل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واوضح ذلك بقوله م الا
ترى ان الثمن موجود بعد مضيه ش اي بعد مضي الاجل يعني يبقى بعد مضي الاجل فلا يسقط بسقوط الاجل م قال ش
اي القدوري م والقول قول من ينكر الاجل والخيار مع يمينه ش لانهما اذا لم يتحالفا يكون القول قول المنكر لان ذلك
امر عارض والقول قول المنكر في العوارض وهو معنى قوله م لانهما ش اي لان الاجل والخيار م يثبتان بعارض الشرط ش
يعني الشرط عارض على اصل العقد م والقول لمنكر العوارض ش وهذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة ان القول
قول من يدعي الخيار كذا في التحاليف لانه ينكر زواله عن ملكه او وجوب الثمن عليه م قال ش اي القدوري م فان
هلك المبيع ش بعد قبض المشتري م ثم اختلفا ش يعني في مقدار الثمن م لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول
قول المشتري ش مع يمينه وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية م وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك
ش يعني بعد التحالف يترادان العقد بالقيمة م وهو قول الشافعي ش وقول مالك في رواية واحمد في رواية ولمالك
اربع روايات اذا اختلفا في مقدار الثمن احداها ما ذكرنا والثانية يتحالفان قبل قبض المشتري السلعة والرابعة
يتحالفان بعد القبض ما لم يتركها م وعلى هذا ش اي وعلى هذا الاختلاف م اذا خرج المبيع من ملكه ش اي عن ملك
المشتري بالبيع او الهبة م او صار ش اي المبيع م بحال لا يقدر ش اي المشتري م على رده بالعيب ش اي بحدوث
العيب فيه م لهما ش اي لمحمد والشافعي م ان كل واحد منهما ش اي من المتعاقدين م يدعي العقد الذي
يدعيه صاحبه والاخر ينكره ش لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقدا ينكره المشتري والمشتري

يدعي عقدا ينكره البايع م وانه شر اي وان التحالف م يفيد زيادة دفع الثمن شر عن المشتري لو نكل البايع فلا يرفع
المشتري في زيادة على ما اعترف به فيكون مفيدا وقال الكاكي هذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ما فايدة
التحليف عندك فان فايدته المراد وامتنع المراد بالهلاك فقال بل فيه فايدة وهو دفع الزيادة التي يدعيها البايع
على تقدير نكول المشتري فان قيل هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ لما فايدة تحليف البايع قلنا لم يحصل تمام الفايدة
بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل لزمه ما ادعاه البايع والبايع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البايع
فاذا كان م يتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة شر بان ادعى احدهما الدنانير والاخر الدراهم
بعد هلاك المبيع يتحالفان ولزم المشتري رد القيمة م ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض شر اي بعد قبض
السلعة م على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه م ولا يدعي على البايع شيئا ينكره لان المبيع مملوك له مسلم
اليه باتفاقهما وقد ورد الشرع به شر اي بالتحالف م في حال قيام السلعة شر فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لان
حال هلاكها ليس كحال قيامها لان عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما فانه ينفسخ العقد فيعود كل واحد منهما
الى راس ماله بعينه وبعد الهلاك لم يحصل ذلك اذ العقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك
فكذا بالتحالف م والتحالف فيه شر اي في حال قيام السلعة م يفضي الى الفسخ وهذا جواب عما يقال انه يتعدى الى
غيره بطريق الدلالة فاجاب بقوله والتحالف فيه يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما كما ذكرنا
الان م ولا كذلك بعد هلاكها شر اي بعد هلاك السلعة م لارتفاع العقد شر بالهلاك م فلم يكن في معناه شر فيبطل
الالحاق بالدلالة م ولانه لا يبالي شر هذا جواب عن قولهما ان كل واحد منهما مدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه
وهو قول موجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لانه لا يبالي م بالاختلاف في السبب بعد حصول
المقصود شر وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه فليس يدعي على البايع شيئا ينكره ليجب عليه
اليمين قال الاكمل رحمه الله ولو مضى بحال قيام السلعة بما لو اختلفا سببا وهبة فان في كل منهما المقصود
حاصل والتحالف موجود للاختلاف في السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف
والمذكور في بعض الكتب قول محمد م وانما يراعي شر جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن بقوله م انما يراعي
من الفايدة شر التي يجب بن م ما يوجبه العقد شر والفايدة التي تلك ليست من موجبات العقد والمراد من موجبات
العقد ما لا يكون للعقد وجود بدونه والذي ذكراه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف
ليس من موجبات العقد فلا يترك ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال
قيام السلعة المراد فايدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس
م وفايدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته شر من تمة الجواب اي ليست من موجبات العقد لانها العقد
لا يحتاج اليها لان فايدة دفع زيادة الثمن من موجبات نكول البايع م وهذا شر اي هذا الاختلاف م اذا كان
الثمن دينا شر ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة م فان كان
عينا شر فان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين م يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فايدة
الفسخ شر اي الرد م ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته شر اي او يرد قيمته م ان لم يكن له مثل شر كالحيوان بما
اذا باع حيوانا بحيوان م قال شر اي القدوري م فان هلك احد العبدين شر يعني باع الرجل عبدين صفقة
واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما م ثم اختلفا في الثمن شر فقال البايع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري
اشتريتهما منك بالف درهم م لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك شر والهلاك على
نوعين هلاك حقيقي كهلاك العبد والطعام اذا اكله والثوب اذا احترق ونحو ذلك مما يوجب المغيرات
وهلاك حكمي وهو ان يخرج عن ملكه كله او بعضه وخروج البعض من ملكه كخروج الكل عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض فاذا تحالفا ان خرج الكل من ملكه
فعلى المشتري رد القيمة ومثله ان كان مثليا وان خرج البعض فان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر ويكون التبعيض
عيبا فالبايع بالخيار بعد التحالف ان شاء اخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء رد الباقي واخذ قيمة الكل وان لم
يكن في تبعيضه ضرر وليس التبعيض بعيب فللبايع ان ياخذ الباقي ومثل الغايب وان عاد الى ملكه ثم اختلفا
ان كان العود فسخا تحالفا لانه يترادان العين وان عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يتحالفان ويترادان القيمة م وفي الجامع الصغير القول للمشتري مع يمينه عند ابي حنيفة
الا ان يرضى البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له شر اي من ثمن الميت م وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي

والقول

والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل
السلعة لا يمنع التحالف شر اي عند محمد م فهلاك البعض اولى قال والجواب ان هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة
الجزء وذلك مجهول في القسم عليه فلا يجوز م ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك شر اي لاجل هلاك احد العبدين
فيتقدر بقدره م شر اي فيتقدر الامتناع بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة والجواب عنه هو الجواب الذي مر م ولابي
حنيفة ان التحالف شر بعد القبض ثبت على خلاف القياس م في حال قيام السلعة شر لما عرف ان البايع غير منكر وانما ثبت
بالسنة وورد عند قيام السلعة م والسلعة اسم لجميع اجزائها شر يعني اسم لجميع اجزاء المبيع م فلا يبقى السلعة بفوات
بعضها شر لان بفوات بعضها يفوت الشرط فدل ان الحكم الذي يتعلق به غير معقول م ولانه شر قال الكاكي هذا جواب
عن قول ابي يوسف اي ولانه لتنا م لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة باعتبار
القيمة وهي شر اي القيمة م تعرف بالحزر والظن فيودي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز شر فان قيل يشكل على
قول ابي حنيفة رضي الله عنه ما لو اقام القصار بعض العمل ثم اختلفا في الاجرة ففي حصة ما اقام العمل القول لرب
الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفا بعض المنفعة بمنزلة هلاك
بعض المبيع فينبغي ان يبقى التحالف عنده قلنا عقد الاجارة في حكم عقود مختلفة يتجدد العقد بحسب ما يقيم من
العمل فبان العقد قسمه في البعض لا يتعذر الفسخ في الباقي واما عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر
قسمه في البعض تعذر في الباقي م الا ان يرضى شر اي البايع م ان يترك حصة الهالك اصلا شر لانه يجعل الهالك
كان لم يكن وكان العقد لم يكن الا على القائم م لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد شر
فاذا كان كذلك الامر م يتحالفان شر كما هو الحكم في الاختلاف عند قيام السلعة م وهذا شر اشارة الى قوله لانه
حينئذ الخ وفيه اشارة ايضا الى اختلاف المشايخ في الاستثناء المذكور في الجامع الصغير في قوله الا ان يشاء
البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له فالذي ذكر قول عامة المشايخ اشار اليه بقوله م وهذا تخريج بعض المشايخ
ونصرفوا الاستثناء عندهم الى التحالف شر بيانه انهم قالوا الاستثناء ينصرف الى التحالف اي لا يتحالفان عند ابي
حنيفة الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيئا من ثمن الهالك اصلا فيتحالفان لانه حينئذ صار البيع
كل الحي م كما ذكرنا شر اشار به الى قوله لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد
يتحالفان م وقالوا شر اي بعض المشايخ م ان المراد من قوله شر اي من قول محمد في الجامع الصغير في رواية عن
يعقوب عن ابي حنيفة الا ان يشاء البايع ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا
لما ذكرنا شر انه حينئذ جاز البيع كل الحي م وقال بعض المشايخ شر وهم من مشايخ بلخ م ياخذ من ثمن الهالك بقدر
ما اقر به المشتري ولا ياخذ الزيادة شر قال الصدر الشهيد في شرح الجامع وهو الصحيح يعني القول قول
المشتري مع اليمين الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي فلا تضمنه شيئا مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت
ياخذ ما يقر به المشتري فحينئذ لا يحلف المشتري لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه
البايع في الزيادة فاذا ترك البايع دعوى الزيادة فلا حاجة الى استحلاف المشتري م وعلى قول هولاء شر اي
قول بعض المشايخ الذي ذكرهم م ينصرف الاستثناء شر وهو قوله الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له
الى يمين المشتري شر معناه ان البايع ياخذ الحي صلحا على ما يدعيه من الزيادة قبل المشتري فيحصل صلحهما على
هذا العبد كصلحهما على عبد اخر وجاز تعرض على قولهم الان ياخذ البايع الحي ولا ياخذ شيئا اخر فحينئذ لا يحلف
المشتري م لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري شر وقال شيخ الاسلام
هذا لا يقوى لان الاخذ معلق بمشيته البايع ولو كان كذلك لكان معلقا بمشيتهما م ثم تفسير التحالف على
قول محمد شر لما كان قول ابي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير فيفسر على قولهما فقال التحالف
على قول محمد م ما بيناه في القائم شر اي في البيع الباقي على حاله اراد به ما ذكره بقوله وصفة اليمين ان
يحلف البايع بالله ما باعه بالف الخ م واذا حلفا ولم يتفقا على شيء شر يعني من الثمن م فادعى احدهما الفسخ
او كلاهما شر اي او كلاهما ادعيا الفسخ م يفسخ العقد بينهما ويرد الباقي وقيمة الهالك شر اي ويرد
قيمة الهالك والقول في قيمته للمشتري لان البايع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون القول له كما في قيمة
المغصوب او المقبوض بعقد فاسد م واختلفوا في تفسيره شر اي اختلف المشايخ في تفسير التحالف م على
قول ابي يوسف شر في قوله يتحالفان في القائم دون الهالك قال بعضهم يتحالفان على القائم لان العقد
ينفسخ في حصته لا غير والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع

م

بع

وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه البائع فان نكل لزمه ش اي البائع م دعوى المشتري
وان حلفا يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته ش اي حصة الهالك ويلزم المشتري حصة الهالك
ش من الثمن الذي اقر به المشتري ولا يلزم قيمة الهالك م ويقسم قيمتهما ش اي قيمة الهالك وقيمة القائم
م على الانقسام يوم القبض ش فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على السواء لزم المشتري نصف الثمن الذي
اقر به وسقط نصفه وان تصادقا ان قيمتهما كانت على التفاوت فسقط من الثمن بقدر قيمة القائم ويلزمه
حصة الهالك بقدر قيمة الهالك م وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض ش فقال المشتري كانت
قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة القائم يوم القبض كانت الفا وقال البائع على عكس هذا م فالقول للبائع
ش لان البائع ينكر سقوط زيادة الثمن والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن فكان البائع
متمسكا بالاصل كذا في جامع قاضي خان فان قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتهما يوم العقد
حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام
صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا
بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وفي الفوائد الظهيرية هذا اشكال هائل اورده
على قوم نحارير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يخايل الي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل
لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن فيه تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد
وهو التحالف اما في الحي فظاهر وكذا في الميت لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما من لوازم
في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول
محمد رحمه الله حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة
الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمته يوم القبض م وايهما اقام البينة تقبل بينته ش لانه نور دعواه
بالحجة م وان اقاما البينة فبينة البائع اولى ش لانها اكثر اثباتا لانها تثبت الزيادة في قيمة الهالك ولا
معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف فيها المقصود هو ما كان في قيمة
الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه بقوله م وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل ش اي في المبسوط وهو
قوله م فيما اذا اشترى عبدين وقبضهما ش ولم ينقد الثمن ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عنده
يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ويتقسم الثمن على قيمتهما ش اي قيمة العبدين
م وان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة
السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول قول المنكر وان اقاما البينة فبينة البائع اولى
لانها اكثر اثباتا لانها تثبت الزيادة في قيمة الهالك ش والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر
اثباتا كان اولى م وهذا ش اي اعتبار يمين البائع وبينته م لفقه ش اي لمعنى فقهي دقيق الفقه يقول
وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة الخ كذا فسره الاترازي وقال الكاكي قوله وهذا الفقه
اي قول ابي يوسف من ان القول للبائع والبينة بينته وقال الاكمل وقال تاج الشريعة قوله وهذا الفقه
الخ يعني ان في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر بانه يدعي زيادة القيمة للهالك فيكون البينة
بينته قلت هذا هو المناسب لما ذكره المصنف بقوله م وهو ش ذكر الاترازي الفقه م ان في الايمان
تعتبر الحقيقة ش اي حقيقة الحال م لانها ش اي لان اليمين تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال فيبنى الامر عليها ش اي على حقيقة الحال م والبائع منكر حقيقة ش لانه ينكر سقوط الزيادة م وفي
البينات تعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما ش اي في حق الشاهدين
م والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ش وهو قوله لانها اكثر
اثباتا ظاهرا م وهذا ش اي الذي ذكره في بيوع الاصل م يبين لك يعني ما ذكرناه ش من قول ابي يوسف
في الجامع الصغير ان القول للبائع وقال الكاكي ما ذكرنا من قول ابي يوسف من تفسير في التحالف
ولعدم نقاية التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير كذا ش اي كما قال محمد في بيوع الجامع الصغير م ومن اشترى
جارية ش بالف درهم م وقبضها ش اي قبض الجارية م ثم تقايلا ش اي البيع حال قيام الجارية م ثم اختلفا في الثمن
بان قال المشتري كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة م فانهما
يتحالفان ش لان الاقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع وقطع المنازعة حق الشرع م ويعود البيع الاول

ش حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما
او فسخها القاضي لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ م ونحن ما اثبتنا ش هذا جواب عما يقال النص لم يرد فيها وان الاقالة
لما وجد جريان التحالف فيها فاجاب بقوله ونحن ما اثبتناه ش اي في التقايل م التحالف بالنص لانه ش
اي لان النص ش هو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا م ورد في البيع المطلق والاقالة
فسخ في حق المتعاقدين ش بيع في حق غيرهما فاذا كان كذلك لا يثبت بالنص م وانما اثبتناه ش اي التحالف م بالقياس
لان المسئلة مفروضة قبل القبض ش اي قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة وصار التحالف معقولا وهو معنى قوله
م والقياس يوافقه على ما مر ش اي في اول الباب م ولهذا ش يوضح لقوله وانما اثبتناه بالقياس م نقيس
الاجارة على البيع قبل القبض ش يعني اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة والوارث
على العاقد ش يعني وارث البائع والمشتري اذا اختلفا في الثمن يجري التحالف بينهما وبه قالت الائمة الثلاثة م
والقيمة على العين ش فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة
في يد البائع وضمن القيمة فقامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف
بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وقال الاترازي
قوله والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري وهذه هي النسخة المقابلة بنسخة المصنف
وفي بعض النسخ فيما اذا استهلك المشتري يعني بفتح الراء وفي بعضها فيما اذا استهلك المبيع وقال الامام
حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشتري وقال الكاكي الصواب استهلك
المشتري بضم التاء على بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول اي العين المشترى المستهلك اذ لو استهلك العين
في يد البائع وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض في يد البائع فالقيمة ههنا واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين
في امكان فسخ العقد عليها م ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
لانه ش اي لان محمدا م يرى النص معلولا بعد القبض ايضا ش لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين
لما يدعيه الاخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض م ماله ش اي لمحمد م ومن
اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ش الكر بضم الكاف وتشديد الراء وهو مكيال لاهل العراق معروف وقال
الازهري الكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف صاع وهو ثلاث كيلجات قال وهو
من هذا الحساب اثنا عشر وسقا والوسق ستون صاعا م ثم تقايلا ش اي السلم م ثم اختلفا في الثمن ش يعني
راس المال م فالقول قول المسلم اليه ش مع يمينه لان رب السلم يدعي زيادة وهو ينكر م ولا يتحالفان م لان
الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض ش اي الفسخ م لانه ش اي الاقالة على تاويل التقايل م اسقاط ش للمسلم فيه
يعود دين والدين الساقط لا يعود فلا يعود السلم م بخلاف الاقالة في البيع ش فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع
لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع ثم اوضح ذلك بقوله الا ترى ان راس مال السلم لو كان عينا فرد بالعيب
حتى حكم القاضي بذلك م وذلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود المسلم فيه ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع
اي العقد وري ما ذكرنا على الفرق بينهما ش اي بين السلم وبيع العين م قال ش اي العبد ودي م واذا اختلف
الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور
دعواه بالحجة ش اما قبول بينة المراة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر
للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها م وان اقاما ش اي الزوجان
فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة م معناه ش اي معنى قول العبد ودي في مختصره فالبينة بينة المراة م اذا
كان مهر مثلها اقل مما ادعته المراة ش قيد به لانه اذا كان مثل ما ادعته المراة او اكثر فبينة الزوج اولى لانها تثبت
الحط وبينتها لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل اليه اشار الامام قاضي خان م وان لم يكن لهما
ش اي للزوجين بينة يعني بعد الاختلاف في المهر عجزا عن اقامة البينة م تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح
لان اثر التحالف في انعدام التسمية ولانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع ش اي في النكاح بخلاف البيع لان
عدم التسمية يفسده ش اي عدم تسمية الثمن في المبيع يفسد البيع لانه ركن فيه م على ما مر ش اي في كتاب البيوع و
كتاب النكاح ايضا م فيفسخ ش اي البيع بخلاف النكاح فانه لا يفسخ م ولكن يحكم ش بتشديد الكاف من التحكيم على
صيغة المجهول مسند الى قوله م مهر المثل ش اي يجعل مهر المثل حكما وبين تفصيل ذلك بقوله م فان كان ش اي مهر
مثلها م مثل ما اعترف به الزوج او اقل ش مما اعترف به الزوج م قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له

ش اي ظاهر الحال شاهد للزوج لموافقته قوله مهر المثل م وان كان ش اي مهر مثلها مثل ما ادعته المرأة او اكثر
مما ادعته م قضي بما ادعته المرأة ش لان الظاهر يشهد لها م وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل
مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا ش اي عند ابي حنيفة م لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط
عنه ش اي عن مهر المثل م قال ش اي المصنف رحمه الله م ذكر ش اي القد وري م التحالف اولا ثم التحكيم ش اي ثم
ذكر التحكيم بعده حاصله انه ذكر التحالف اولا اختلفا في المهر اذا لم يكن لاحدهما بينة ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل م
وهذا ش اي الذي ذكره القدوري هكذا م قول الكرخي رحمه الله تعالى ش لان مهر المثل لا اعتبار له اي اعتبار له
مع التسمية م لا التحالف فلهذا ش اي فلاجل ذلك م يقدم ش اي التحالف م في الوجوه كلها ش يعني فيما اذا كان مهر
المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان بينهما م ويبدأ بيمين الزوج م
ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد ش وبه قال الشافعي م تعجيلا لفائدة النكول ش لان اول التسليمين عليه
فاول اليمينين عليه لان الزوج بمنزلة المشتري والمهر كالثمن والبضع كالمبيع واليه ذهب الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي واليه ذهب المصنف ايضا في هذا المقام ولكن لم يتعرض له في باب المهر م كما في المشتري ش فانه يبدأ
بيمينه اولا وقالوا في شروح الجامع الصغير بدأ بالتحالف بالقرعة لانه لا رجحان لاحدهما على الاخر م وتخريج الرازي
بخلافه ش اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف تخريج الكرخي فانه يقول اولا بالتحكيم ثم بالتحالف م وقد استقصيناه
في النكاح ش اي وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب النكاح م وذكرنا خلاف ابي يوسف ش حيث قال ان القول
قول الزوج عند ابي يوسف في جميع ذلك الا ان ياتي بشيء مستنكر م فلا نعيده ش اي فلا نعيد بيان قول ابي يوسف
هنا لا كتفائنا بما ذكرنا هناك م ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه ش اي تدعي النكاح م على
الجارية فهي كالمسألة المتقدمة ش يعني انه يحكم بمهر المثل فلا يشهد له فالقول له وان كان بينهما فيتحالفان
وقد اوضح ذلك صاحب الايضاح حيث قال وان ادعى الزوج ان المهر هو هذا العبد وقالت المرأة هو هذه
الجارية فالكلام فيه كالكلام في الالف والالفين الا في فصل واحد وهو ان مهر مثلها ان كان مثل قيمة الجارية
او اكثر فلها قيمة الجارية لان تملك الجارية لا يكون الا بالتراضي فاذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت
القيمة وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية او اكثر لها مهر مثلها لا بتمام
قيمة الجارية وان كان اقل من قيمة العبد لا مهر مثلها الا ان ترضى باخذ العبد لان تمليك العين الحيوان
لا يمكن الا اذا اتفقا عليه ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع الى قيمتها وهذا الذي ذكره هو الذي ذكره المصنف
بقوله م الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي
ولم يوجد فوجبت القيمة ش اي قيمة الجارية م قال ش اي القدوري م وان اختلفا في الاجارة ش اي وان اختلف
المؤاجران م في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا ش هذا لفظ القدوري وقال المصنف
رحمه الله م معناه اختلفا في البدل او في المبدل ش اراد بالبدل الاجرة وبالمبدل المنافع التي وقع عقد الاجارة عليها
م لان التحالف في البيع قبل القبض ش اي قبل قبض المبيع م على وفاق القياس على ما مر ش اشار الى قوله في
اول الباب لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها م والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض
المبيع ش في كونها عقد معاوضة تقبل الفسخ فالحقت الاجارة به فان قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة
معدومة قلت الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانها تعدد ام وكلامنا قبل استيفاء
المنفعة ش اي كلامنا الذي ذكرناه انما عندنا الاختلاف في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه واما اذا اختلفا
بعد استيفاء المعقود عليه فسيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى م فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر
لانه منكر لوجوب الاجرة ش فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول لان تسليم المعقود عليه
واجب اولا على الآجر ثم يجب الاجرة على المستأجر بعده اجيب بان الآجر ان كان مشروطه التعجيل فهو الاسبق
انكارا م فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة ش لان تسليمه لا يتوقف على تسليم
الاجرة فيبقى انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف م وان وقع ش اي الاختلاف م في المنفعة بيمين المؤاجر
ش هذا على غير القاعدة والاصل اي بالمؤاجر والآجر م وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ش قال شمس الائمة
البيهقي في كتاب الاجارات اذا اختلفا في الاجرة قبل القبض فقال المستأجر بخمسة وقال الآجر بعشرة او في المدة فقال
الآجر شهرا وقال المستأجر شهرين او المسافة قال هذا الى القصر وذلك الى الكوفة يتحالفان وتنفسخ الاجارة
وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ومن اقام حجة تقبل فان اقاما البينة للمؤاجر ان كان الخلاف في قدر الاجرة او نوعها

ادعيا وهذا كله شرح لقول المصنف م وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاماها ش اي كل واحد اقام
بينة م فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة ش لانه اكثر اثباتا م وان اختلفا في المنافع فبينة المستأجر
ش اي اولى م وان كان فيهما ش اي وان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع م قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه
من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة ش نظرا الى كثرة الاثبات م
قال ش اي القدوري م وان اختلفا بعد الاستيفاء ش اي بعد استيفاء المعقود عليه م لم يتحالفا وكان القول
قول المستأجر م وهذا ش اي عدم التحالف م عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع
التحالف عندهما ش اي عند ابي حنيفة وابي يوسف م وكذا على اصل محمد ش يعني هاهنا م لان الهلاك انما لا يمنع
التحالف عنده في المبيع لان له قيمة تقوم مقامه ش لان العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين
فيتحالفان عليها ش اي على القيمة م ولو جرى التحالف هاهنا فسخ العقد ولا قيمة ش اي حتى يكون التحالف عليها م لان
المنافع لا تتقوم بنفسها ش لانها عرض لا يبقى زمانين م بل بالعقد ش اي بل تتقوم بواسطة العقد وتبين انه لا عقد
ش يعني ظهر بحلفهما ان لا عقد بينهما لانفساخه في الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ م واذا امتنع ش اي التحالف
بالاجماع م فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه ش ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول
المستحق مع يمينه م وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في
الماضي قول المستأجر لانه هو المستحق عليه فيما مضى ش وهو المدعى عليه م لان العقد ش يعني في الاجارة م ينعقد
ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر
في البعض تعذر في الكل ش اي فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة فيظهر الفرق م قال ش اي
القدوري م واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة ش فالقول للعبد مع يمينه
او فلا يتحالفان ولا تفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع ش عند الاختلاف
في الثمن م والجامع ش بينهما م ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه
عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا ش اي المتبايعان م في الثمن ش اي في ثمن
المبيع م ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان البدل ش اي بدل الكتابة م مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للعبد
وهو ش اي التصرف م سالم للعبد م لا تفاقهما على ثبوت الكتابة م وانما ينقلب ش اي البدل م مقابلا للعتق
عند الاداء ش يعني اذا ادى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا لفك الحجر الى كونه مقابلا بالحرية فضمنها هي المقصود
كما قيل في وجوب الاجرة في ابتداء عقد الاجارة مقابلا برقبة الدار ثم يصير مقابلا بالمنافع المطلوبة عند حدوثها
لكنها م فقبله ش اي قبل الاداء م لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير ش يعني لا في المبدل
والعبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما ادعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر فاذا كان كذلك م فلا يتحالفان
ش لان التحالف في البيع ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه والكتابة ليست في معنى البيع لان
التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة من الجانبين وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته
على تعجيز نفسه فيدفع عن نفسه ولهذا لا تصح الكفالة به فلا يصح الحاقه بالبيع فيكون القول للعبد مع يمينه
م قال ش اي القدوري م واذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم او طلقها وادعى كل واحد
منهما انه له فما كان يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والاسلحة والكتب ونحو ذلك فالقول
قول الرجل م لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وقال الشافعي وزفر وعثمان
البتي واصحاب الظاهر ما يصلح له اولها او المشكل فهو بينهما بعد التحالف وللثاني بدورثتهما وقال احمد وابن ابي
ليلى والثوري ما يصلح له فهو له مع يمينه وما يصلح لها فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف
وقال مالك نحوه الا انه قال المشكل للرجل وقال ان شرينه الكل للرجل الا ما على المرأة من ثياب بدنها وقال
الحسن البصري ان كان البيت لها فالكل لها مع يمينها الا ما على الرجل من ثياب بدنه وان كان البيت له فالكل له لان البيت
وما فيه في يده م وما يصلح للمرأة فهو للمرأة ش كالوقاية والملاءة والوقاية ما تشد المرأة على رأسها
كالعصابة سميت بذلك لانها تمنع الخمار كالمقنعة م لشهادة الظاهر لها ش اي للمرأة م وما يصلح لهما ش اي للزوج
والمرأة م فهو للرجل ش وما قاضيخان المشكل ما يصلح لهما كالفرس والشاة والعبد والخادم والاواني
والامتعة والذهب والفضة والعقار وقال التمرتاشي ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين الا ان يكون الرجل صانعا
له اساور وخواتيم النساء وحلي وخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون هذه الاشياء لها م وكذا اذا كانت المرأة

جميع ثياب الرجال كالعمامة والقرنس والمنطقة ش لان المراة وما في يدها للرجل والقول في الدعاوي لصاحب اليد م بخلاف ما يختص بها م لانه ش اي لان ظاهر اليد م يعارضه ظاهر اقوى منه ش وهو يد الاستعمال فكان القول لها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فان اللابس اولى بخلاف الاسكاف والعطار اذا اختلفا في آلة الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فيكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبهة ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الالات في ايديهما على السوا فجعلنا بينهما نصفين م ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة م فان مات احدهما ش اي احد الزوجين م واختلف ورثته ش اي ورثة الميت مع الاخر ش وهو الحي منهما م فما يصلح للرجال والنساء ش كالاواني والبسط ونحوها م فهو للباقي منهما ش اي من الزوجين م لان اليد للحي دون الميت ش اي الميت لا يد له م وهذا الذي ش وهذا المجموع الذي م ذكرناه ش من حيث الجملة لا من حيث التفصيل من اول المسئلة الى اخرها م قول ابي حنيفة ش لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله م وقال ابو يوسف يدفع للمراة ما يجهز به مثلها ش جهازا مما يصلح لها م والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز م وهذا ش اي ظاهر المراة م اقوى ش لجريان العادة بذلك م فيبطل به ظاهر يد الزوج ش اي ظاهر المراة فكان معتبرا م والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما كان لهما ش اي وما كان يصلح للزوجين م فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة ش في الدليل وهو ان المراة وما في يدها للزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة واما بالنسبة الى الممات فقوله م والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث ش وبه قال الشوافع قال محمد ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه فيما له فكان المشكل له في حياته مع يمينه فكذا كان القول لورثته م فان كان احدهما ش اي احد الزوجين م مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ش حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت وقال الكاكي رحمه الله قوله وللحي بعد الممات سوا كان الحي حرا او مملوكا هكذا ذكر في عامة نسخ شروح الجامع الصغير ولكن ذكر فخر الاسلام وشمس الائمة في شروح الجامع الصغير لو كان احدهما حرا والاخر مملوكا فالمتاع للحر منهما ولذا ان مات احدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وما وقع في بعض النسخ للحي منهما فهو سهو ومن رواية محمد والزعفراني للحر بالراء وذكر في المختصر السراجي السعيدي ولو كان احدهما مملوكا فاختلفا بعد العتق في الامتعة المشكلة فالقول للحر لقوة يده عند ابي حنيفة وعندهما سوا وذكر في جامع البزدوي والمتاع للحر منهما غير مقيد بالمشكل وصرح به في مختلف السمعية والاقضية ان المتاع كله للحر منهما وعندهما على التفاصيل التي عرفت فيما اذا كانا حرين م

فصل

فيما لا يكون خصما ش اي هذا فصل في بيان من لا يكون خصما عند الدعوى ولما ذكر فيما مضى من يكون خصما ذكر هنا من لا يكون وبضدها تتبين الاشياء فالفصل يشتمل ايضا على ذكر من يكون خصما واجب لكم من حيث العرض لا من حيث القصد بالاصل م واذا قال ش وفي بعض النسخ وان قال م المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي ش صورته دارا او ثوب في يد انسان ادعى رجل عليه انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب اودعنيه الى اخره فاقام ذو اليد بينة على ما قاله فلان فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعي وبه قال مالك واحمد والشافعي في الاظهر وقال ابن شبرمة لا يندفع به وبه قال الشافعي في المنصوص م وكذا ش اي وكذا لا خصومة م اذا قال ش ذو اليد م اجرنيه ش فلان م واقام البينة لانه ش اي لان ذا اليد اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الضبي ابو شبرمة الكوفي القاضي فقيه اهل الكوفة عداده في التابعين روى عن انس بن مالك وقال العجلي كان قاضيا لابي جعفر على سواد الكوفة وضياعها وكان فاضلا ناسكا ثقة في الحديث مات سنة اربع واربعين ومائة م لا تندفع ش اي الخصومة م لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ش اي عن الغائب

واثبات

م واثبات الملك للغائب ووضع الخصومة متعين اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة عليه ش اي على اثبات الملك فالبناء على التعذر متعذر قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ش اي احدهما ثبوت الملك للغائب م ولا خصم فيه فلم يثبت م ودفع خصومة المدعي ش اي والثاني دفع الخصومة عن نفسه م وهو خصم فيه ش لان مقصود ذي اليد اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة ولا اثبات الملك للغائب وفيما هو المقصود المدعي خصم له فيه فتقبل بينته م فيثبت ش به يد الحفظ م وهو كالوكيل بنقل المراة ش الى زوجها م واقامتها البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب م كما بينا من قبل ش اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض يعني ان بينة المراة على الطلقات الثلاث تقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق م ولا تندفع ش اي الخصومة م بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى ش هو محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى الانصاري ابو عبد الرحمن الكوفي الفقيه قاضي الكوفة فيه مقال مات سنة ثمان واربعين ومائة ومن مذهبه انه يخرج من الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لانه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما اقر به لمجرد اقراره فتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة م لانه صار خصما ش دليلنا يعني توجهت الخصومة اليه م بظاهر يده ش ولهذا كان للقاضي احضاره ويكلفه بالجواب م فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه ش فهو متهم في اقراره م فلا يصدق الا بحجة ش كما لا يصدق المدعي في دعوى الملك الا بحجة م وكذا ش كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره ش بالحوالة فانه لا يصدق الا بالحجة م وقال ابو يوسف تندفع الخصومة كما قامت البينة ان كان الرجل ش اي ذو اليد م صالحا ش اي غير معروف الا بالخير والصدق م فالجواب كما قلناه ش اي تندفع الخصومة كما قامت البينة م وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله ش اي المال الذي غصبه من انسان م الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود ش حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه م فيحتال لابطال حق غيره ش بان يقيم بينة على ان فلانا اودعه فيبطل حقه وتندفع الخصومة م فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ش وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف استحسان ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالا قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم قلت زماننا هذا اكثر فسادا والغلبة التزوير وكثرة الحيل فالاحتياط واجب م ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ش اي ولان ذا اليد م ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ولو قالوا ش اي الشهود م نعرفه بوجهه ولا نعرف اسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد للوجه الثاني وهو قوله لا تندفع الخصومة لانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه م وعند ابي حنيفة تندفع الخصومة ش لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول ش وهو ما اذا قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه باسمه ش للجهل بعين حينئذ ان المودع غير المدعى عليه فاذا ثبتت الشهادة ثبت ان يده ليست بيد خصومة وهو المقصود ش ان لا يكون يد خصومة م والمدعي هو الذي اضر بنفسه ش هذا جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان المدعي اضر بنفسه الضرر اللاحق به م حيث نسي خصمه او اضر به شهوده ش اي شهود المدعي عليه م وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعا عليه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فلان فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما للمدعي بدينه وبما اقام المدعا عليه في البينة على ان العين كانت في يده وديعة لان تبين ان ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة م وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى ش اي هذه المسالة من مسائل كتاب الدعوى من الاصل تسمى مخمسة لما فيها من خمسة اوجه لان ذا اليد قال هذا وديعة او عارية او اجارة او رهن او غصبه او تسمى مخمسة لان فيها خمسة اقاويل اشار اليه بقوله م وذكرنا الاقوال الخمسة ش لعلمائنا الثلاثة ولابن ابي ليلى ولابن شبرمة م قال ش اي القدوري م وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم ش يعني اذا ادعى على ذي اليد عينا فقال ذو اليد اشتريتها من الغائب لا تندفع الخصومة م لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما ش كما لو ادعى ذو اليد ملكا مطلقا م ولو قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة ش بانه ان المدعي اذا ادعى فعلا على ذي اليد وقال الدار داري اودعتها عند او اسأجرتها مني او غصبتها مني او ادعيتها مني وقال الذي في يده الدار انها لفلان الغائب اودعنيها او غصبتها

منه وغير ذلك فاقام على ذلك البينة فان الخصومة لا تندفع عنه م لانه ش اي لان ذا اليد م انما صار خصما
بدعوى الفعل عليه لا بيده ش وصيرورته خصما في دعوى الفعل لا يفتقر الى اليد اصلا فضلا من ان يفتقر الى
ملك ويد خصومته ولهذا يصح دعوى الفعل على غير ذي اليد م بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه
ش اي لان ذا اليد خصم في دعوى الملك المطلق م باعتبار يده حتى لا يصح دعواه ش اي دعوى المدعي م على غير
ذي اليد ويصح دعوى الفعل ش اي على غير ذي اليد م وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
فاقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع ش
اي الخصومة م لانه لم يدع الفعل عليه ش اي على ذي اليد بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فالتحق
بالعدم م فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ش لان فيه تجهيل الغاصب م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي
يوسف م ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة ش لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور م والظاهر انه هو
الذي في يده الا انه لم يعينه ش اي لم يعين السارق م درءا ش اي دفعا للحد ش شفقة عليه واقامة لحسبة الستر
فصار كما اذا قال سرقت ش بالخطاب المذكور م بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ش فكان غير معذور
في التجهيل م وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اسقط ش اي اسقط اسقاطا
م الخصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكه ش ولو طلب المدعي
يمينه على ما ادعى من الايداع يحلف على البتات ولو قال ذو اليد اودعني وكيله لا يصدق الا ببينة لان الوكالة
لا تثبت بقوله والله اعلم ه

م باب ما يدعيه الرجلان ش

اي هذا باب في بيان ما يدعيه الرجلان ولما فرغ عن بيان الحكم الواحد شرع في بيان حكم الاثنين لانه بعد الواحد
م قال ش اي القدوري م واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها
بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا ش اي البينتان تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام
والخطاء وهذا قوله القديم وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية م وفي قول يقرع بينهما ش اي ويقضى لمن خرج
قرعته وبه قال احمد في رواية وفي قول الشافعي واحمد في رواية يقضى لمن خرجت قرعته بيمين وعند مالك يقضى
باعدل البينتين فاذا استويا في العدالة يقسم بينهما نصفين وقال الاوزاعي وابن الماجشون المالكي يقضى باكثرهما
عددا لزيادة طمأنينة القلب الى قول الاكثر م لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في
الكل ش يعني في كل العين م في حالة واحدة وقد تعذر التمييز ش اي تمييز الصادقة من الكاذبة م فاذا كان
كذلك فيتهاتران ش اي فيتساقطان م او يصار الى القرعة لانه عليه السلام ش اي لان النبي صلى الله عليه
وسلم م اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ش هذا رواه الطبراني في معجمه الاوسط باسناده الى سعيد
بن المسيب عن ابي هريرة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء فاقام كل واحد منهما البينة
فاقرع بينهما هكذا ذكره الاترازي ولفظ الطبراني فاقام كل واحد منهما بشهود عدول في عدة واحدة
فساهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم اقض بينهما ورواه ابو داود عن ابن المسيب مرسلا
وكذا رواه عبد الرزاق مرسلا ورواه عبد الحق في احكامه وقال وهذا مرسل ضعيف لان عبد
الرزاق رواه عن ابراهيم بن يحيى الاسلمي قال هو متروك م ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة فاقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين ش هذا الحديث
رواه ابن ابي شيبة حدثنا ابو الاحوص عن سماك عن تميم بن طرفة ان رجلين ادعيا بعيرا ورواه عبد الرزاق في
مصنفه عن سماك به ورواه البيهقي في كتاب المعرفة عن الحاكم بسنده عن ابي عوانة اخبرنا سماك بن حرب به
وقال هذا منقطع تميم بن طرفة الطائي المسلي الكوفي من التابعين الثقات مات سنة خمس وتسعين روى
له مسلم ولا حجة بهذا لانقطاعه ويحتج بحديث ابي هريرة رواه اسحق بن راهويه وابن حبان في صحيحه ان رجلين
ادعيا دابة فاقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وروى الطبراني
في معجمه باسناده عن جابر بن سمرة ان رجلين اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في بعير فاقام كل واحد منهما شاهدين
انه له فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وحديث القرعة كان في الابتداء ش اي في ابتداء الاسلام م ثم نسخ
ش لما حرم القمار وكان مباحا م ولان المطلق ش بكسر اللام اي المجوز م للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل
الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد ش اي يعتمد اليد لان الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة
لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فيشهد على ذلك

والاخر

والآخر اعتمد اليد فيشهد على ذلك م فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل
قابله ش اي يقبل التنصيف وصار هذا كالعلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال آخر وباع فضولي من آخر
ذلك المال واجاز المالك البيعين يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف فكذا هنا م وانما ينصف
لاستوائهما في سبب الاستحقاق ش لان المدعي قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالغريمين
في التركة م قال ش اي القدوري م فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما البينة لم يقض
بواحدة من البينتين ش لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك م قال ش اي القدوري م ويرجع
الى تصديق المرأة لاحدهما ش لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ش قال السغناقي لا يترجح احدهما
الا باحدى معان ثلاث احدها اقرار المرأة والثاني بكونها في يد احدهما والثالث دخول
احدهما بها الا ان يقيم الآخر نكاحه اسبق كذا في الخلاصة م وهذا ش اي الحكم المذكور م اذا لم توقت
البينتان ش اي اذا لم يذكرا تاريخا م فاما اذا وقتا ش اي ذكر كل منهما تاريخا م فصاحب الوقت الاول ش
اي التاريخ السابق م اولى ش لما فيه من زيادة الاثبات ولانه لا معارض له في ذلك الزمان فيقضى به
في ذلك الزمان م فان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما ش على الزوجية لان النكاح في يد
احد وهي في يد نفسها فيعتبر اقرارها للزوجية م وان اقام الآخر البينة قضي بها ش لان البينة اقوى من الاقرار
ش لان البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة م ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة
وقضي بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما
هو مثله بل دونه ش اي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الاول لاتصال القضاء بالاول م الا ان يوقت
شهود الثاني سابقا ش على شهود الاول فحينئذ ينتقض الاول م لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين م وكذا
ش اي وكذا الحكم اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج م اذا ادعى انها امرأته
الا على وجه السبق ش اي الا على وجه ان تشهد الشهود ان نكاحه قبل نكاح الاول فحينئذ ينتقض نكاح
الاول لظهور الخطاء فيه بيقين وهذا كله اذا كان التنازع حال قيام المرأة اما اذا كان بعد وفاة
المرأة فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا احدهما اسبق يقضى بالنكاح له والميراث له
ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا او ارخا على السواء فانه يقضى بالنكاح ويجب على كل واحد من الزوجين نصف
المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد والفرق بين المدعي حالة الحياة وبين المدعي بعد الوفاة والفرق
ان المقصود في حالة هو المرأة وهي لا تقبل مشتركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال
يقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل
لان البنوة لا تتجزى هكذا ذكره في الفصول م قال ش اي القدوري م واذا ادعى اثنان كل واحد منهما
انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف م معناه ش اي معنى كلام القدوري م من ذي اليد ش انما قال
هذا احترازا عما سيأتي بعد هذه المسألة وهي انه لو ادعى كل واحد الشراء من غير ذي اليد فهو لا يخلو اما ان يدعيا
الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء في الكتاب م واقاما بينة ش من غير توقيت م فلكل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في
السبب ش وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية والشافعي في قول وقال الشافعي في قول آخر يقرع وبه
قال احمد في رواية وعن الشافعي في قول تسقط البينتان ويرجع الى البائع فان صدق احدهما سلم اليه وحلف
للآخر على القولين والاصح لا يرجح باقرار البائع وبه قال اكثر اصحابه بل يقسم نصفين او يقرع م فصار
كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين ش فيقضى بينهما نصفين م ويخير كل واحد
منهما ش اي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد م لانه تغير عليه شرط عقده
ش وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة عليه ه
م فلعل رغبته في تملك الكل ش اي كل العبد م فيرده ويأخذ كل الثمن ش فان قيل لم لا تبطل احدى البينتين ه
بيقين لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان اجيب
بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت الطلوع
له الشهادة به م وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه
بالنصف فانفسخ البيع فيه ش اي في النصف لانه لما قضى القاضي بينهما بالبيع تضمن قضاؤه فسخ العقد

وحق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بتجديد العقد م لظهور استحقاقه بالبينة شر هذا جواب عما
يقال هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه فاجاب بقوله لظهور استحقاقه شر اي لثبوت استحقاقه بالبينة وهذا
لان استحقاق كل واحد للكل ثابت نظرا الى حجته وانما لم يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه وهو معنى قوله
لولا بينة صاحبه م يعني لولا بينة صاحبه لظهر استحقاقه في الكل وقد انفسخ بقضاء القاضي فلا يعود الا
بالتجديد م بخلاف ما لو قال ذلك شر اي قوله لا اختار م قبل تخيير القاضي شر وهو القضاء عليه م حيث
يكون له ان ياخذ الجميع لانه مدعي الكل ولم ينفسخ سببه شر اي سبب شرائه في الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي
بينته في شي وانما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه له فاذا زالت المزاحمة قضى له بالكل وفي نسخة شيخ العلام
العلاء رحمه الله بعد قوله ولم ينفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم احد الشفيعين
قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء انتهى بيانه فيما ذكرنا الان بقولنا لان القضاء له بالنصف
الى اخر قوله ونظيره اي نظير ما اذا قال احد المدعيين لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي حيث لا يكون للاخر
اخذ الجميع تسليم احد الشفيعين يعني اذا اسلم احدهما قبل القضاء لهما يقضى للاخر بجميع الدار وان سلم بعد
القضاء لا يكون للاخر الا نصف الدار وهو معنى قوله ونظير الاول تسليمه بعد القضاء م ولو ذكر كل واحد
منهما تاريخا شر اي من الاثنين الذين ادعى كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد واقام كل واحد منهما
بينة بالتاريخ م فهو للاول منهما شر اي للاسبق منهما تاريخا وبه قال مالك واحمد والشافعي واختاره المزني وحكي
عن نص الشافعي في البويطي انه لا ترجيح فيه بالسبق م لانه شر اي لان الذي قامت بينته بالسبق م اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به شر اي فيندفع الاخر من الاثنين المذكورين به اي بانه
اي باثبات الشراء في زمان لا يعارضه البينة الاخرى فيه وهو استحقاقها في ذلك الوقت فتبين ان الاخر
اشتراه من غير المالك فتعارضتا م ولو وقت احدهما شر اي ولو ذكر احد البينتين التاريخ م ولم توقت
الاخرى شر اي البينة الاخرى م فهو لصاحب الوقت شر وبه قال مالك والشافعي في قول وفي قول اخر هما وبه
قال احمد م لثبوت ملكه شر اي ملك صاحب الوقت م في ذلك الوقت واحتمل الاخر شر اي الوقت الاخر م ان
يكون قبله شر اي قبل الوقت الاول م او بعده شر اي او يكون بعد الوقت الاول فاذا كان كذلك م فلا
يقضى له بالشك شر لان الحكم لا يثبت بالشك م وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى شر هذا كلام
القدوري وقال المصنف رحمه الله معناه شر اي معنى كلام القدوري ومع احدهما قبض م انه في يده
شر اي القبض ثابت فيه بمعاينته وانما احتاج الى التفسير هذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل
على ان يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع ويجوز ان يكون على
خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت يد احدهما بالمعاينة لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه م
ولانهما شر اي ولان الاثنين استويا في الاثبات فلا ينقض الحكم الثابت بالملك م وكذا اذا ذكر الاخر وقتا
شر اي اذا ذكر بينة الاخر وقتا م فينتفع به ولا يعلم فيه خلاف لان القبض اذا وجد لم ينقض بالشك وذكر الاخر
يحتمل فلا ينقض اليد الثابتة بيقين م لما بيناه شر اشار به الى قوله لان تمكنه من قبضه الى اخره م الا ان يشهدوا
شر اي شهود الخارج م ان شراه شر كان م قبل شراء صاحب ذي اليد لان الصريح يفوق الدلالة شر فاذا كان
كذلك فينتقض به اليد م قال شر اي القدوري م وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة شر اي ادعى هبة
وقبضا وهذا كلام القدوري وقال المصنف معناه من واحد شر اي معنى كلام القدوري من رجل واحد لانه
اذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من رجل اخر يكون بينهما نصفين فلا يكون الشراء اولى وسيجيء ذلك م واقاما
بينة شر اي اقام كل واحد بينة بما ادعاه م ولا تاريخ معهما شر اي والحال ان واحد منهما ليس له تاريخ م
فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين شر اي من جانب البائع وجانب المشتري بخلاف
الهبة فانها ليست بمعاوضة م ولانه شر اي ولان الشراء م يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف
على القبض شر لانه لا يتم الا بالقبض م وكذا الشراء والصدقة مع القبض شر يعني اذا ادعى احدهما الشراء
والاخر الصدقة مع القبض م لما بينا شر اشار به الى قوله لان الشراء اقوى من الهبة م والهبة والقبض والصدقة ادعى م
مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع شر والافتقار الى القبض م ولا ترجيح باللزوم شر
هذا جواب عما يقال لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة وتقرير الجواب
انه لا ترجيح باللزوم م لانه يرجع الى المال شر اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة

الرجوع

٤٩

الرجوع في المستقبل م والترجيح بمعنى قائم في الحال شر يعني ان الاصل ان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال
لا في المآل وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي الشراء اقوى من الهبة لانه يثبت الملك بنفسه والهبة
لا تثبت الملك بدون القبض وكذا الشراء اولى من الصدقة والرهن والنكاح عليها في قول محمد وكذلك قول
ابي يوسف الا في الشراء والنكاح فانه يكون بينهما نصفين والرهن اولى من الصدقة والصدقة والنكاح اولى من
الهبة والصدقة والهبة سواء م وهذا شر اي الحكم بالتنصيف بينهما م فيما لا يحتمل القسمة صحيح عند البعض
شر كالحمام والرحى م وكذا فيما يحتملها شر اي فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان صحيح م عند البعض شر اذا
ع ادعيا الشراء من واحد لان كل واحد يثبت استحقاقه في الكل الا انه لاجل المزاحمة سلم له البعض لان الشيوع
طار فلا يبطل القسمة م وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان
شر قيل هذا قول ابي حنيفة اما عند ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة
الدار لرجلين م وهذا اصح شر اي قول البعض اصح يعني لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف
على قياس هبة الدار فانما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده وعندنا خلاف العقد لا يجوز الهبة لرجلين
عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي ويكون الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها م قال
شر اي محمد م واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امراة انه تزوجها عليه شر صورته ادعى احد الاثنين انه اشترى
هذا العبد من فلان ذي اليد وادعت امراة انه اي ان هذا المدعى تزوجها عليه شر اي على العبد واقام كل واحد
منهما البينة م فهما سواء شر يعني المدعي والمراة سواء يعني يقضى العبد بينهما نصفين م لاستوائهما في القوة
منه شر اي في قوة الدعوى بالبينة ثم اوضح ذلك بقوله م فان كل واحد منهما شر اي من الشراء والتزوج م معاوضة
يثبت الملك بنفسه شر فيستحق المساواة بينهما في الاستحقاق هذا اذا لم يورخا او ارخا تاريخهما سواء واذا
ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق اولى فان قيل الشراء معاوضة مال بمال يوجب الضمان في العوضين
والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء اقوى قلنا النكاح اقوى من
الشراء من وجه لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متاكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك
وراه في المشتري ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري فاذا لم يترجح جانب النكاح بهذا فلا اقل من المساواة
ثم للمراة نصف القيمة على الزوج ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه م وهذا شر اي قوله انهما
سواء يقضى بينهما م عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى م ولها شر اي للمراة م على الزوج القيمة شر اي قيمة العبد
لانه امكن العمل بالبينتين لان تصحيح البينات واجب ما امكن حسنا للظن بالشهود وذلك بتقديم الشراء فيجعل كانه سبق
الشراء ثم التزوج وصحت التسمية في النكاح لان التزوج على عبد الغير صحيح وهو معنى قوله م اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح
وتجب قيمته عند العجز عن تسليمه شر ومتى قلنا بسبق النكاح يبطل البيع فاذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء لانه يفضي
الى تصحيح البينتين جميعا فكان الشراء اولى ووجب للمراة على الزوج قيمته ذلك لان من تزوج امراة على عبد الغير
صح ووجب القيمة فكذلك هذا م واذا ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن اولى
استحسانا وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته شر لان الرهن يثبت اليد والملك اقوى من اليد
فكانت الهبة اولى م ووجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون شر ولهذا قلنا ان الرهن مضمون بالاقل
من قيمته ومن الدين م والمقبوض بحكم الهبة شر اي المقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اولى شر لانه اقوى اثباتا
م بخلاف الهبة بشرط العوضين لانه بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن لانه شر اي لان البيع عقد للضمان يثبت
الملك م صورة شر اي من حيث الصورة في الحال م ومعنى شر اي من حيث المعنى في المآل م والرهن لا يثبته
شر اي الملك م الا عند الهلاك معنى شر اي من حيث المعنى يعني اذا هلك حتى لو مات العبد المرهون يجب
الكفن على الراهن دون المرتهن لانه لم يثبت ملكه وقوله لا صورة شر اي لا من حيث الصورة في الحال م وكذا الهبة
بشرط العوضين شر اي وكذا اقوى من الرهن لما ذكرنا الان م فان اقام الخارجان البينة على الملك شر صورته
اذا ادعى اثنان على اخر في عين واقام كل منهما بينة على الملك يعني بانه ملكه مطلقا م والتاريخ شر بان شهدت
بينة كل منهما بالتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى شر فان كان تاريخ احدهما شهر مثلا وتاريخ الاخر باكثر
منه فمهما كان فالسابق في التاريخ اولى شر لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته شر اي الاخر
جهة انه اول المالكين م ولم يتلق الاخر منه شر فلا يتلقاه م قال شر اي القدوري م واذا ادعيا الشراء من واحد
شر اي ادعى كل واحد منهما انه اشترى هذا العين من واحد كذا قال القدوري وقال المصنف م معناه

ش اي معنى قول القدوري من واحد ش من غير ذي اليد ش قال الاتراري فيه نظر لان معنى دعوى
الشرا من واحد دعوى تلقي الشرا من واحد لا من اثنين وذلك الواحد هو الثالث ثم بعد ذلك لا يخلو اما
ان يكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث او في يد احدهما او في يدهما ولا معنى لقوله معناه
من غير صاحب اليد انتهى وقال الكاكي وفي تقييده بهذا القيد معناه من غير صاحب اليد ليست
زيادة فايدة فان في هذا الحكم المرتب عليه وفي ساير الاحكام لا يتفاوت ان يكون دعواهما الشرا من
صاحب اليد او غيره بعد ان يكون البايع واحدا ولا نعلم فيه خلاف ذكره في الذخيرة م واقاما البينة على
تاريخين ش اي واقام المدعيان الملك كل ان بينة على تاريخين مختلفين م فالاول ش اي صاحب التاريخ
الاول وهو الاسبق م اولى لما ذكرنا انه ش اي ان صاحب التاريخ الاول م اثبته في وقت لا منازع له
فيه ش اي في ذلك الوقت م ولو اقام كل واحد منهما البينة على الشرا ش اي على ان كل واحد اشترى م من
اخر ش اي اقام احدهما على الشرا من زيد مثلا والاخر على الشرا من عمرو م وذكرا تاريخا ش واحدا م فهما على
السواء ش لانهما يثبتان الملك لبايعيهما فيصير كانهما حضرا ش وادعيا م وارخا تاريخا واحدا م ثم يخير كل واحد
منهما كما ذكرنا من قبل ش ان كل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا ترك . ولو
وقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على عدم تقدم الملك
لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا
اثبت احدهما تاريخا يحكم به ش لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تاريخ الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت
بالبينة حتى يتبين انه تقدمه شرا غيره م ولو ادعى احدهما الشرا من رجل والاخر ش اي وادعى الاخر م الهبة
والقبض م والثالث ش اي وادعى الثالث م الميراث من ابيه م والرابع ش اي وادعى الرابع الصدقة والقبض
من اخر واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم ش وفي بعض النسخ من بايعهم كلاهما
بطريق التغليب لان البايع واحد من المملكين الاربع فكان المراد من مملكهم وفي بعض النسخ من يتلقهم اسنده الا
لفظ يتلقون وكذا في نسخة شيخي العلا رحمه الله م فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق ش لانهم
استووا في دعوى الملك وقد اثبتوه بالحجة فيوزع بينهم م قال ش اي القدوري م وان اقام الخارج
البينة على ملك مورخ وصاحب اليد البينة ش اي اقام البينة م على ملك اقدم تاريخا كان اولى ش وقال
المصنف رحمه الله م وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه ش اي وعن محمد م انه لا
تقبل بينة ذي اليد رجع اليه ش اي رجع محمد الى القول بان بينة ذي اليد في الصور كلها لا تقبل الا
النتاج وعند الايمة الثلاثة بينة ذي اليد اولى في الصور كلها لترجحها باليد وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في
نوادره ان محمدا رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا ٢٢
غيره للتاريخ في النتاج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج م ولان البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك ش يعني الشرا ونحوه وهو معنى قوله م فكان التقدم والتاخر
سوا ش يعني في التاريخ لان التاريخ لا يدل على صفة الملك ولا اختصاص وجوده وعدمه سوا وقال
الكاكي في قوله لم يتعرضا لجهة الملك احترز عما لو قامتا على تاريخ في الشرا واحدهما اسبق فالاسبق اولى سواء
كان البايع واحدا او اثنين عندنا خلافا للشافعي في قول م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان البينة
مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ش اي دفع بينة الخارج على معنى انه لا يصح الا بعد اثبات تلقي الملك من قبله
فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره لا يكون الا بالتلقي من جهته ش اي من جهة ذلك الشخص م وبينة
ذي اليد على الدفع ش اي على دفع الخصومة م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور بين ابي حنيفة وابي يوسف
وبين محمد م لو كانت الدار في ايديهما ش فوقتا فصاحب الوقت الاقدم اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد لا عبرة بالوقت م والمعنى ما بيناه ش اراد به ما ذكر من الدليل في الطرفين م ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ش يعني من غير ذكر سبب م ووقت احدهما ش اي احدى البينتين م دون الاخرى
فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه
اقدم ش لان بينته قد دلت على تقدم الملك فكانت اولى م وصار كما لو ادعيا الشرا ش يعني اذا ادعيا من
واحد وارخ احدهما فيقضى للمورخ وهو معنى قوله م كان صاحب التاريخ اولى ولهما ش اي ولابي حنيفة
ومحمد م ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هاهنا ش لانه انما يكون اذا تعين التلقي

من جهته وهنا لم يتعين حيث وقع الشك في التلقي من جهته ش اي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احدهما
لم يحصل اليقين بان الاخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى اذا وقتت كانت اقدم تاريخا م وعلى هذا ش
اي وعلى هذا الاختلاف م اذا كانت الدار في ايديهما ش وارخت احديهما على ملك مورخ والاخرى على
مطلق الملك فعنده سقط التاريخ عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فانه يقول الذي وقت اولى م ولو
كانت ش اي الدار م في يد ثالث والمسالة بحالها ش اي ارخت احديهما فقط م فهما سوا عند ابي حنيفة ش اي
الخارجان سوا عنده وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد م وقال ابو يوسف الذي وقت اولى م وقال محمد
الذي اطلق اولى لانه ش اي لان الاطلاق م دعوى اولية الملك ش فيدل على ملك الاصل م بدليل استحقاق
الزوايد ش المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب والاولاد يعني اذا ادعى رجل ملكا مطلقا كانت الزوايد
كلها له م ورجوع الباعة بعضهم على البعض ش اي وبدليل رجوع البايعين بعضهم على بعض عند استحقاق الملك المطلق
م ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق ش يعني من غير التاريخ م يحتمل غير
الاولية والترجيح باليقين ش يعني العمل باليقين راجح على المحتمل كما اذا ادعيا الشرا وارخ احدهما دون الاخر كان
صاحب التاريخ اولى م ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه ش يعني يزاحمه م احتمال عدم التقدم ش فسقط اعتبار
ش اي اعتبار التاريخ م فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق ش ولم يورخا كان بينهما م بخلاف الشرا ش جواب
عن قول ابي يوسف م لانه امر حادث ش اي لان الشرا امر حادث باتفاقهما عليه واذا كان كذلك م فيضاف الى
اقرب الاوقات ش لانه لا بد للحادث من التاريخ م فيترجح جانب التاريخ ش يعني يرجح المورخ م قال ش
اي القدوري م وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما البينة بالنتاج فصاحب اليد اولى ش سوا اقاما
قبل القضاء للخارج او بعد القضاء له وبه قالت الايمة الثلاثة وقال الشافعي في وجه بينة الخارج اولى بعد
القضا له لان ملك اليد يقضي بزوالها فلا ينتقض القضا وقال في الاصح بينة ذي اليد اولى بعد القضا للخارج
وقبله وقال ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى م لان البينة قامت على ما لا يدل عليه ش اي النتاج م فاستويا
وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له م وهذا ش اي ما ذكرنا من القضا لذي اليد م هو الصحيح خلافا لما
يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده ش اي في يد ذي اليد م لا على طريق القضا ش بل
لعدم القضا بالخارج حاصل الكلام ان عيسى بن ابان يقول عندي في النتاج تتهاتر البينتان لتيقن القاضي
بكذب احدهما اذ لا تتصور نتاج دابة من دابتين فصار كانهما لم تقوما بينة ولو لم تقوما بينة يقضى لصاحب
اليد قضا ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج كذا هاهنا وهذا ليس بصحيح فان محمدا ذكر في خارجين اقاما بينة
على النتاج انه يقضى بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لقضى بترك ملك ذي اليد فعلم ان القضا الذي
لذي اليد قضا استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد كذا في الذخيرة والمبسوط م ولو تلقى كل واحد منهما ش اي من صاحب
اليد والخارج م الملك من رجل واقاما البينة على النتاج عنده ش اي عند الرجل كذا قاله الكاكي وقال
الاكمل عند من يتلقى منه وفي الذخيرة صورة المسالة عبد في يد رجل ادعاه رجل انه عبده اشتراه من فلان
وانه ولد في ملك فلان الذي باعه واقام على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة انه عبده واشتراه من فلان رجل
اخر وانه ولد في ملك فلان الذي باعه فقضي به لذي اليد لان كل واحد خصم في اثبات نتاج بايعه
كما هو خصم في اثبات ملك بايعه ولو حضر البايعان واقاما البينة على النتاج كان ذو اليد اولى فهذا مثله
وهذا معنى قوله م فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ش فيقضى به لذي اليد م ولو اقام
احدهما البينة على الملك المطلق م والاخر ش واقام الاخر البينة على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما
كان يعني سوا كان صاحب اليد او الخارج م لان بينته ش اي بينة صاحب النتاج م قامت على اولية
الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته ش اي من جهة صاحب النتاج م وكذا اذا كانت الدعوى بين
خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ش انه يدل على اولية الملك م ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام
الثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد ش على النتاج م وكذا اذا كانت الدعوى ش لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية ش لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته
في حق اخر م وكذا المقضي عليه بالملك المطلق ش يعني اذا ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبرهنا فقضي
على ذي اليد بالملك عندنا خلافا للشافعي ومالك ثم ان ذا اليد المقضي عليه بالملك المطلق م اذا اقام البينة
على النتاج تقبل وينقض القضا الاول ش لانه بمنزلة النص ش اي النص ترك بخلاف الاجتهاد فينتقض

الاجتهاد به فكذا هنا كما فسره الكاكي وقال … الاكمل لانه بمنزلة النص لدلالته على الاولية قطعا فكان
القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص م قال ش اي القدوري م وكذا النسج في
الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن هذا عطف على قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد
منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى يعني كذا الحكم اذا اقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن
كان ذو اليد اولى لان ما لا يتكرر في معنى النتاج وهو لا يتكرر وفي المحيط النتاج عبارة عن اولية الملك وكل
سبب يشعر باولية الملك فهو كالنتاج وكل ما يتكرر فيه سبب الملك ويصنع مرتين لم يكن في معنى النتاج وان
كان مشكلا هل يتكرر ام لا ففي رواية ابي حفص يلحق بما يتكرر وفي رواية ابي سليمان لا يلحق بما يتكرر فالبناء وغرس
الشجر والقطن النابت وزرع الحنطة والحبوب يتكرر وتشوية اللحم وكتابة المصحف واحتطاط الدار وضرب
اللبن والخياطة والقطع والحشو والصياغة يتكرر ايضا لان هذه الاشياء تفعل مرتين واتخاذ الجبن والطحن وجز
الصوف وغزل القطن لا يتكرر والنسج في الثوب المتخذ من غزل القطن والابريسم لا يتكرر وفي الثوب المنسوج
من الصوف والشعر يتكرر م وكذا كل سبب في الملك لا يتكرر ش يعني يقضى به لذي اليد م لانه في معنى
النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي ش بكسر الميم والعين وبالزاي المشددة والالف المقصورة وان
خففت مددت وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز والميم فيه
زائدة م وجز الصوف ش بان اقام رجل البينة انه صوفه جزه من غنمه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك
كان ذو اليد اولى م وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز ش وهو بفتح الخاء المعجمة
وتشديد الزاي وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ثم
ينسج م والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل بان لم يدر هل يتكرر ام لا يرجع الى اهل الخبرة
لانهم اعرف به والواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال … تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون م فان
اشكل عليهم ش اي على اهل الخبرة م قضي به للخارج لان القضاء ببينته ش اي ببينة الخارج هو الاصل ش
عندنا م والعدول عنه ش اي عن الاصل م بخبر النتاج ش وهو ما روي انه عليه السلام قضى في تعارض
بينتي الخارج لذي اليد وهذا رواه محمد عن ابي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر ان رجلا ادعى ناقة في يد
رجل واقام البينة انها له نتجها عنده واقام الذي هي في يده البينة انها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله
صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده م فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل ش وهو بينة الخارج م قال … ش
اي القدوري رحمه الله م وان اقام الخارج البينة على الملك ش المطلق م وصاحب اليد على الشراء منه
ش اي من الخارج م كان صاحب اليد اولى لان الاول ش اي الخارج م ان كان يدعي اولية الملك فهذا
ش اي ذو اليد م تلقى منه وفي هذا لا تنافي ش بين الامرين فيقضى ببينة ذي اليد م وصار كما اذا اقر
بالملك له ثم ادعى الشراء منه ش فيقضى ببينته م قال … ش اي القدوري رحمه الله م وان اقام كل
منهما البينة على الشراء من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت ش اي تساقطت م البينتان
وتترك الدار في يد ذي اليد م قال ش اي المصنف رحمه الله م وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى
قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ش اي بالبينتين م ممكن ش وذلك بان يجعل كان
ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض وهو معنى قوله م فيجعل كانه اشترى ذو اليد
من الاخر وقبض ثم باع ش اي من الخارج ولم يسلم اليه م لان القبض دلالة السبق كما مر ش من قوله لان
تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه م ولا يعكس الامر ش اي لا يجعل كان الخارج اشتراه من ذي اليد
اولا ثم باعه من ذي اليد لان في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض فلا يجعل كذا لان البيع قبل القبض لا يجوز
وان كان في العقار عنده ش اي عند محمد وايضاح هذه المسألة فيما قاله شيخ الاسلام في مبسوطه اذا
ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من جهة صاحبه بان كانت دار في يد رجل جاء رجل وادعى انه اشتراها من
ذي اليد بالف درهم ونقده الثمن وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج بخمسمائة درهم ونقده الثمن
واقاما جميعا البينة على ما ادعيا فهذا لا يخلو من اربعة اوجه اما ان لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء
او ارخ احدهما دون الاخر او ارخا وتاريخ احدهما اسبق ففي قول ابي حنيفة وابي يوسف تهاترت
البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك لا قضاء استحقاق سواء شهد الشهود بالشراء
والقبض جميعا او شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض لان شراء ذي اليد يعلم من حيث الخارج …

وعند محمد

وعند محمد يقبل البينتان جميعا ويقضى بعقدين الا انهم ان شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض فان شراء ذي اليد يقدم
على شراء الخارج فيجعل كان ذا اليد اشترى اولا من الخارج وقبض ثم باع من الخارج ولم يسلم اليه فيؤمر بالتسليم الى الخارج
وان شهدوا بالشراء والقبض جميعا فانه يقدم شراء الخارج على شراء ذي اليد كان الخارج اشترى اولا من ذي اليد
وقبض ثم باع من ذي اليد بعد ذلك وسلم اليه فيقضى لذي اليد شراء من الخارج م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف
ان الاقدام على الشراء اقرار منه ش اي من المشتري م بالملك للبائع فصار كانهما ش اي كان الشاهدين قامتا على
الاقرارين ش يعني صار هذا بمنزلة ما لو اقام كل واحد منهما البينة على صاحبه بالملك فلو كان كذلك تهاتر الاقراران
جميعا لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه فابطلنا
الاقرار جميعا وهذا مثله ش يعني ان شهود كل واحد منهما لم تشهد بالتاريخ وكل اقرار من طرفها ولا يعرف سبق
احدهما جعلا كانهما وقعا معا فيبطلا للمنافاة بينهما وفيه التهاتر بالاجماع ش قال … تاج الشريعة قبل … الاجماع
… الان عند محمد بينة ذي اليد اولى لما في الجامع … المنظومة حيث قال م وذو اليد المالك منهما ابتنا
… والخارج منها سكنا م فكذا هنا ش اي وكذا اما نحن فيه من تهاتر البينتين م ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك
ش هذا جواب عن قول محمد يعني ان السبب اذا كان مفيدا الحكم يعتبر والا فلا وهنا السبب وهو شراء كل منهما من صاحبه
لا يفيد الحكم وهو الملك لان القضاء بالملك لاحدهما لا يكون الا على وجه مستحق عليه صاحبه م ولا يمكن القضاء لذي
اليد الا بملك مستحق ش اي لا يملك الخارج عليه فاذا كان كذلك بقي القضاء له ش اي لذي اليد م بمجرد السبب
ش دون الحكم م وانه ش اي وان القضاء بمجرد السبب دون الحكم م لا يفيد ش فلا يجوز م ثم لو شهدت البينتان
ش المذكورتان م على نقد الثمن في شراء كل من الاخر بالف مثلا م فالالف بالالف قصاص عندهما ش اي عند ابي حنيفة
وابي يوسف م اذا استويا ش اي الثمنان في الجنس والصفة م لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهد
على نقد الثمن فالقصاص ش اي المقاصة م مذهب محمد للوجوب عنده ش اي لوجوب الثمن عند محمد لان البينتين لما ثبتا
عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عنده على مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب م ولو شهد الفريقان ش اي فريقا
شهود الخارج وذي اليد م بالبيع والقبض تهاترتا ش اي تساقطتا م بالاجماع ش لكن مع اختلاف التخريج فعندهما باعتبار
ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا يتهاتر الشهود وكذلك هاهنا واما عند محمد
هو قوله م لان الجمع ش اي امكان العمل بهما م غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين ش باعتبار انهم لما
اثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزا وليس احدهما باولى من الاخر فتساقطا للتعارض …
ملك صاحب اليد كما كانت فصار كانهم لم يشهدوا م بخلاف الاول ش وهو ما اذا لم يشهدوا بالقبض حيث يقضى
بالبينتين ويكون للخارج عنده لان الجمع بين البينتين ممكن لانا لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض
وهو لا يجوز فيجعل بيعه سابقا وفي الكافي وهذا الخلاف بما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما وذكر فيهما
لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبينتين عند محمد فيقضى بها للذي في اليد اذ العمل بالبينتين ممكن بان يجعل
كان ذا اليد باعها وسلمها بخلاف ما اذا لم يذكروا القبض حيث يقضى بها للخارج لانهما ما اثبتا القبض بالشهادة
وقد ثبت القبض عيانا وهي دلالة السبق فجعلنا ذا اليد مشتريا من الخارج اولا وقبضها ثم باعها من الخارج فيؤمر
بتسليمها اليه م وان وقتت البينتان في العقار ش قيد بالعقار لتظهر ثمرة الخلاف كما ذكر م ولم يثبتا قبضا و
وقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما ش اي عند ابي حنيفة وابي يوسف م فيجعل كان الخارج اشترى
اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو ش اي بيع المبيع قبل القبض م جائز في العقار عندهما وعند محمد
يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه ش اي بيع العقار م قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب
اليد لان البيعين جائزان على القولين ش اي على قولهما وقول محمد م وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى
للخارج في الوجهين ش اي في الوجه الذي شهدوا بالقبض وفي الوجه الذي لم يشهدوا به م فيجعل كانه
اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم ش اي للمشتري م او سلم ثم وصل اليه ش اي الى ذي اليد بسبب
اخر م من عارية او اجارة م قال ش اي القدوري رحمه الله م وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر
اربعة ش اي واقام المدعي الاخر اربعة من الشهود م فهما سواء ش يعني لا يترجح احد المدعيين على الاخر بزيادة
العدد في بينته وبه قال الشافعي في الجديد ومالك في المشهور عنه واحمد وقال الشافعي في القديم ومالك
في رواية يترجح بزيادة العدد لان الغلب … قولهم امثل وعند مالك يترجح بزيادة العدالة فيقضى باعدل
البينتين م لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها

ش اي بل الترجيح بقوة فيها اي في الشهادة والترجيح عبارة عن تقوية احد الطرفين على الطرف الاخر ليعمل به والتقوي
بالوصف يكون وهو معنى الصدق في الشهادة وذلك في ان تعارض شهادة المستور مع شهادة العدل بان ادعى
احد المدعيين مستورين والاخر عدلين فانه يترجح الذي شهد له العدلان بظهور ما يوكد معنى الصدق
في شهادة شهوده ولذلك في النسب والنكاح لم يترجح حجة الخصمين باتصال القبض بها لان ذلك مما يوكد ركن
الحجة فان بقضاء القاضي يتم الحجة في الشهادة ويتبين جانب الصدق وعلى هذا قلنا في العلتين اذا تعارضتا
لا يترجح احدهما بانضمام علة اخرى اليها وانما يترجح بقوة الاثر فيه بتأكد ما هو الركن في صحة العلة وكذلك
الخبران اذا تعارضا لا يترجح احدهما على الاخر بخبر اخر بل بما به يتأكد معنى الحجة وهو الاتصال برسول الله صلى
الله عليه وسلم حتى يترجح المشهور لمثله روايته على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه من حيث الاتصال برسول الله صلى الله
عليه وسلم على الوجه الذي وصل الينا بالنقل م على ما عرف في اصول الفقه قال ش اي القدوري رحمه الله
م واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم
له اي النصف واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينتصف بينهما ش توضيح ذلك انا نحتاج الى حساب له نصف
ولنصفه نصف صحيح واقل ذلك اربعة اسهم فاصل الدار على اربعة اسهم قوله لا منازعة لمدعي النصف
فيما زاد على النصف وهو سهمان يدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار فيبقى النصف وذلك سهمان
استوت منازعتهما فيه فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم فيحصل للمدعي الجميع سهمان بلا منازعة
وسهم مع المنازعة وذلك ثلاثة ارباع الدار وكان له ثلاثة اسهم وللمدعي النصف سهم م وقالا ش اي ابو يوسف
ومحمد م هي ش اي الدار م بينهما ش اي بين المدعيين م اثلاثا فاعتبرا طريق العول ش والعول في اللغة الارتفاع
ومنه عال الميزان وذلك اذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكتفي اجزاء المجموع لها فيحتاج الى العول
م والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ش ايضاح
ذلك ان مدعي الجميع يضرب بالكل والاخر بالنصف فاجعل الدار على سهمين لحاجتك الى النصف فيضرب مدعي
الجميع بالكل وذلك سهمان ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم فيصير الدار بينهما على ثلاثة اسهم ثلثا
الدار لمدعي الجميع والثلث لمدعي النصف وفي الميراث يقسم على طريق العول بالاجماع كما في امرأة ماتت وتركت
زوجا واختا لاب وام واختا لاب للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف وللاخت من الاب السدس تكملة
للثلثين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت في الاصل من ستة وكذا هنا على قولهما م ولهذه المسالة نظائر ش
اي اشباه م واضداد ش يعني الخلاف فيه على عكس هذا عندهما القسم في طريق المنازعة وعنده في طريق العول
م لا يحتملها ش اي النظائر والاضداد م هذا المختصر ش اراد به الهداية م وقد ذكرناها ش اي الاشباه والاضداد
م في الزيادات ش اي في الكتاب الذي جمعه وسماه الزيادات واعلم ان جنس القسمة على اربعة انواع
احدها ما يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الاولى التركة اذا لم توف بالديون فان اصحابها يقسمونها
بطريق العول الثانية اذا زادت سهام اربابها على التركة فانهم يقتسمونها فيما بينهم بطريق العول الثالثة
اذا اوصى بثلث ماله لرجل وبربعه لرجل وبسدسه لرجل ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا الى الثلث يقسم
الثلث بينهم على العول الرابعة الوصية بالمحاباة وصورتها اوصى رجل ببيع العبد الفلاني من رجل
الف درهم وقيمته ثلاثة الاف واوصى بان يباع عبد اخر من الاخر بالف وقيمته الفان حتى حصلت المحاباة
لهما بثلاثة الاف درهم فانه تقسم المحاباة بين الموصى لهما اثلاثا بطريق العول الخامسة الوصية
بالعتق وصورتها ان يعتق هذا العبد نصفه واوصى ان يعتق من عبد اخر ثلثه وذلك لا يخرج من ثلث المال
فيقسم الثلث بينهما بطريق العول فيسقط من كل واحد حصته من السعاية السادسة الوصية بالالف
المرسلة اوصى لرجل بالف مرسلة اي مطلقة وللاخر بالعين لذلك يكون الثلث بينهما بطريق العول السابعة
عبد فقأ عين رجل حر وقتل اخر خطاء فيقسم الجاني بينهما على سبيل العول ثلثاه لولي القتيل وثلثه للاخر الثامنة
مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت قيمته الى ولي الجنايتين تكون القسمة بينهما بطريق العول النوع الثاني
ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسالة واحدة فضولي باع عبد الغير من رجل وفضولي اخر باع نصفه من
اخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون للمشتري الكل ثلاثة ارباعه وللمشتري النصف الربع بطريق
المنازعة النوع الثالث ما يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي ثلاث

مسائل احدها مسالة الكتاب والثانية اذا اوصى لرجل بجميع ماله وللاخر بنصف ماله واجازت الورثة
والثالثة اذا اوصى لرجل بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره النوع الرابع بطريق العول
عند ابي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احدها عبد ماذون له في التجارة بين رجلين ادانه احدهما
مائة وادانه اجنبي مائة ثم بيع في الدين يسقط نصف دين المولى لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب
شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه والثانية اذا ادانه اجنبيان احدهما مائة والاخر
مائتان يقتسمان بينهما على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطاء واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا احدهما فدفع
كان على الخلاف المذكور والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة
ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى
في ثلاثة ارباع قيمتها فيقسم بين الساكتين فيعطى الربع لشريك العافي اخرا والنصف الاخر بينه وبين شريك العافي
اولا اثلاثا ثلثاه لشريك العافي اولا والثلث لشريك العافي اخرا عنده وعندهما ارباعا واما
الاضداد فهي ثلاث مسائل احدها مدبر قتل رجلا خطاء واخر عمدا فله وليان فعفا احدهما فدفع المولى قيمته
كانت القيمة عنده بين ولي الخطاء والذي لم يعف اثلاثا على طريق العول وعندهما ارباعا على طريق المنازعة
والثانية اما اذا كان القاتل عبدا ودفع المولى الى الجانبين والثالثة عبد بين رجلين اذن له في التجارة وقد مرت
هذه الثلاث مسائل في النوع الرابع بطريق العول م قال ش اي القدوري رحمه الله م ولو كانت الدار في
ايديهما ش اي ادعى احدهما نصفها والاخر كلها م سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها على وجه القضاء
وبه قال احمد والشافعي في رواية ومالك فتبقى الدار في ايديهما كما كانت وبه قال احمد في رواية م ولانه ش اي لان
صاحب الجميع م والنصف الذي في يده ش اي في يد صاحب الجميع م صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف
ش فاذا كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب الجميع عن المنازعة فسلم ذلك النصف له بلا قضاء وهو معنى
قوله م وهو في يده سالم له ش اي فالنصف الذي في يد صاحب الجميع عن المنازعة فسلم ذلك النصف له بلا قضاء
م ولو لم ينصرف اليه ش اي الى النصف قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال وهو ان يقال لا نسلم ان دعواه
في النصف الذي في يده حتى يسلم له بل حقه ثابت في الكل فاجاب عنه بانه لو لم ينصرف اليه دعواه ش اي الى
النصف الذي في يده م لكان ظالما بامساكه ش والاصل ان لا يحمل فعل المسلم على الظلم والفساد اذا امكن حمله
على الصحة والسداد م ولا قضاء بدون الدعوى لان دعوى صاحب النصف ينصرف الى النصف الذي في
يده ولم توجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع واذا كان كذلك لا قضاء بدون
الدعوى م فيترك في يده ش اي يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع له لا على وجه القضاء م قال ش
اي القدوري رحمه الله م واذا تنازعا في دابة ش والدابة في يد ثالث م واقام كل واحد منهما البينة انها
نتجت عنده ش قال الجوهري نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله تنتج نتاجا وقد نتجها اهلها نتجا م وذكرا تاريخا
وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى ش لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال
وهو معنى قوله م لان الحال يشهد له ش فاذا كان كذلك م فيترجح ش اي صاحب الذي م وان اشكل كانت م
ذلك عليهما ش اي وان اشكل سن الدابة عليهما م وسقط التوقيت ش لانه لا دلالة فيه فكانهما اقاما البينة
على النتاج مطلقا فكانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين ش اي في دعوى الخارجين م بطلت
البينتان كذا ذكره الحاكم ش الشهيد م لانه ظهر كذب البينتين فيترك في يد من كانت في يده ش وقال
في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين قضي لصاحب اليد ثم قال قال الحاكم الشهيد الصحيح
ان تبطل البينتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت
على غير الوقتين او كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين لانه لم يثبت الوقت فصار كانهما لم يوقتا وفي رواية
ابي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذبهما وفي المبسوط
من مشايخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد وهو ان الدابة بينهما في الفصلين يعني اذا كان
سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين وبه قالت الائمة الثلاثة م
قال ش اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير م واذا كان العبد في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة
احدهما بالغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ش وذلك لان المودع
لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق ق

بوجب التساوي في سبب الاستحقاق م

فصــل م في التنازع بالايدي

ش اي هذا فصل في بيان حكم التنازع بالايدي ولما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد م قال ش اي القدوري رحمه الله م واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى ولا خلاف فيه للائمة الاربعة وفي المضمر لو تعلق احدهما بلجامها والاخر بذنبها فالمتعلق باللجام اولى لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك اما الذنب فقد يتعلق به غيره م لان تصرفه ش اي تصرف الراكب م اظهر في السرج اولى من الرديف وكذا اذا تنازعا في الدار واحدهما ساكنها والاخر اخذ بحلقة الباب ان الساكن اولى وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كانا جميعا راكبين احدهما في السرج والاخر خارج السرج يقضى بالدابة بينهما بالاجماع وروي عن ابي يوسف انه قال يقضى بالدابة للراكب في السرج ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى رجلان على دابة احدهما راكب في السرج والاخر رديف فادعيا الدابة فهي لراكب السرج فاذا كانا في السرج فهي بينهما نصفان هـ وما ذكر في شرح الطحاوي والاجناس ان الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره المصنف بقوله ولذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى من الرديف فذلك على رواية النوادر م بخلاف ما اذا كانا راكبين ش اي في السرج م حيث تكون ش اي الدابة م بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه المتصرف م قال ش اي القدوري رحمه الله م واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما ش هذا لفظ القدوري م وقال المصنف رحمه الله م معناه ش اي معنى ما قال القدوري م لا على طريق القضاء بل يترك في ايديهما لان القعود ليس بيد عليه فاستويا ش اي لان اليد على البساط لا تثبت الا بالنقل والتحويل او بكون في يده ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصبا بمجرد القعود عليه بخلاف الركوب على الدابة فانه يصير غاصبا بمجرد الركوب عليه بغير الاذن م قال ش اي محمد م واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد الاخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة لان كل واحد مستمسك اليد الا ان احدهما اكثر استمساكا م فلا يوجب زيادة في الاستحقاق ش كما لو تنازعا في دابة ولواحدهما عليها مائة من ولاخر عشرون منا كانت بينهما نصفين وكما لو اقام احدهما اثنين من الشهود والاخر اربعة فان قيل يشكل على هذا الذي ذكره لعلة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة والاخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح اذا الشاهد من الطرفين وضع الجذوع واجيب بان وضع الخشبة حجة لثبوت الاستعمال فلا يرجح زيادة الخشبات لان الحجة لا يترجح بزيادة من جنسها م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه ش والحال انه يعبر عن نفسه اي يتكلم ويعقل ما يقول م فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ش وفي الذخيرة ادعيا عبدا كبيرا وهو في ايديهما فان العبد لا يعبر عن نفسه فالقاضي لا يقضي لهما بالملك ما لم تقم البينة ولكن يجعله في ايديهما لانه اذا لم يعبر عن نفسه فهو والبهيمة سوا ويعرف القاضي يديهما ولا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك وعند الثلاثة يحكم بالملك ايضا لان اليد عليه دليل الملك وان كان العبد يعبر عن نفسه وقال انا حر فالقول له ولا يقضي لهما بشيء وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية وفي وجه قال هذا كالذي لا يعبر عن نفسه وبه قال احمد في رواية ولو قال انا عبد احدهما لم يصدق وهو عبدهما م وان قال انا عبد فلان فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع ش لا يد له على نفسه واعترض باللقيط اذا ادعى ان لقيطا لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبدا له وبه قال الشافعي واحمد واجيب بان يد الملتقط ثابت من وجه دون وجه فلم تصح الدعوى منه بالشك بخلاف غيره لان يده عليه ثابتة فتصح الدعوى منه فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية هي الاصل والرق عارض فلا تثبت الا بالحجة اجيب بانه اعتراض على الاصل فابطل على الاصل وفيه نوع تامل م بخلاف ما اذا كان يعبر ش اي عن نفسه فانه اذا قال انا حر فالقول قوله كما مر م فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حالة صغره ش اي فلا يزول بدعواه من هو في يده الا بدليل م قال ش اي القدوري رحمه الله م واذا كان الحايط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ش او الحايط متصل ببنائه م وللاخر عليه ش اي على الحايط م هوادي ش وهي جمع هودنة وهي قصبات

كان ن

نظ

تضم ملوية بعضها فوق بعض من الكرم فيرسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان العرب ولكن صح فيه الحا والجيم جميعا وفي الصحاح الحردي من القصب فهو نبطي معرب ولا يقال الهردي وفي مختصر الكرخي الحرادي بالحاء في الجمهرة لابن دريد في باب الحاء والدال والراء اما الذي تسميه البصريون الحردي من القصب فهو نبطي معرب وقال صاحب الديوان ايضا الحردي واحد حرادي القصب مثل هذا يجوز ان يقال بالهاء والحاء جميعا وقال الاترازي والرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وفقه الاتقاني بالحاء لا غير وفي دستور اللغة هرادي السقف خشبانه وبالفارسية ... وفي المغرب يقال بالفارسية ... فهو ش اي الحائط م لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر اي صاحب الهرادي م صاحب تعلق به ش اي بالحائط لان الحائط يبنى لوضع الجذوع عليه دون الهرادي ونظر المصنف هذا بقوله م فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللاخر كوز معلق بها ش حيث تكون الدابة لصاحب الحمل وللاخر نوع تعلق بها ولكن لا يؤمر برفع الهرادي والبواري لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاتصال الثابت للغير ظاهرا م والمراد بالاتصال ش اي المراد من الاتصال المذكور في قوله متصل ببنائه م مداخلة لبن جداره فيه ش اي في المتنازع فيه م ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع اذا كان الحائط من مدر او اجر يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كانت من خشب فالتربيع ان تكون ساحة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا وقال تاج الشريعة وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه من الجانبين متصلا بحائطين لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم بناء واحد فيكون صاحب الاتصال اولى والمروي عن ابي يوسف رحمه الله ان المعتبر اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما فاما اتصال الحائطين بحائط اخر فغير معتبر وعليه اكثر مشايخنا لان الترجيح انما يقع لكون ملكه مختصا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بحائط المتنازع فيه م وهذا ظاهر ش قال الكاكي وروي هذا ظاهر الرواية وهو شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط فهو اولى وبه قال الشافعي واحمد في رواية م وقوله ش اي قول محمد في الجامع م الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذلك البواري ش جمع بارية وهي التي تعمل من القصب وهي الحصر وقال الاصمعي البوريا بالفارسية وبالعربية باري وبوري وبارية لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي فليس للاخر شيء فهو ش اي الحائط بينهما لاستوائهما ش وهذا باتفاق الائمة الاربعة لان وضع الهرادي والبواري لا يثبت لصاحبها على الحائط يدا لان الحائط للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي وانما توضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى للاستظلال فيهما وكما لو كان لاحدهما على الحائط ثوب مبسوط ولا شيء للاخر وهناك يقضى بينهما م ولا معتبر بالاكثر منها ش اي من الجذوع م بعد الثلاثة ش يعني لو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا اعتبار للجذوع الاكثر من الثلاثة م وان كان جذوع احدهما اقل من الثلاثة فهو ش اي الحائط م لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذوعه في رواية ش اي اصحاب الاملاء عن ابي حنيفة وابي يوسف م وفي رواية ش كتاب الدعوى م لكل واحد منهما ما تحت خشبه ش وذكر محمد رحمه الله في كتاب الاقرار ان الحائط لصاحب الخشب الكثير ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبه يعني حق الوضع م ثم قيل ما بين الخشب بينهما ش يعني بينهما نصفان لانه لا يد لاحدهما فيه فلم يكن احد باولى من الاخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد احدهما بيت منها وفي يد الاخر بيتان ان الباقي بينهما نصفان لذلك ما بين الخشب م وقيل على قدر خشبهما ش اي على خشب كل منهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة اخماس م والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ش وهو رواية عن ابي حنيفة وقياس قول الشافعي واحمد م ووجه الثاني ش وهو رواية كتاب الدعوى م ان الاستعمال لكل واحد بقدر خشبته ش لان ذلك الموضع مشغول بجذعه م ووجه الاول ش وهو رواية كتاب الاقرار وهو الاستحسان م ان الحائط تبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له ش اي لصاحب الجذع الواحد م حق الوضع ش اي حق وضع خشبه لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ش فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان تكون اصل الحائط لرجل ويثبت

للاخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا م ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال
ش وفي نسخة ولو كان لاحدهما اتصال ولللاخر جذوع وهو الصحيح من النسخ ليوافق الدليل المذكور في
شرح الاقطع اذا اختلفا في الحائط ولاحدهما اتصال به من احد جانب وللاخر عليه جذوع والاتصال هو مداخلة
اللبن بعضه في بعض فالاول اولى اي صاحب الاتصال وبه قال شيخ الاسلام والطحاوي م ويروى
ان الثاني اولى ش وهو صاحب الجذوع وبه قال شمس الائمة السرخسي م لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه الثاني ش وهو القول بالاولوية الاتصال م ان الحائطين بالاتصال
يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا ش
اشار به الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة
م وهذه رواية الطحاوي ش اي كون صاحب الاتصال اولى من صاحب الجذوع م وصححها الجرجاني ش اي صحح رواية
الطحاوي ابو عبد الله الجرجاني م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات
وفي يد الاخر بيت فالساحة ش المهملتين العرصة في الدار او بين يديها م بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها ش
اي في استعمال الساحة م وهو ش اي الاستعمال م المرور فيها ش ولو وضع الامتعة فيها وصب الوضوء وكسر الحطب م قال
ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي اي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد
منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها ش اي لان اليد حق مقصود فلا يجوز
للقاضي ان يحكم بما لم يعلم لان الارض غير مشاهدة لتعذر احضارها فاذا كان كذلك فلا بد من البينة م وما غاب ش
اي والذي غاب م عن علم القاضي فالبينة تثبته ش لتعذر المشاهدة وقوله وما مبتدأ وغاب صلته وقوله فالبينة
تثبته خبره وهي جملة اسمية وقعت خبرا ودخلت عليها الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط م وان اقام احدهما البينة جعلت
في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود ش فلا يستحق احدهما بغير حجة م وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا ش
اشارة الى قوله لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا
وهذا قول ابي حنيفة وقالا تقسم بينهما م واذا كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف
والاستعمال فيها ش لان من ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس في الثياب ذكر البزدوي والله اعلم

م باب دعوى النسب ش اي هذا باب في بيان حكم دعوى النسب وقدم على
دعوى المال لكثرة وقوعها فكان اهم وفي الصحاح الدعوة بالكسر في النسب وبالفتح في الطعام وقيل على العكس تلك
وبالضم في الجماعة م قال ش اي القدوري م واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من
ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس وهو قول الشافعي وزفر دعوته
باطلة لان البيع اعتراف منه ش اي من البائع م بانه عبد ش اي ان الولد عبد لان اقدامه على البيع يدل على ذلك
م فكان في دعواه متناقضا ش ودعوى المتناقض مردودة م ولا نسب بدون الدعوى ش اي ولا يثبت النسب
بدون الدعوى م وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه ش اي بملك المدعي وهو البائع م شهادة ظاهرة على
كونه منه ش وذلك بمنزلة البينة العادلة حكما في حق ثبوت النسب وحرية الولد في الاصل وصيرورة الجارية ام
ولد م لان الظاهر عدم الزنا ش اي لان ظاهر الحال عدم وجود الزنا في هذا م ومبنى النسب على الخفاء ش جواب عن التناقض
لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه م فيعفى فيه التناقض ش لاجل الخفاء م واذا
صحت الدعوى ش اي دعوى البائع م استندت الى وقت العلوق ش منه م فتبين انه باع ام ولد فيفسخ البيع لان بيع
ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه ش اي لان البائع م قبضه بغير حق ش فيجب عليه رده م وان ادعاه المشتري مع
دعوى البائع او بعده فدعوى البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق ش انما قيد بقوله
مع دعوى البائع لانه لو ادعاه المشتري ولا يثبت النسب منه ولا يثبت نسبه من البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن
النسب م وهذه دعوة استيلاد ش هذا جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوى والملك معدوم فاجاب
بقوله وهذه اي دعوى البائع دعوى استيلاد ودعوى المشتري دعوى تحرير اذا اصل العلوق لم يكن في ملكه
ودعوى الاستيلاد اولى لاستنادها الى وقت العلوق ودعوى الاستيلاد لا تستدعي حقيقة الملك ودعوى
التحرير تستدعي الاولى قال الكاكي رحمه الله قوله وهذه دعوى استيلاد في الحقيقة هذا جواب عن قول
ابراهيم النخعي حيث قال فيها يثبت النسب من المشتري لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبائع حق والحق لا يعارض
الحقيقة فقلنا هذه دعوى الاستيلاد الى اخره م وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائع لانه

لم يوجد الاتصال بملكه ش المشاهد م والحجة ش في ثبوت النسب م الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب
ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ش حملا لامره على الصلاح م ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت
حقيقة العتق ش في حق الولد م ولا حقه ش ولا حق العتق في الجارية م وهذه دعوى تحرير ش يعني اذا لم يتصل العلوق بملكه ام
ولد يعني الدعوة في الولد دعوى تحرير م وغير المالك ليس من اهله ش والبائع ليس بمالك فلا بد من تصديق المشتري
فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه م لانه احتمل ش
اي لان الشان انه ش احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت
النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسالة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك ش
وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما
يحتمله اولى وتكون دعوته دعوى استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق
في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا الذي
ذكرنا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاذا لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر او لستة اشهر فصاعدا
بينهما وبين سنتين او لاكثر من سنتين فالمسالة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه البائع فانه لا تصح دعوته
الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري صح لان اكثر ما في الباب ان علوق الولد في
ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان سبق احدهما صاحبه في الدعوى
ان سبق المشتري فصحت دعوته وان سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح دعوى واحد منهما لوقوع الشك في ثبات
النسب من كل واحد منهما وان ادعياه معا فانه لا تصح دعوى واحد منهما ويكون الولد عند المشتري م قال ش
القدوري م فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها
ابنة الولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام ش لانه فرع النسب م
وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد
هو الاصل في النسب ش والاستيلاد فرع النسب كما ذكرنا م فلا يضره ش اي فلا يضر نسب الولد م فوات التبع
ش وهو الام او امومية الولد م وانما كان الولد اصلا لانها ش اي لان الام م تضاف اليه يقال ام الولد
وتستفيد ش اي الام م الحرية من جهته ش اي من جهة الولد م لقوله صلى الله عليه وسلم ش اي لقول النبي صلى
الله عليه وسلم م اعتقها ولدها ش هذا تقدم في باب الاستيلاد رواه ابن ماجه م والثابت لها ش اي للام م
من الحرية م وله ش اي وللولد م حقيقتها ش اي حقيقة الحرية وهو ظاهر م والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن
كله في قول ابي حنيفة وقالا لا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ش اي ومالية
ام الولد م غير متقومة عنده ش اي عند ابي حنيفة م في العقد والغصب ش حتى اذا اشترى ام ولد الغير وماتت
لا يضمن المشتري قيمتها وكذلك لو غصبها فماتت عنده م فلا يضمنها المشتري ش اي عند ابي حنيفة رضي الله
عنه م وعندهما متقومة فيضمنها ش اي المشتري في العقد والغاصب في الغصب م قال ش اي المصنف رحمه الله
في الجامع الصغير ش انما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بان الحكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت
م واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري ش لاقل من ستة اشهر منذ باعها م فادعى البائع الولد
بعدما اعتق المشتري الام فهو ابنه ش اي ابن البائع م يرد عليه بحصته من الثمن ش يعني يقسم الثمن على قيمة الولد
وقيمة امه فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت
للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء وكذا الحكم فيما اذا دبرها او استولدها ذكر التمرتاشي وقال
قاضي خان في شرح الجامع الصغير ذكر شمس الائمة السرخسي ان هذا قول ابي يوسف ومحمد اما على قول ابي حنيفة
رد الولد بجميع الثمن لانه لا مالية لام الولد وقال الاترازي فيه نظر لان محمدا رحمه الله نقل في الجامع
الصغير عن ابي حنيفة صريحا انه يرد الولد بحصته من الثمن وكذا ذكر في الاصل يرد عليه بحصته من الثمن م
ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته باطلة ش يعني اذا كان المشتري اعتق الولد ولم يعتق الام ثم ادعى البائع
فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري م ووجه الفرق ش اي بينهما اذا اعتق المشتري الام ولم يعتق
الولد حيث يكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد خاصة وبينما اذا اعتق المشتري الولد دون الام حيث تبطل
دعوى البائع اصلا م ان الاصل في هذا الباب ش اي في باب ثبوت النسب م الولد والام تابعة له على ما مر ش
من قوله لان الولد هو الاصل في النسب م وفي الوجه الاول ش اي فيما اذا اعتق المشتري الام لا الولد

م تأمر المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في البيع وهو الام فلا يمتنع بثبوته في الاصل وهو الولد
فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة في الولد بثبوت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه يتعين لان الكلام فيما
اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان
يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب المصنف بقوله م وليس من ضرورته ش اي ليس ثبوت الاستيلاد
في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه م كما في ولد المغرور ش وهو ما اذا اشترى
الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت م فانه ش اي فان الولد م حر ش يعتق بالقيمة وهو ثابت
النسب من ابيه م وامه امة لمولاها ش وليست ام ولد لابيه م وكما في المستولدة بالنكاح ش بان تزوج امراة على
انها حرة فولدت فاذا هي امة فانه يثبت نسب ولدها ولا تثبت امية الولد منها م وفي الفصل الثاني ش وهو ما اذا
اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده م قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته ش اي ثبوت ما ذكر
من الاستيلاد والدعوة م فيه ش اي في الاصل م وفي التبع ش وهو الام م وانما الاعتاق بمثاله ش اي انما
كان اعتاق المشتري بالغا الولد مانعا لدعوة البائع م لانه ش اي لان الاعتاق م لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب
ش اي من البائع في حق الولد م وحق الاستيلاد ش اي وكحق استيلاد البائع في حق الام م فاستويا ش اي استوى
اعتاق المشتري وحق استلحاق البائع م من هذا الوجه ش اي من حيث انهما لا يحتملان النقض م ثم الثابت
من المشتري ش هذا بيان ترجيح الاعتاق على الاستلحاق يعني الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق ش
اي في الولد م والثابت في الام حق الحرية وللبائع في الولد حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة ش لان الحقيقة
اقوى من الحق فلذلك لم يقل بصحة دعوة البائع فيما اذا اعتق المشتري الولد م والتدبير كالاعتاق ش اي في
الحكم م لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به ش اي بالتدبير م بعض اثار الحرية ش وهو عدم جواز النقل من ملك
الى ملك م وقوله ش اي قول من نقل في الجامع الصغير في الفصل الاول ش وهو ما اذا اعتق المشتري الام م يرد
عليه بحصته من الثمن م قولهما ش اي قول ابي حنيفة وابي يوسف م وعنده ش اي وعند محمد م يرد كل
الثمن هو الصحيح ش احترز به عما ذكره شمس الائمة وقاضي خان والمحبوبي بان البائع يرد ما يخص الولد من الثمن
لا كل الثمن وقد ذهب المصنف الى صحة هذا ولكن هذا خلاف ما نص عليه محمد عن ابي حنيفة في الجامع الصغير
وغيره صريحا انه يرد الولد بحصته من الثمن وقد ذكرناه وفي المبسوط يرد في الموت كل الثمن عند ابي حنيفة
وفي الاعتاق حصة الولد وفرق بين الموت والعتق م كما ذكرنا في فصل الموت ش اي موت الام في المسألة
ودعوة البائع من البائع م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من
اخر ثم ادعاه البائع فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض ش انما خص البيع للاحتراز من الاعتاق والتدبير
فانهما لا يحتملان النقض م وما له من حق الدعوة لا يحتمله ش اي النقض م فينقض البيع لاجله ش اي لاجل
ما له من حق الدعوة م وكذا ش اي الحكم م اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم
كانت الدعوة ش اي وجدت دعوة البائع بعد وجود كتابة المشتري او رهنه او اجارته او كتابة الام او رهنها او تزويجها
فتصح هذه الدعوة وينقض هذه الاشياء م لان هذه العوارض ش وهي الاشياء المذكورة م تحتمل النقض فينقض
ذلك كله وتصح الدعوة ش اي من البائع م بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر ش اشار الى قوله لانه لا يحتمل النقض
م وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري
لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ش اي اعتاق المشتري وذكر هذه المسائل من المبسوط تفريعا على مسألة
الجامع الصغير م قال ش اي القدوري م ومن ادعى نسب احد التوامين ش التوام اسم للولد
اذا كان معه اخر في بطن واحد ويقال هما توامان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توام وهما زوج خطأ كذا في
المغرب وقال شمس الائمة يجوز ان يقال غلامان توام وتوامان وقال ذكر التوام مكان التوامين
صحيح في اللغة م ثبت نسبهما منه ش اي نسب التوامين من المدعي م لانهما خلقا من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت
نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا ش اشارة الى قوله فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر
لان التوامان ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ش انما قيد بذلك لانه اذا كان بينهما ستة اشهر فصاعدا
ليسا بتوامين لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل اقل من ستة اشهر م ثم
الجامع ش انما اعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي قوله ولدا عنده م اذا كان في يده غلامان توامان ولدا
عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده ش انه ابنه ش فهما ابناه وبطل عتق المشتري

لان ما

لان ما ثبت نسبه الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه ش اي لان المسألة
مقدرة فيما اذا كان اصل العلوق في ملكه وذلك فيما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع وقوله
م ثبت حرية الاصل ش جواب لما واذا كان كذلك م فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل ش اي وتثبت
حرية الاصل م فيه ش اي في الاخر م ضرورة ش بالنصب اي من حيث الضرورة م وعلله بقوله م لانهما
توامان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فيبطل اي عتق المشتري وقال الكاكي والضمير المستكن
في يبطل راجع الى الحكم الواحد من العتق والشراء لان تحرير الحر باطل اذ فيه اثبات الثابت م بخلاف ما اذا كان الولد
واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا ش اي بالقصد م لحق دعوة البائع ش اي لاجل حق دعوة البائع وهاهنا
اي في مسألة التوامين م يثبت تبعا ش اي يثبت بطلان عتق المشتري بطريق التبعية م لحريته فيه حرية
الاصل ش اي لحرية المشتري بفتح الراء الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل فيه
ثبوت حرية الاصل للاخر ضمنا وتبعا لانهما توامان وعلى هذا قوله حرية الاصل مجرور بالبدل من قوله لحريته
وقال الاترازي ويجوز ان يكون منصوبا على الاختصاص بسبيل المدح بتاويل اعني وقال الاكمل
لحريته حرية الاصل لا على حرية التحرير فالضمير في لحريته راجع الى المشترى بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت
وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته م كما فرقنا ش اي حكم ما اذا كان الولد واحدا وحكم التوامين م
ولو لم يكن ش وفي بعض النسخ فان لم يكن م اصل العلوق في ملكه ش اي في ملك المدعي م ثبت نسب الولد
الذي عنده ش وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا ولدت
امة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن اصل الحبل عنده فباع احدهما او اعتقه المشتري ثم ادعاهما البائع فهما ابناه
ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير ش لانه لم يكن اصل علوقها في ملك البائع وقال المصنف لانعدام
شاهد الاتصال ش اي اتصال العلوق بملكه يقينا م فيقتصر ش هذا العتق على محل ولايته م وصار كان البائع
اعتقها فيعتق من في ملكه فحسب م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كان الصبي في يد رجل
فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه ش كلمة ان واصلة
بما قبلها قال الكاكي قوله ابدا يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه تكذيب ولا تصديق
لان اقراره بثبوت نسبه من الغير منع ثبوت النسب منه اذ اقراره حجة في حقه م وهذا ش اي الذي ذكر
م عند ابي حنيفة ش وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى م يعني اذا ادعى لنفسه بعد جحود العبد وفي جامع المحبوبي
فلو حضر العبد اما ان صدق المولى او كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوة المولى
بعد ذلك اجماعا وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عنده خلافا لهما لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى
م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه ش حيث
لا يكون ابنه عنده خلافا لهما م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن
الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض ش اي وان كان النسب لا يحتمل ان
ينقض ثم اوضح ذلك بقوله م الا ترى انه ش اي ان الاقرار بالنسب م يعمل فيه الاكراه حتى لو اكره
بالاقرار بنسبه عنده فاقر لا يجوز م والهزل ش اي ويعمل فيه الهزل بان اقر به هازلا فانه لا يثبت م فصار
ش هذا نظير م كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري وكذبه البائع ثم قال ش اي المشتري
م انا اعتقته يتحول الولاء اليه ش اي الى المشتري م بخلاف ما اذا صدقه ش اي البائع لانه
ادعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح م بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق
المقر له على اعتبار تصديقه فلا تصح الدعوى بعد ذلك م كولد الملاعنة لا يملك نسبه من غير الملاعن
لان له ش اي للملاعن م ان يكذب نفسه فتصح دعوته م ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض
بعد ثبوته ش وهذا بالاتفاق وما كان كذلك لا يرتد م والاقرار بمثله ش اي بمثل ما لا يحتمل النقض
م لا يرتد بالرد ش بعد ثبوته بالتكذيب م فبقي ش اي فبقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر
له كما اذا اقر بعتق عبد الغير وكذبه المالك ثم اشتراه يعتق عليه م فيمتنع دعوته ش اي دعوة
المقر م كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ش من قرابة او فسق م ثم ادعاه لنفسه
ش اي ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم تصح دعوته م وهذا ش اشارة الى قوله لا يحتمل النقض م لانه تعلق
به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ش فصار كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه وكما لو



على هذا اذا اقر بان في يد المقر له ثم ادعاه لان الاملاك تنفسخ بالرد فيبطل الاقرار ولم يبق الا حق المقر فجاز ان
يدعي م وكذا المتعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ش لان المقر لا يقدر على ابطاله لانه ليس حقه على الخلوص
م ومسالة الولاء ش هذا جواب عن استشهادهما بانه نقض بمسالة الولاء ليست حجة على ابي حنيفة
لانها على هذا الخلاف ش فلا يستقيم نقض شاهدهم م ولو سلم ش يعني ولئن سلمنا انها على الاتفاق فنقول بين الولاء و
النسب فرق اشار اليه بقوله م فالولاء يبطل باعتراض الاقوى ش اي باعتراض ما هو الاقوى م كجر الولاء من
جانب الام الى قوم الاب ش صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فاذا اعتق العبد جر الولاء الاولاد
الى نفسه هكذا روي عن عمر رضي الله عنه م فيقبل عروض ش هذا م على الولاء الموقوف ش وهو الولاء من جانب البائع
وسماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب م ما هو اقوى وهو دعوة المشتري ودعواه اقوى لقيام
ملكه في الحال فكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق يصادف محله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل
ش اي الولاء م بخلاف النسب ش حيث لا يجوز نقضه بعد ثبوته فلم يبطل فلم يصح دعوة المولى بعد اقراره انه ابن عبد
م على ما مر ش اشار به الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض م وهذا ش اي قوله هذا ابن عبدي فلان الغايب م يصلح
مخرجا ش اي حيلة على اصل ابي حنيفة م لمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب
لغيره ش صورته رجل في يده صبي ولد على ملكه ويبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه فينقض البيع فحيلته الامن
من انتقاض البيع ان يقر البائع انه ابن عبده الغايب فان بعد هذا الاقرار لا تصح دعوة عبده فيامن المشتري عن انتقاض
البيع وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسالة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى له
تكذيبه فيكون مخرجا على قول الكل م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا كان الصبي في يد مسلم
ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام يرجح ش بكسر الجيم م فيستدعي
تعارضا ش لان الترجيح يستدعي المتعارضين ولا تعارض ش ههنا م لان نظر الصبي في هذا ش اي كونه ابن النصراني
وكونه حرا م اوفر ش اي اكثر منفعة م لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
ش فيمكنه اكتساب الاسلام بنفسه م وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا ش اما لابيه او لمولاه م وحرمانه عن الحرية لانه ليس
في وسعه اكتسابها ش اي اكتساب الحرية ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك
ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى كفر ابائه مع ظهور دلائل التوحيد
واجيب بان قوله تعالى ادعوهم لابائهم يوجب دعوة الاولاد لابائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل النقض
فتعارضت الايتان وفي الاحاديث الدالة على الوجه الصبيان نظر لهم لنزره فكانت اقوى من التابع وكفر الاباء
جحود والاصل عدمه م ولو كانت دعوتهما ش اي دعوة المسلم والنصراني م دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام
وهو اوفر النظرين ش نظر الاسلام ونظر البنوة م قال ش دون يستويان م وقال الشافعي يحكم القايف م قال
ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد على الولادة امراة ش
هذا لفظ الجامع وقال المصنف رحمه م ومعنى المسالة ان تكون المراة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على
الغير فلا تصدق الا بحجة ش وهي شهادة القابلة لان الولادة مما لا يطلع عليها الرجال فاذا شهدت قابلة ثبت
النسب واذا لم يكن لها زوج فالقول قولها من غير حجة كما في الرجل وقال شيخ الاسلام خواهر زاده اذا لم
يكن ثمة منازع واما اذا كان منازع بان ادعت النسب من رجل والرجل حاضر ينكر ذلك فانه لا يثبت ذلك
بشهادة القابلة عندهم جميعا وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين عندهم جميعا واذا كانت المنازعة
لها بامراة اخرى ففي رواية ابي سليمان يقضى بالنسب بينهما اذا اقامت كل واحدة منهما امراة واحدة وفي
رواية ابي حفص لا يقضى بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين او رجلا وامراتين م بخلاف
الرجل لانه يحمل نفسه النسب ش فلا يحتاج فيه الى حجة م ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين
الولد اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة
ش هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الاعمش عن ابي وائل عن حذيفة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة ثم قال الدارقطني محمد بن عبد الملك لم يسمع من
الاعمش بينهما رجل مجهول وهو ابو عبد الرحمن المدايني وقال في التنقيح هذا حديث باطل لا اصل له
وتقدم الكلام فيه في كتاب الشهادات م ولو كانت معتدة ش اي ولو كانت المراة التي تدعي نسب ابن زوجها
معتدة عن طلاق او وفاة م فلا بد من حجة تامة ش وهي شهادة رجلين او رجل وامراتين م عند ابي حنيفة ش

الا ان يكون

الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت
في الجميع بشهادة امراة واحدة م وقد مر في الطلاق ش اي في كتاب الطلاق في باب ثبوت النسب م وان لم
تكن ش اي المراة منكوحة اي غير ذات زوج م ولا معتدة ش اي وان لم تكن معتدة ايضا م قالوا ش اي المشايخ
رحمهم الله تعالى يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها ش دون نفس غيرها م وان كان لها زوج وزعمت
انه ابنها منه ش اي ان الولد من زوجها م وصدقها ش اي الزوج صدقها على دعواها م فهو ابنهما ش وان لم تشهد
امراة لانه ش اي لان الزوج م التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة ش اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير م
وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما ش هذا اذا كان
الصبي لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر عن نفسه فالقول له ايهما صدق يثبت النسب منه بتصديقه وعند
الايمة الثلاثة لا يعتبر تصديقه وقال التمرتاشي التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل هو ابني
منك في نكاح وقالت ابنك مني في زنا لم يثبت النسب بينهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك مني
في نكاح يثبت لما قلنا وفي الايضاح دعوى النسب لا يبطل بالتناقض لان التناقض بين المتساويين يكون ولا مساواة
فان جهة النسب اقوى من النفي لان الظاهر ان الولد منهما لقيام يدهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد
يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين
رجل اخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما فكذا هذا م الا ان هناك ش اي في مسالة الثوب الذي في يد رجلين
يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا ش اي في مسالة دعوى النسب م لا يدخل لان النسب
لا يحتملها ش اي الشركة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن اشترى جارية فولدت منه ولدا
فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم الخصومة لانه ولد المغرور ش وفسر المغرور بقوله م فان
المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله
عنهم ش لذا قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي في كتاب النكاح قال لا خلاف بين الصدر الاول
وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا
في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمكان الغلام الغلام والجارية بالجارية يعني اذا كان الولد
غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية وقال علي بن ابي طالب رضي الله عنه قيمتهما
واليه ذهب اصحابنا م ولان النظر من الجانبين جانب المغرور وجانب المستحق واجب فيجعل الولد حر الاصل
في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ش اي للمغرور والمستحق م ثم الولد حاصل في يده ش هذا بيان لسبب
الضمان وهو المنع اي الولد في يده م من غير صنعه ش يعني من غير تعد منه م فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد
المغصوبة ش اي الجارية المغصوبة فان ولدها امانة لا يضمن الا بالمنع م فلهذا ش اي فلاجل كون الضمان بالمنع
يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وفي شرح الطحاوي يعتبر قيمته يوم القضاء بالقيمة م ولو مات
الولد ش اي قبل الخصومة م لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا ش لا شيء عليه م لو ترك مالا ش اي لو مات ولد
المغرور وترك مالا م لان الارث ليس ببدل عنه ش اي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد انما
قال ذلك احترازا عن الدية فانها بدل عنه وكان هذا الدفع شبهة وهي ان يقال لما وجبت الدية تقوم الدية مقام
الولد في المنع فينبغي ان يجعل منع تركته كمنع ديته فقال في جوابه الارث ليس ببدل عنه م والمال لابيه
لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره ش اي غير الاب
فاخذ ش اي الاب ديته لان سلامة بدله له كسلامته ش اي كسلامة نفسه م ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته
كما اذا كان حيا ويرجع ش اي المشتري المغرور م بما ضمن بقيمة الولد على بائعه لانه ش اي لان البائع م ضمن
له ش اي للمشتري م سلامته ش اي سلامة العبد بجميع اجزائه كما يرجع بثمنه ش اي ثمن الام لان المغرور في
ثمنها م بخلاف العقر ش يعني ان المغرور لا يرجع على بائعه بالعقر وجب عليه لانه ضمان المنفعة وهي ليست من اجزاء
المبيع حقيقة وعند الشافعي يرجع بالعقر عليه وبه قال مالك واحمد م لانه لزمه ش اي لان العقر لزم المغرور
م باستيفاء منافعها ش اي لانه عوض عما استوفاه من منافع البضع فلا يستوجب الرجوع على غيره لانه لو رجع
به سلم المستوفى له مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز ان يسلم مجانا وفي المبسوط ولا يرجع على الواهب والمتصدق
والموصي بشيء من قيمة الولد عندنا وعند الشافعي يرجع به ولو باعها المشتري من اخر واستولدها المشتري
الثاني ثم استحقها رجل وجعل القاضي الولد حرا بالقيمة يرجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد

ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها عند ابي حنيفة
وعندهما يرجع عليه بقيمة الولد ايضا والله اعلم

كتاب الاقرار

ش اي هذا كتاب في بيان احكام الاقرار ولما فرغ عن الدعوى شرع في بيان الاقرار لان جواب الدعوى اما بالاقرار او الانكار
فمن هذه الحيثية تظهر المناسبة بين الكتابين م قال ش اي القدوري م اذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه
اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما ش لما ذكر المصنف رحمه الله لفظ القدوري شرع في شرحه بقوله م اعلم
ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق ش هذا الذي ذكره تفسير الاقرار شرعا ولكنه لو قيده بقوله على نفسه لكان احسن
مثل ما قال حافظ الدين النسفي الاقرار اخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه بقوله عن ثبوت الحق للغير خرج
الانشاء والشهادة فانها ايضا اخبار عن ثبوت الحق للغير وقوله على نفسه كالفصل يخرج ذلك وهذا اشار
الحد ان يكون مشتملا على الجنس والفصل وقال تاج الشريعة رحمه الله الاقرار خلاف الجحود واصله من
القرار وهو السكون والثبات وفي عرف اهل الشرع عبارة عن خبر يوجب شيئا على المخبر م وانه ملزم ش وان
الاقرار يلزم على المقر ما اقر به وهذا حكم الاقرار وليس هذا من حده وحده ما ذكرناه وقال الكاكي وحكمه
ظهور ما اقر به ولزومه لا اثباته ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء
يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو اقر بمال لغيره كاذبا والمقر له يعلم انه كاذب لا يحل له اخذه عن كره
منه ديانة الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون كالتمليك المبتدأ وقيل حكمه لزوم ما اقر به على المقر وعمله اظهار
ما اقر به لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل منها لو اقر بعين لا يملكه صح اقراره به وان لم يملك تمليكه
حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ومنها ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع
ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة
ومنها ان العبد الماذون له لو اقر بما في يده صح ولو تبرع به ابتداء لا يجوز وسبب الاقرار ارادة سقوط
الواجب عن ذمته وركنه الالفاظ فيما يجب به موجب الاقرار وشرطه العقل والبلوغ بلا خلاف وفي كون المقر
غير سفيه ولا سكران اختلاف ومحاسنه كثيرة منها اسقاط الواجب عن ذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه
وارضاء الخالق ومنها حمد الناس المقر بصدق القول ووفاء العهد وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى
شهداء بالقسط ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقال تعالى وليملل الذي
عليه الحق والاملاء الاقرار وبالسنة لما روي انه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا باقراره وبالدليل العقلي
وهو ان الاقرار خبر يحتمل الصدق والكذب فرجح جانب الصدق لانه غير متهم فيه لان المال محبوب المرء طبعا فلا
يقر لغيره كاذبا مع تمام عقله ودينه والزواجر شرعا عن الكذب م لوقوعه دلالة ش اي لوقوع الاقرار دلالة
على وجود المخبر به لان الاقرار دائر بين الصدق والكذب ويترجح جانب الصدق لما ذكرنا م الا يرى ش هذا
ايضاح لقوله وانه ملزم لوقوعه م الزم النبي صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره ش اي بسبب اقراره م وتلك
المراة باعترافها ش اي وكذلك الزم الامراة يعني الغامدية امراة من غامد حي من الازد بالرجم بسبب اعترافها بالزنا
وقد مر قصتهما م وهو ش اي الاقرار حجة قاصرة على نفسه م لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه ش بخلاف
البينة فانها حجة متعدية م وشرط الحرية ش يعني في صحة الاقرار ليصح اقراره مطلقا ش اي في المال وغيره
م فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ش اما الماذون له
فلانه مسلط على الاقرار من جهة المولى واما المحجور عليه فلعدم اهليته لذلك م ويصح بالحدود والقصاص ش
اي ويصح اقرار العبد المحجور عليه بالحدود والقصاص لانه مبقى على اصل الحرية فيهما على ما بينه المصنف رحمه الله
مفصلا لان اقراره ش دليل ذلك المجموع ش اي لان اقرار العبد المحجور م عهد ش اي عرف م موجبا لتعلق الدين
برقبته م وهي ش اي رقبته م مال المولى فلا يصدق عليه ش لقصور الحجة م بخلاف الماذون لانه مسلط ش اي
على الاقرار م من جهته ش اي من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلازمها وهو دين التجارة لان الناس
لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح فلذلك يتيبها لهم بالانبساط في كل تجارة يعملونها معه م بخلاف الحد والدم
ش وهو القصاص م لانه ش اي لان العبد م مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى عليه ش اي على
العبد م فيه ش اي في ذلك وبه قال الشافعي ومالك وابو الخطاب الحنبلي وعن احمد ان اقرار العبد
بالحد والقصاص فيما دون النفس يصح واقراره بما يوجب القصاص في النفس لا يقبل ويتبع بعد العتق وبه قال
زفر والمزني وداود ومحمد بن جرير الطبري م ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام

اهلية

اهلية الالتزام ش فلا يلزمه باقراره شيء م الا اذا كان الصبي ماذونا له ش في التجارة م لانه ملحق بالبالغ بحكم
الاذن ش فيصح اقراره لانجبار رايه برأي الولي فيعتبر كالبالغ وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي لا يصح
اقراره مطلقا ثم لو ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت امكانه صدق فيه وبالسن لا يصدق الا ببينة وبه قال
مالك واحمد في رواية والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم معرفتهما ولا نعلم فيه خلافا واقرار السكران
يصح بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة وينفذ سائر التصرفات من السكران كما ينفذ في الصاحي وقد
مر في الطلاق م وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته
او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح
ش اي يكون المقر به مجهولا م بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ش وفي الذخيرة المقر له اذا كان مجهولا
يمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم تكن متفاحشة
لا يمنع بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح في هذه الصورة
ايضا لانه اقرار للمجهول م ويقال له ش اي للمقر م بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد
عبديه ش فانه يبين اي العبدين اراد م فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان ولانه لزمه الخروج عما لزمه
بصحيح اقراره وذلك بالبيان ش لان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان م ولكن يبين شيئا يثبت في
الذمة قل او كثر بعد ان يبين له حبة او فلسا او جوزة او ما اشبه ذلك اما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة
لا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او كفا من تراب ونحوه كذا في شرح الطحاوي وبقولنا قالت الائمة الثلاثة
وعن الشافعي في قول انه وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا ويعرض عليه اليمين
فان اصر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعي م قال ش اي القدوري رحمه الله م فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين
ماله قيمة ش قل او كثر لوجوبه وتفسيره كما ذكرنا الان وما لا قيمة له لا يثبت في الذمة فاذا فسر ما اقر به بذلك صار
كالرجوع عما اقر به فلا يقبل منه م لانه اخبر عن الوجوب في الذمة وما لا قيمة له لا يجب فيها ش اي في الذمة م فاذا
بين غير ذلك ش اي غير ما له قيمة م يكون رجوعا عن اقراره فلا يصح وتقبل تفسيره بالكلب وبه قال الشافعي وقال
احمد في رواية وعن الشافعي لا يقبل ولو فسره بجلد ميتة او خنزير او خمر قبل قوله في قول مشايخ العراق وبه قال
الشافعي في وجه واحمد في رواية وعند مشايخ ما وراء النهر لا يقبل لانه لا قيمة لهذه الاشياء وبه قال مالك والشافعي
في وجه واحمد في رواية م والقول قوله مع يمينه اذا ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر ش والقول قول
المنكر الحديث م وكذا ش اي وكذا يلزمه ان يبين ما له قيمة م اذا قال لفلان علي حق لما بينا ش اشار به الى قوله
اخبر عن الوجوب في ذمته وفي المحيط لو قال لفلان علي حق فان عنى به حق الاسلام لا يصدق ولو قال موصولا
يصدق لانه بيان تغيير باعتبار العرف وقالت الائمة الثلاثة لا يصدق في الوجهين م وكذا لو قال غصبت
منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ش اي الشح والضنة م تعويلا على العادة ش لان مطلق اسم الغصب
يدل في العرف على مال متقوم م قال ش اي القدوري رحمه الله م ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه
لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير ش وبه قال الشافعي واحمد ومالك في وجه وحكي عن مالك ثلاثة اوجه احدها
كقولنا وثانيها لا يقبل الا اول نصاب من نصب الزكاة من نوع من انواعها وثالثها لا يقبل الا فيما يستباح به العضو
والقطع في السرقة الا انه لا يقبل عندنا في اقل من عشرة دراهم لان الكثير لا يعد مالا كذا في المبسوط م لان ذلك
مال ش اي القليل والكثير مال م فانه ش اي فان المال م اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عرفا ش اي الاقل من درهم لا يعد مالا في عرف الناس وقال شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه في باب الاقرار بدراهم غير مسماة في هذه المسالة الا اذا بين ما دون الدرهم نصف درهم او
دانق قالوا القياس ان يصدق وفي الاستحسان لا يصدق فيما دون الدرهم ثم قال وقال ابن الهادي في
لو قال لفلان علي مال فاذا هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف
يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في اقل منه م ولو قال مال عظيم لا يجوز تصديقه في اقل من مائتي درهم
ش وفي بعض النسخ لا يصدق في اقل من مائتي درهم م لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به ش اي بالنصاب م والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة انه لا يصدق
في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم من حيث القطع به اليد المحترمة وعنه ش اي وعن ابي حنيفة
م مثل جواب الكتاب ش اي مثل جواب كتاب القدوري في انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم وقال الشافعي رحمه

بقبل تفسيره في قوله مال عظيم او كثير او جليل او خطير بالقليل والكثير وقال بعض اصحاب مالك قدر الدية
وقال الليث الكثير اثنان وسبعون لان الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وغزواته اثنان وسبعون وفي
... وفي الفتاوى الصغرى لو قال مال عظيم او كثير او خطير او جليل كان ... لنا طعني احد ... منصوصا وكان
الجرجاني يقول مايتان ونقل في الاجناس عن نوادر هشام عن محمد لو قال على مال لا قليل ولا كثير يلزمه مايتا
درهم وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن ابي يوسف قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان
اقل الدراهم ثلاثة والتضعيف ادناه مرة فيضعف مرة ولو قال له على دراهم اضعافا مضاعفة او قال
مضاعفة اضعافا فعليه ثمانية عشر ولو قال على عشرة اضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما وههنا ش اي
ما ذكرنا انه لا يصدق في اقل من مايتي درهم اذا قال مال عظيم من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير
بالعشرين ش لانه النصاب من الدنانير م وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه ش كالعشرين
من الدنانير وفي المايتين من الدراهم فان قلت ينبغي ان يقدر في الابل بخمسة لان صاحبها غني بها حيث وجب
عليه شاة والغنى العظيم عند الناس قلت الخمسة من الابل عظيم لوجوب الشاة حتى لعدم الوجوب من جنسه
فيشترط الخمسة والعشرون ليكون عظيما مطلقا لا لاطلاقه فانصرف المطلق الى الكامل وقال الكاكي انما
اشترط ان يجب فيه من جنسه حتى يكون عظيما لان ايجاب خلاف جنسه كايجاب شاة في خمس من الابل دليل حقارة
وقصوره وقلته م وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ش اي التقدير في غير مال الزكوة فلا بد من ان قيمته النصاب
م ولو قال اموال عظام ش يعني لو قال لفلان على اموال عظام م فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه ش يعني
من الدراهم ستمائة ومن الدنانير ستون وعلى هذا قياس الابل والغنم لو اقر بها م اعتبارا لادنى الجمع ش وهو ثلاثة
م ولو قال دراهم كثيرة ش اي لو قال لفلان على دراهم كثيرة م لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يصدق في اقل من مايتي درهم وقال الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك
وكذا لو قال على دنانير كثيرة كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال ... العدد وذكر
في كتاب التقريب وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل قولهما م لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب
عليه مواساة غيره ش بدفع زكوته والتصدق على الفقير م بخلاف ما دون النصاب ش لان من ملك ما دون
النصاب لا يسمى مكثرا وبه قال مالك في رواية وعند الشافعي واحمد يلزمه ما بين م ولابي حنيفة ان العشرة
اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع ش يعني من حيث التمييز لان ما بعد العشرة التمييز بالمفرد فيقال احد عشر درهما لانه يقال
عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون ش اي العشرة م هو الاكثر من حيث اللفظ ش اي من حيث دلالة
اللفظ عليه فينصرف اليه ش لان العمل بما دل عليه اللفظ ولا مانع من التصرف اليه فلا يعدل الى غيره م ولو قال
دراهم فهي ثلاثة لانها اقل الجمع الصحيح ش الذي لا خلاف فيه م الا ان يبين اكثر منها ش اي من الثلاثة م لان اللفظ
يحتمله ش وكونه عليه فلا تهمة م وينصرف الى الوزن المعتاد ش بين الناس لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف
وهو غالب نقد البلد وفي تحفة الفقهاء ولو قال على الف درهم فهو على ما يتعارفه اهل البلد من الاوزان والعدد
وان لم يكن شيا متعارفا فيحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وكذلك في الدينار يعتبر وزن المثاقيل
الا في موضع يتعارف فيه بخلافه م ولو قال له كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما ش هذا لفظ القدوري
في مختصره وقال المصنف م لانه ذكر عددين مبهمين وليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر
درهما واكثره تسعة عشر لانه يقال احد عشر درهما الى تسعة عشر الا ان الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة
يتوقف على بيانه م ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين درهما لانه ذكر عددين مبهمين بينهما
حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون درهما فيحمل كل واحد على نظيره ش تفسير هذا الكلام ان كذا كناية
عن العدد والاصل في استعمال الكناية اعتباره بالمفسر فما له نظير في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع
وما لا نظير له فذلك يبطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له على درهم واذا قال كذا كذا كان احد عشر وان ثلث
بغير واو ولم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان احد وعشرين وان ثلث بالواو وكان مائة واحدا
وعشرين وان ربع يزاد الالف على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى الا ان م ولو قال كذا درهما فهو درهم ش اي الذي
يلزمه درهم لانه ش اي لان قوله درهما م تفسير للمبهم ش وهو قوله كذا لانه كناية عن العدد على سبيل الابهام
هكذا ذكره المصنف تفريعا على مسالة القدوري ولم يذكر في الاصل وقال تاج الشريعة قوله لانه تفسير
المبهم يعني ان درهما منصوب على التمييز فلزم ان يكون هو المجمل والمبهم وقال الاترازي وقال الامام ...

ابو حفص

499

ابو حفص عمر بن محمد بن عمر ... العقيلي في كتاب المنهاج وان قال له على كذا درهما لزمه ما بينهم ثم قال
الاترازي كان ينبغي ان يلزمه في هذا احد عشر لانه اول العدد الذي يقع مميزه منصوبا هكذا نقل عن اهل اللغة
واذا كان كذلك ينبغي ان لا يصدق في بيانه بدونهم او القياس فيه ما قاله في مختصر الكرخي اذا قال له على كذا درهما
لزمه عشرون لانه ذكر جملة وعشرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى التسعين فيجب الاقل وهو عشرون
لا تسعين وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجب احد عشر درهما لانه اقل عدد يجيء تمييزه منصوبا قلت
الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى للتيقن وفي ... الى الجامع الصغير يلزمه درهما لان كذا كناية
عن العدد واقل العدد درهما فالواحد لا يكون عددا وقال الشافعي واحمد في قوله كذا درهما وكذا كذا ففيه
اربعة اوجه احدها ان يقول درهم بالرفع يلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا والثاني
ان يقول درهم بالجر يلزمه جزء درهم وكذا يكون كناية عن جزء درهم والثالث ان يقول درهما بالنصب ونصبه على
التفسير وهو التمييز فيلزمه درهم والرابع ان يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضا لانه يجوز ان
يكون اسقط حركة الجر للوقف وقال القاضي الحنبلي وبعض اصحاب الشافعي يلزمه درهم في الحالات وقال
خواهر زاده اذا قال كذا درهم بالجر يلزمه مائة درهم كذا روي عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة
وذكر الدرهم عقيبه الخفض فيعتبر بعدد واحد فصيح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه الخفض واقل ذلك مائة
درهم وان قال كذا كذا درهم يعني بالجر يلزمه ثلاث مائة لانه ذكر عددين مبهمين بلا واو العطف وذكر الدرهم
عقيبهما بالخفض واقل ذلك من العدد المصرح ثلثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما عاطف ويستقيم
ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما وقال الكاكي رحمه الله وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد انه
ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون خلاف ما ذكر في الهداية والتتمة وفتاوى قاضي خان ولم اجده في الكتب
المشهورة لاصحابنا وعند ابن عبد الحكم المالكي يلزمه عشرون م ولو ثلث كذا ش بان قال كذا كذا كذا درهما بغير
واو ش اي بغير واو العطف م فاحد عشر ش اي فيلزمه احد عشر درهما فانه لا نظير له سواه ش اي لا نظير
للتثليث بلا واو ويقربه ان يحمل الواحد منها على التكرار ... عدم ثلاثة اعداد يجمع بينها ذكر بلا عاطف
ويحمل الاثنان على اقل ما يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف وهو احد عشر م وان ثلث بالواو بان قال
كذا وكذا وكذا م فمائة واحد وعشرون ش اي يلزمه مائة واحد وعشرون درهما لانه عدد يعتاد التعبير
عنه بذكر ثلاثة اعداد مع العاطف م وان ربع ش بان قال كذا وكذا وكذا وكذا م زاد عليه الالف ش فيكون
الف ومائة واحد وعشرون م لان ذلك نظيره ش اي لان الذي ذكره بواو العطف نظيره في العدد المفسر يعني
لو قال على لفلان الف ومائة واحد وعشرون يلزمه ذلك بالصراحة فكذا يلزمه اذا ذكره بلفظ الكناية عن العدد
وان قال له على او قبلي فهو اقرار بالدين لان على صيغة ايجاب ش قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت
ومحل الايجاب الذمة م وقبلي ش اي لفظ قبلي ينبي عن الضمان م يقال فلان قبيل عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل
قبيلا لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة وهو ظاهر قول الائمة الثلاثة م على ما مر في الكفالة
ش مر هذا في اوائل كتاب الكفالة وهو قوله وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد وردنا به ...
والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة م ولو قال المقر هو وديعة ش اي في قوله على او قبلي م ووصل ش
اي بقوله وديعة م صدق لان اللفظ يحتمله مجازا ش اي من حيث المجاز م ومنه قوله ش حيث يكون المضمون
حفظه والمال محله ش فكان اطلاق وصف الضمان على الوديعة تسمية المحل باسم الحال كما يقال نهر جار لكنه
مجاز مخالف للحقيقة فيصدق فيه اذا وصل كالاستثناء وهو معنى قوله م فيصدق موصولا لا مفصولا ش
كما في الاستثناء م قال ش اي المصنف رحمه الله م وفي نسخ المختصر ش يعني مختصر القدوري م في قوله قبلي
انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما ش اي الدين والامانة م حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين
والامانة جميعا والامانة اقلهما ش فيحمل عليها م والاول اصح ش وهو انه اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل
بان استعماله في الدين اغلب فكان الحمل عليه اولى قال بعض الشراح وكان قياس ترتيب وضع المسالة ان يذكر
ما ذكر القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور
في الاصل هو الصحيح فقدمه بالذكر م ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة
في يده لان ذلك اقرار بكون الشيء في يده ش لا في ذمته م وذلك ش اي الاقرار بكون الشيء في يده م يتنوع
الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما ش وهي الامانة وهو ظاهر مذهب الائمة الثلاثة وقال الاكمل ولو قبض بماذا

قال له قبل مائة درهم حق وديعة او وديعة ودين فانه دين فلم يثبت اقلهما وهو الامانة واجب
بان ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل
الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشي لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ش ولو قال
له رجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قضيتكها فهذا اقرار ش هذا كله لفظ
القدوري وقال المصنف رحمه الله م لان الهاء في الاول ش وهو قوله اتزنها م وفي الثاني ش وهو قوله انتقدها
كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية ش وهو الهاء لا يكون
اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور ش اي لعدم انصراف حرف الكناية الى قوله انتقد او اتزن وقال الشافعي واحمد
في قوله اتزن وانتقد لا يكون اقرارا بها وغيرهم قال بعض اصحاب مالك لانه لم يوجد منه حقيقة الالتزام
وقد يوجد مثل ذلك فيمن يستهزئ ويبالغ في الجحود فلا يكون اقرارا بالشك وعن بعض اصحاب الشافعي اذا كان بحرف
الكناية يكون اقرارا كقولنا وقال ابن سحنون المالكي يكون اقرارا في الوجهين الا اذا قال اتزن او اتزنها
ما ابعدك من ذلك او قال بهذا اي ضرب تاخذها ما ابعدك من ذلك فليس باقرار م والتاجيل انما يكون في حق واجب
ش لانه لا يطلب التاجيل في غير دين لازم م والقضاء يتلوا الوجوب ش يعني في قوله قضيتكها فيلزمه وقال مالك
الائمة الثلاثة م والابراء كالقضاء ش يعني قوله ابراتني كالقضاء فيلزمه وعن بعض اصحاب الشافعي ان قوله ابراتك
عنه ليس باقرار م لما بينا ش اشارة الى قوله لان القضاء يتلوا الوجوب وفي المحيط لو قال لي عليك الف
فقال اتزنها او انتقدها او اقعد فاقبضها او خذها او لم تحل بعد هنا او قال غدا او ارسل من يتزنها او
يقبضها او قال ليست بصحاح او مكسرة اليوم او قال ما اكثر ما تتقاضى او غممتني او حتى يدخل علي مالي
او حتى يجي غلامي او لم تقدم فذلك كله يدل على الوجوب فلو قال اتزن او انتقد او اجل او سوف اعطيك
ولم يذكر معه حرف الكناية لا يكون اقرارا ولو قال لي عليك الف فقال نعم يكون اقرارا لان نعم لا يستعمل بنفسه
اما لو قال لي عليك الف فاومى براسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الاخرس ولذا
دعوى الصدقة والهبة ش بان قال تصدقت به علي م او وهبته لي ش لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب
ش يعني هذا دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد الوجوب المال عليه في ذمته فكذا ش اي ولهذا يدل على الوجوب
م لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين ش من ذمة الى ذمة م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن اقر
بدين مؤجل وصدقه المقر له في الدين لا في الاجل لزمه الدين حالا ش وبه قال ابو الخطاب الحنبلي وقال الشافعي
واحمد لزمه الدين مؤجلا م لانه اقر على نفسه بماله ش اي بالمال المقر له م وادعى حقا لنفسه فيه ش اي في المال الا
يصدق م فصار ش هذا م كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة م بخلاف الاقرار بالدراهم
السود ش يعني اذا اقر لفلان على دراهم ولكنها سود يصدق م لانه ش اي لان السواد م صفة فيه ش اي صفة
اصلية في الدراهم ش لان الدراهم لا تنطبع الا بغش والاجل في الدين عارض لا يثبت الا بالشرط والقول للمنكر
العارض م وقد مرت المسالة في الكفالة ش اي في باب الضمان جنبا للفرق م ويستحلف المقر له على الاجل لانه
منكر حقا عليه والتيمين على المنكر ش بالحديث م قال ش اي القدوري رحمه الله تعالى م وان قال له علي مائة
ودرهم ش بالرفع م لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في التفسير في المائة
اليه ش اي الى المقر م وهو القياس في الاول ش اي لزوم درهم والتفسير للمائة في قوله له علي مائة ودرهم
م وبه ش اي وبالقياس م قال الشافعي ش وبه قال احمد في رواية م لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها
بالواو العاطفة لا تفسيرا لها للمغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه م فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل
الثاني ش وهو قوله علي مائة وثوب م وجه الاستحسان وهو الفرق ش بين الفصلين م انهم ش اي ان العلماء
م استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره ش اي بذكر الدرهم ش عقيب العددين ش الا ترى انهم يقولون
احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل م وهذا ش اي الاستثقال
قاله شيخي العلا وقال الكاكي رحمه الله وهذا اي كون العطف للبيان م فيما يكثر استعماله ش وذلك اي
كثرة الاستعمال م عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك ش فيما يثبت في الذمة وهو معنى قوله م في
الدراهم والدنانير والمكيل والموزون ش لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض
بها فاما الكثرة وجوبها كثرت الكثرة فصبرت لكن الجنس في كل عدد فاكتفي بذكر الجنس في العدد الاخير عن ذكره فيما
سبق م اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها ش ولهذا لا تثبت الثياب في الذمة دينا الا سلما

والثاني لا يجب دينا في الذمة اصلا م فبقي على الحقيقة ش اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل على المجمل الصلا
العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت م ولهذا ش اي يرجع الى المجمل في البيان م لو قال مائة وثوبا
يرجع في بيان المائة الى المقر لما ذكرنا ش اي من الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها م بخلاف ما اذا
قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين وهما مائة وثلاثة م وانما كانا مبهمين لانه لا دلالة لهما
على جنس من الاجناس م واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف ش حتى يدل على المغايرة م فانصرف
اليهما ش اي الى العددين م لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا ش لا يقال الاثواب جمع لا يصلح
تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن اقر
بتمر في قوصرة ش بالتشديد والتخفيف وهي وعاء للتمر منسوج من قصب وقيل انما يسمى بذلك ما دام فيها التمر
والاهي زنبيل هذا على عرفهم وقال صاحب الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روي افلح من كانت له
قوصرة ش يأكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري صحة هذا البيت م لزمه التمر والقوصرة ش هذا كلام القدوري
وقال المصنف رحمه الله م وفسره في الاصل ش اي المبسوط م بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ش اي
وجه لزوم التمر والقوصرة جميعا م ان القوصرة وعاء له ش اي للتمر م وظرف له ش اي للتمر م وغصب الشي
وهو مظروف ش اي والحال انه في الظرف م لا يتحقق بدون الظرف فيلزماه ش اي فيلزم التمر والقوصرة
م وكذا ش اي ولهذا الحكم فيما اذا قال غصبت م الطعام في السفينة ش لان السفينة ظرف
له فلا يتحقق بدون المظروف م والحنطة في الجوالق ش فيما اذا قال غصبت من قوصرة الحنطة في الجوالق
ش بفتح الجيم جمع جوالق بالضم والجوالق بالباء م بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من
للانتزاع ش اي لانتزاع الشي من شي فيكون اقرارا بغصب المنزوع ش وبقولنا قال احمد في رواية وقال
الشافعي ومالك واحمد في رواية يكون الاقرار بالمظروف لا بالظرف والاصل في جنس هذه المسائل ان من
اقر بشيين احدهما ظرف للاخر فان كان ذكرهما بكلمة في يلزم الظرف والمظروف وان كان بكلمة من يلزم
المظروف دون الظرف ولو اقر بشيين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم درهم لم يلزمه الثاني
لانه لا يصلح ظرفا للاول ولو قال غصبت اكافا على حمار او سرجا على فرس كان اقرارا بغصب الاكاف
خاصة وبه قالت الائمة الثلاثة وقال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في مبسوطه لو اقر انه غصب
ثوبا في منديل كان مقرا بالثوب والمنديل كذلك لو قال غصبتك عشرة اثواب في عيبة كان مقرا
بهما وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا او كذا وكذا امع كذا او كذا
له ابلكذا او قال كذا عليه كذا لزماه جميعا ولو قال كذا من كذا او كذا على كذا لزمه الاول فقط يعلم
وجههما بما ذكرناه م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة
ش وبه قالت الائمة الثلاثة وانما قال لزمه ولم يقل اقرارا بالدابة لما ان هذا الكلام اقرارهما جميعا الا ان
اللزوم على قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة واليه اشار بقوله م لان الاصطبل غير مضمون عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ش اي الدابة والاصطبل وقد علم ان غصب العقار
لا يتحقق عندهما خلافا لمحمد م ومثله الطعام في البيت ش اي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل قوله
غصبت الطعام في البيت فلا يلزم الا الطعام عندهما وعند محمد يلزمانه وقال الاسبيجابي
في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت عند محمد لانه يرى الغصب
في البيت وعندهما لا يراه فيضمن الطعام لا غير م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن اقر لغيره بخاتم فله
الفص والحلقة لان اسم الخاتم يشمل الكل ش ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية م وان اقر
بسيف لزمه النصل ش وهو الحديدة م والجفن ش وهو غمد السيف م والحمائل ش جمع حمالة
بكسر الحاء وهي علاقة السيف م لان الاسم ش اي اسم السيف ينطوي على الكل ش اي ينطلق على كل السيف م
ومن اقر بحجلة ش وهو بيت يزين بالثياب والاسرة وله العيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب ن
كالعيدان وهو جمع دود م والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا ولا نعلم خلافا في هذه المسائل ش وان
قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ش اي لان المنديل ظرف فان الثوب يلف فيه م والخلاف فيه
كالخلاف في الاقرار بالتمر في القوصرة م ولهذا لو قال على ثوب في ثوب ش اي يلزمه الثوبان جميعا لانه
ظرف ش اي لان الثوب الثاني ظرف ولا يتحقق ذلك الا بهام م بخلاف درهم في درهم ش يعني لو قال لفلان علي

درهم في درهم م حيث يلزمه واحد ش اي درهم واحد م لان ضرب ش اي ضرب حساب م لا يكثر المال ش وقد مر م وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ش قيل انه منقوض على اصله ان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة م ولابي يوسف ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي موضع الشك لان كلمة في لما استعملت في شيء بين كما استعملت للظرف لم يلزمه الا ثوب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه والمال لا يجب بالشك والاحتمال م والاصل براءة الذمم ش لانها خلقت بريئة عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية م فلما لم يصلح العشرة للظرف صار كقوله غصبتك درهما في درهم م على ان كل الثوب ش اي مع ان كل ثوب م موعى ش اي مظروف في حق ما وراءه وليس بوعاء الا الثوب الذي هو ظاهر م فيتعذر حمله ش اي حمل في م على الظرف ش اي على معنى الظرف الاصلي فاذا كان كذلك م فتعين الاول ش وهو كونه بمعنى البين م محلا ش بفتح الميم وسكون الحاء المهملة اي من حيث الحمل على معنى البين م ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة ش وبه قال الشافعي م لان الضرب لا يكثر المال ش يعني اثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال م وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون ش اي قال الحسن بن زياد يلزمه خمسة وعشرون ان اراد الضرب وبه قال احمد ومالك في رواية وقال زفر يلزمه عشرون م وقد ذكرناه في الطلاق ش اي في باب ايقاع الطلاق وقال الاترازي ولم يذكر صاحب الهداية ثمة صريحا بل فهم ذلك بالاشارة من الكلام الواقع بيننا وبين زفر في قوله انت طالق ثنتين في ثنتين وقال اراد الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث وانما ذكر مسالة الاقرار بحاشية كتاب الطلاق في الجامع الصغير قال في شرح الكافي لو قال له علي درهم مع درهم او معه درهم لزمه درهمان وكذلك لو قال قبله درهم او بعده درهم ولو قال درهم فدرهم او درهم ودرهم لزماه جميعا ولو قال درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين قوله لامراته انت طالق طالق حيث يقع ثنتان لان الاقرار اخبار فيجعل الثاني موكدا للاول والطلاق انشاء والتاكيد لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الاول فاقتضى وقوع طلاق اخر ولو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهم لان الباء للبدلية يعني عوضه درهم وكذا اذا قال له علي درهم على درهم لانه وصف الاول بالوجوب والثاني يجوز وصفا له فلا يتضعف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد ولو قال له علي درهم ثم درهما لزمه ثلاثة دراهم م ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ش لان مع للمصاحبة م ولو قال له علي من درهم الى عشرة او ما بين ش اي او قال له علي ما بين م درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة ش وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية واحمد في وجه م يلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ش وهي العاشرة من العشرة م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان ش اي الابتداء والانتهاء وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية واحمد في وجه ومالك في رواية في قوله ما بين درهم الى عشرة م وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ش اي الابتداء والانتهاء م كما ذكرنا م ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائط شيء ش اي له ش اي للمقر له ما بين الحائط م وليس للمقر له من الحائطين شيء م وقد مرت المسائل مع الدلائل في الطلاق ش الشراح كلهم ما تكلموا هنا بشيء اكتفاء بما ذكره المصنف في كتاب الطلاق ه وبالله التوفيق م

فصل م

ش اي هذا فصل في بيان مسائل الحمل ذكرها بفصل على حدة لانها الحق مسائل الخيار بها اتباعا للمبسوط م قال ش اي القدوري م ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى به فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح ش لانه اقرار بسبب صالح لثبوت الملك له ش اي للحمل وذلك لان هذا الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذبه كما اقر فكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين اهل ان يستحق شيئا بالميراث او الوصية وان كان من وجه لا يستقيم وجوب المال به للجنين فانه لا يصح اقراره ولا يلزمه شيء كما اذا قال لما في بطن فلانة علي الف درهم بالبيع او الاجارة او الاقراض فان الاقرار لم يضف الى محله وهو ظاهر فكان كما لو اقر انه او قطع يد فلان عمدا او خطأ وبيد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الاقرار شيء لانه كذب بيقين م ثم اذا جاءت به ش اي ثم اذا جاءت فلانة بالولد م

في مدة

في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار ش اي كان موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار م لزمه ش اي لزم الرجل ما اقر به وان جاءت به لاكثر من سنتين وهي معتدة فكذلك واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه م فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته ش اي بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث م لانه اقرار في الحقيقة لهما ش اي للموصي والمورث م وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ش وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يبطل اقراره لعدم مستحقه م ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ش اي ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية بينهما نصفين وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين م ولو قال المقر باعني ش يعني لو قال لحمل فلانة علي الف من ثمن شيء باعني م او اقرضني اي او قال حمل فلانة اقرضني الف درهم م لزمه شيء لانه بين مستحيلا ش اذ البيع او الاقراض لا يتصور من الجنين حقيقة وهو ظاهر وكذا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يصير تصرفه كتصرفه فصار كلامه لغوا فلا يلزمه شيء م وان ابهم الاقرار ش اي لم يبين سببه م لم يصح الاقرار عند ابي يوسف ش وبه قال ابو حنيفة معه وبه قال الشافعي في قول وقال محمد يصح ش وبه قال الشافعي واحمد في الاصح وهو قول مالك م لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن الحمل على السبب الصالح ش بان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه تصحيحا لكلام العاقل ش ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين عليه ش اي على الاقرار بسبب التجارة ولا يحمل اقرارهما على دين المهر وارش الجناية حتى لا يواخذ العبد في حال رقه ولا يواخذ الشريك الاخر م فيصير كما اذا صرح به ش اي يصير المقر به كما اذا صرح بدين التجارة بدلالة العرف م قال ش اي القدوري م ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له ش اي لهذا الاقرار م وجها صحيحا وهو الوصية من جهة غيره ش بان اوصى به له مالك الجارية ومالك الشاة ه فاذا كان كذلك م فحمل عليه ش اي الوجه المذكور وقال الشافعي ان اطلق لا يصح في قوله نقله المزني عنه وفي قول يصح وهو الاصح وبه قال احمد ومالك ان تيقن بوجوده عند الاقرار م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط ش صورته انه اقر لرجل بدين من قرض او غصب او وديعة قائمة او مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة ايام فالاقرار جائز ويبطل الشرط م لان الخيار للفسخ ش اي لان الخيار اي الاخبار م في الحقيقة فسخ ش والاخبار لا يحتمله م لان الخبر ان كان صادقا فهو مطابقته للواقع فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره م ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ش وهي قوله علي ونحوه م فلم ينعدم بهذا الشرط الباطل ش لان الباطل لا تاثير له اما لو اقر بدين من ثمن مبيع على انه فيه بالخيار فان هناك ثبت الخيار اذا صدقه صاحبه لان سببه يقبل الخيار وان كذبه صاحبه لم يثبت الخيار لان مطلق البيع اللازم والخيار امر عارض فلا يثبت الا بحجة ولو اقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة او قصيرة فان صدقه المقر له فهو كما قال والخيار ثابت له الى اخر المدة لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه فيجعل ما تصادقا كالمعاين في حقهما كذا في المبسوط م

باب الاستثناء وما في معناه

ش اي هذا باب في بيان حكم الاستثناء وما في معناه والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه عن قوله وما في معناه اي وما في معنى الاستثناء في كونه مغيرا وهو الشرط م قال ش اي القدوري م ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي ش لا بد من الاتصال وهو مذهب الائمة الاربعة وكثير خلاف البعض للعلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التاخير واستدل بقوله عليه السلام والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى واجيب بان هذا لم يكن على وجه الاستثناء بل هو امتثال لما امر الله به في قوله عز وجل واذكر ربك اذا نسيت وعن عبد الملك المالكي لا يصح الاستثناء وعنه انه لا يصح استثناء الاحاد من العشرات ولا المئين من الالوف بل يصح استثناء الاحاد والعشرات والمئين والالوف واستثناء الاقل والاكثر يجوز وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل وعن احمد مثله وفي الكافي وعن ابي يوسف ومالك ومثله وفي الحلية وبه قال ابن درستويه النحوي واحمد ولكن ما ذكر من قول مالك لم يكن مشهورا عند اصحابه واستثناء الكل من الكل لا يجوز بلا خلاف وذكر المصنف في زيادته هذا اذا استثنى معينا ذلك

اللفظ بان قال نسائي طوالق الا نسائي او قال نسائي طوالق الا عمرة وزينب وفاطمة حتى اتى على الكل
صح وكذا لو قال نسائي طوالق الا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن م لان الاستثناء مع الجملة
ش اي الصدر عبارة عن الباقي ش لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة م ولكن لا بد
من الاتصال ش اي اتصال الاستثناء بما يقوله والا لا يصح وقد مر بيانه الان م وسواء استثنى الاقل
او الاكثر ش اي الاقل من الباقي او اكثر منه كما في قوله لفلان علي الف درهم الا اربع مائة ولفلان علي الف
الا ستمائة والدليل على ذلك قوله عز وجل قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه لان
طريق صحة الاستثناء ان يجعل عبارة عما وراء الاستثناء ولا فرق في ذلك بين الاستثناء في الاقل والاكثر
فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه ش اي لان الاستثناء م تكلم بالحاصل بعد الثنيا
ولا حاصل بعده فيكون رجوعا ش والرجوع عن الاقرار لا يصح م وقد مر الوجه في الطلاق ش اي وقد مر وجه
ذلك في كتاب الطلاق في فصل الاستثناء م ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة
لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا ش اي وهذا الحكم م عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال
له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء ش اما صحة الوجه الاول فلانه استثناء المقدر من المقدر
وهو صحيح استحسانا ويطرح قدر قيمة المستثنى مما اقر به فاما عدم جواز الوجه الثاني فلانه استثناء
غير المقدر فلا يصح الاستثناء م وقال محمد لا يصح في الوجهين ش وهو القياس وبه قال زفر واحمد
م وقال الشافعي يصح في الوجهين ش وبه قال مالك م لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ
ش يعني الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء
لكان داخلا تحت الصدر م وهذا لا يتصور في خلاف الجنس ش وفي بعض النسخ وهذا لا يتحقق في خلاف
الجنس م وللشافعي انهما ش اي ان المستثنى والمستثنى منه م اتحدا جنسا ش اي من حيث الجنس م من حيث
المالية ش حاصله ان اتحاد اشتراط الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي
وهو التصرف اللفظي وقال الاكمل وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى
منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء
يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة
ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو محتاج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول
هنا م ولهما ش اي ولابي حنيفة وابي يوسف م ان المجانسة في الاول ش اي في وجه الاول وهو قوله
له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة م ثابتة من حيث الثمنية ش لانها تثبت في الذمة ثمنا م اما الدينار
فظاهر والمكيل والموزون اوصافها اثمان ش فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا او مؤجلا وجاز الاستقراض بها
م او لو عينا يتعلق العقد باعيانها ولو وصفا ولم يعينا صار حكمها حكم الدينار ولهذا يستوي الجيد والردي
منها فكانت ثابتة حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى ش اما الثبوت فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق
عقد المعاوضة ش احترز به عن السلم فانه يجب في السلم وما صلح ان يكون ثمنا صلح ان يكون مقدرا ش بكسر
الدال على صيغة الفاعل م للدرهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم ش فيكون تقديره له علي الف الا قدر قيمة
المستثنى م وما لا يصلح ان يكون ثمنا لا يصلح ان يكون مقدرا ش لعدم المجانسة م فبقي المستثنى من الدراهم
مجهولا ش لجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه م فلا يصح ش اي الاستثناء فيجبر على البيان وفي
الذخيرة فاذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر وان كانت قيمة المستثنى يستغرق ما اقر به
لا يلزمه شيء ثم ما ذكر ان جهالة المستثنى يلزم جهالة المقر به مخالف لما ذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى قال
ابو حنيفة لو قال لفلان علي مائة درهم الا قليلا فعليه احد وخمسون درهما وكذا في نظائرها نحو قوله الا شيئا
لان استثناء الاقل عرفا فاوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الاقل وعن ابي يوسف لو قال
علي عشرة الا بعضها فعليه اكثر من النصف م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن اقر بحق وقال
ان شاء الله تعالى متصلا باقراره لم يلزمه ذلك الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال
ش عند محمد م او تعليق ش عند ابي يوسف فكذلك الاقرار م قال بيانه فيما قال في كتاب الطلاق من النادر
الصغرى والتتمة اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى فهو يمين عند ابي يوسف حتى لو قال لامرأته ان حلفت بطلاقك
فانت طالق ثم قال انت طالق ان شاء الله يحنث وعند محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به عنده قال

قال الاكمل

قال الاكمل وغيره الاستثناء بمشيئة الله تعالى كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وهذا
مخالف لما قاله الاترازي قلت لا مخالفة لان الكاكي لما قال قال محمد ابطال وقال ابو يوسف تعليق فقال
نقل الاختلاف على العكس ثم قال الاكمل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق
عند ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق بما فيه شرط فلم يذكر حرف الجزاء
لو تعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيف ما كان لا يلزمه الاقرار م فان كان الاول ش وهو الابطال
فقد بطل وان كان الثاني ش وهو التعليق فكذلك ش اي يبطل م اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط
لان الاقرار اخبار عما سبق وانما التعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما تناف م او لانه ش اي او لان
التعليق م شرط لا يوقف عليه ش والتعليق بمثله يكون اعداما من الاصل فيصير بمنزلة الابطال م كما ذكرناه
في الطلاق ش اي في فصل الاستثناء م بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا
افطر الناس لانه معنى بيان المدة ش وذلك من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء لحلول الاجل
لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجيء الشهر ومع هذا من اجال الناس فتركت الحقيقة للعرف فيكون تاجيلا
لا تعليقا م فيلزمه الاقرار ش حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا ش الشافعي يجعل المال مؤجلا
وفي شرح الكافي لو قال لفلان علي الف درهم ان شاء فلان فقال فلان شئت فهذا الاقرار باطل لانه علق
بما يجوز ان لا يوجد حكم التنجيز لا حكم التعليق وكذلك كل اقرار علق بخطر او شرط نحو قوله ان دخلت الدار او ان
مطرت السماء او ان هبت الريح او ان قضى الله او ان اراده او ان رضيه او ان احبه او ان اصبت مالا او ان
كان كذلك حقا لانه تعليق الاقرار بالشرط فلا يكون اقرارا للحال ولا يمكن جعله اقرارا عند وجود الشرط لان الشرط ليس
بموجود في تلك الحالة بخلاف تعليق الطلاق والعتاق م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن اقر
بدار ش بان قال هذه الدار لفلان م واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء وصف فيه ش
والوصف يدخل تبعا لا قصدا م والاستثناء تصرف في اللفظ ش يجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى مما لا يتناوله
اسم الدار ولا يتحقق فيه عمل الاستثناء فان قلت يشكل بما اذا قال لفلان علي الف درهم الا قفيز حنطة
فان الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظا حتى صح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث
المعنى فيتناولها ولا من حيث اللفظ من حيث المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة
والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا للبناء بطريق التناول بل الدار اسم للعرصة والبناء صفته والوصف يدخل تبعا
لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فانه قام م والفص في الخاتم والحلية في السيف نظير البناء في الدار
ش يعني كما لا يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والحلية لانه يدخل فيه ش اي يدخل تحت الصدر
م تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها ش اي بان قال هذه الدار لفلان الا ثلثها م او الا بيتا منها ش اي او قال
هذه الدار لفلان الا بيتا منها م لانه ش اي لان كل واحد من الثلث والبيت داخل فيه لفظا ش ومقصود ايضا
حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن م ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما
قال ش يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه
الارض دون البناء لفلان والبناء لا يتبعها م بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا ش يعني بناء هذه الدار لي
والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر له مع الارض خلافا للائمة الثلاثة ش لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء
م كالاقرار بالدار ش حيث يكون الارض والبناء للمقر له وان استثنى البناء لان البناء داخل في الاقرار كما ان
الاقرار بالارض اقرار بالبناء لان الاقرار بالاصل اقرار بالتبع م ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد
اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء فلا صح
لك ش الى هنا لفظ القدوري م قال ش اي المصنف م هذا ش اي المذكور م على وجوه احدها هذا ش
اي الذي ذكره القدوري م وهو ان يصدقه ش اي يصدقه المقر له م المقر ويسلم العبد وجوابه ش اي
جواب هذا الوجه م ما ذكرنا وهو ان يقال للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك
لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ش فلو عاينا انه اشترى منه هذا العبد فالعبد في يد كان
عليه الالف درهم كذا هاهنا م والثاني ش اي الوجه الثاني م ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما
بعتك عبدا غيره ففيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب
بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال الآخر استقرضته مني ولا تفاوت في هذا

بين ان يكون العبد في يد المقر او المقر له وقال الكاكي لان الاسباب مطلوبة باحكامها لا باعيانها
ولا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال م والثالث ش اي الوجه الثالث م ان
يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه
فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر او في يد المقر له
ثانيا اذا كان في يد المقر يأخذ العبد م ولو قال مع ذلك ش اي ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر به ما
بعتكه م انما بعتك غيره م يتحالفان ش لان كل واحد مدع ومنكر اشار اليه بقوله م لان المدعي يدعي تسليم من
عينه والاخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكر واذا تحالفا بطل الاقرار ش يعني يبطل
المال عن المقر والعبد سالم ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب
المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا ش لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم
المستهلك اذ لا طريق للتوصل اليه لانه ما من عبد يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن
لا يجب الا بعد احضار المعقود عليه فعرفنا انه في حكم المستهلك وثمن المستهلك غير واجب الا ان يكون مقبوضا
فيكون الاقرار بوجوب ثمنه اقرارا بالقبض واذا اقر بالقبض يكون قوله لم اقبضه رجوعا بعد الاقرار م لان الجهالة
مقارنة او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط باماثله يوجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب
نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا ش بيانه ان اول الكلام اقرار
يوجب الثمن واخره يوجب سقوطه وذلك رجوعا فلا يصح وان كان موصولا م وقال ابو يوسف ومحمد
ان وصل صدق ولم يلزمه شيء كما في المعين وبه قالت الائمة الثلاثة وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له
ان يكون ذلك من ثمن عبد م وان اقر ش اي ان المقر له م انه باعه متاعا فالقول قول المقر ش يعني بعدما كان
من ثمن عبد فاقر انه باعه متاعا فالقول للمقر وصل او فصل وبه قالت الائمة الثلاثة م ووجه ذلك
ش اي وجه كون القول للمقر م انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا ش يعني ان قوله لفلان علي الف درهم اقرار
يوجب المال عليه وقوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب م وهو البيع م فان وافقه الطالب
ش وهو المقر له في السبب ش قال الاكمل في عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط
فلا بد من جوابه وقوله م وبه لا يتأكد الوجوب ش لا يصلح كذلك اي البيع المجرد لا يتأكد وجوب الثمن على
المشتري اذ وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع متزلزل لانه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن والمدعي الذي
هو المقر له يدعي تأكد الثمن والمقر ينكره فيكون القول له ش اي للمنكر م وان كذبه في السبب كان هذا من المقر
بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا ش لان مقتضى اول الكلام ان يكون مطالبا بالمال في الحال
رجوعا الى كلمة على م واخره ش اي اخر الكلام م يحتمل انتفاءه ش اي انتفاء الوجوب م على اعتبار عدم
القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء م ولو قال ابتعت منه بيعا ش اي مبيعا م الا
اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع ش وبه قالت الائمة الثلاثة م لانه ليس من ضرورة البيع القبض ش
قال الشارح شرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال م بخلاف الاقرار بوجوب الثمن ش فان من ضرورته القبض م
قال ش اي العبد الضعيف رحمه الله م وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ش وقال المصنف م ومعنى المسألة
ش اي المسألة التي ذكرها القدوري م اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف
ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه
للوجوب وهو قوله علي فيكون رجوعا عن الاقرار ولا يصدق وبه قال الشافعي في الاصح واحمد ولم يذكر القدوري
في مختصره الخلاف فانما ذكره الحاكم والاسبيجابي م وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد م اذا وصل لم يلزمه شيء
ش وبه قال مالك والشافعي في قول واختاره المزني م لانه ش اي لان باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب
ش وقال الاسبيجابي هما جعلاه على اصلهما لان هذا بيان مغير ولكن هذا فيما اذا كذبه الطالب اما اذا
صدقه في ذلك لا يلزمه شيء في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذا الحكم فيما اذا
قال من ثمن حر او ميتة او دم وفي الاجناس رواية هشام لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر
او خنزير وهما مسلمان فقال الطالب بل هو من ثمن بر فالمال لازم للمطلوب في قول ابي حنيفة مع يمين
الطالب وقالا القول قول المطلوب مع يمينه ولا شيء عليه الا ان يقول الطالب علي درهم ثمن ميتة او رطل
خمر كان بالخيار قال في الاجناس ذكر في نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة لو قال لفلان علي الف

دراهم حرام او باطل لزمته في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وفي الذخيرة لو قال له علي الف حرام او ربا لزمه
الالف لان الحرام عنده لعله ان يكون حلالا عند غيره ولعل الربا ليس بربا عند غيره ولو قال
له علي الف درهم زور او باطل ان صدقه فلان فلا شيء عليه وان كذبه فعليه الالف م وصار اي حكم
هذا م كما اذا قال في اخره ش اي في اخر كلامه م ان شاء الله ش يعني ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق
ش هذا جواب عن قياسهما على مسألة الاستثناء بالمشيئة وتقريره ان يقال م ذلك تعليق ش
بالشرط والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا م وهذا ش اي الذي نحن فيه م ابطال ش والابطال
رجوع فلا يصح م ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف وهو جمع زيف
وهو الذي تقبله التجار ويرده بيت المال م او نبهرجة هي دون الزيوف لان التجار يردونه م وقال المقر له
جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة وصل ام فصل م وقالا ش اي قال ابو يوسف ومحمد م ان قال موصولا صدق وان
قال مفصولا لم يصدق ش وبه قال الشافعي واحمد م وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة ش وهي ارد
من النبهرجة او رصاص ش اي او قال هي رصاص فلا يصدق عند ابي حنيفة وصل ام فصل وعندهما يصدق
ان وصل وفي جامع قاضي خان عن ابي يوسف فيه روايتان في رواية مع ابي حنيفة وفي رواية مع محمد م وعلى
هذا ش الخلاف م اذا قال الا انها زيوف ش بكلمة الاستثناء م وعلى هذا الاستثناء ش الخلاف م اذا قال
لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما ان الزيوف وتحري الصفة على المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع
بقرات سمان م لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه بيان تغيير فيصح بشرط الوصل كالشرط م وهو التعليق
والاستثناء م وهذا ش توضيح لما قبله م لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته ش لانها من جنس
الدراهم حتى حصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا م والستوقة بمجازه ش لان الستوقة
تسمى دراهم مجازا والتعلل (?) من الحقيقة الى المجاز بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا م الا ان مطلقه ش اي
مطلق اسم الدراهم م ينصرف الى الجياد ش لان اكثر النقود تكون جيادا لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة
فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه ش اي من الوجه المذكور فلذلك شرط له الوصل م وصار ش اي حكم
ذا م كما اذا قال الا انها وزن خمسة ش او ستة يصدق (?) بلدهم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق
ان كان مفصولا م ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب
ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه ش اي موجب العقد لانه ابطال بعض ما هو مستحق بالعقد فلا يصدق
وان وصل م وصار ش اي حكم هذا م كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري
لما بينا ش اشار به الى قوله مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب م والستوقة ليست من الاثمان ش
اي ليست من جنس الاثمان م والبيع يرد على الثمن فكان ش اي فكان دعواه على تاويل الادعاء يعني دعواه
الستوقة م رجوعا ش عن الاقرار فلا يصح م وقوله الا انها وزن خمسة ش اي هذا جواب عما استشهد
به فقيل انه ليس مما نحن فيه لان قوله هذا م يصح ان يكون الاستثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان
استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ش فانه لا يجوز توضيحه ان الجودة صفة فلا يصح استثناؤه
الوصف لان الصفة مما لا يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى وانما ثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف
والعادة م بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب ش لان
العيب ما تخلو عنه الفطرة السليمة والحنطة قد تكون ردية م فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها ش
اي عن الرداءة ولهذا لا يصح شرى الحنطة ما لم يبين انها جيد او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب
اول كلامه فيصح وصل ام فصل اذ مطلق العقد لا يقتضي نوعا دون نوع فلا يستحق نوع بمطلق العقد
بخلاف الزيافة فانها عيب ومطلق العقد يقتضي السلامة عنها م وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
ش المراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر
والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية م انه يصدق في الزيوف اذا وصل ش
اذا قال لفلان علي الف درهم قرضا ثم قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات
م لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون ش المقبوض م زيفا ش والقرض يقضي بالمثل كما في الغصب ش
يكون المغصوب زيفا لان الواجب فيه مثل المقبوض والجامع بينهما ان كلا منهما يوجب الضمان بالقبض م وجه
الظاهر ش اي ظاهر الرواية م ان التعامل ش يكون بين الناس م بالجياد فانصرف مطلقه ش اي مطلق

القرض م الا ش اي الجياد فيجب عليه ذلك ثم دعوى الزيادة لا تقبل لانه رجوع عما اقر به م ولو قال
لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها ش اي الزيوف
م وقيل لا يصدق ش اي عند ابي حنيفة وصلا ام فصل م لان مطلق الاقرار ش بالدين م ينصرف الى العقود لـ
تعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ش وهو الغصب المحرم شرعا وكالوديعة سبب التجارة وعقد ربما
يبطل اقراره اذا قال المقر له جياد م ولو قال غصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق
وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ش لان المقتضي في عقود
المعاوضة م ولا تعامل ش اي في غصب الجياد ولا في ايداع الجياد بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد
كذا قاله تاج الشريعة وقال شيخ العلاء م وهذا ش اشارة الى الجواب عن فصل القرض فان في القرض ان
لم يوجد المقتضي فقد وجد التعامل فان الناس يتعاملون بالجياد فينصرف الى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف
الى الجياد م فيكون ش اي قول المقر بيانا للنوع فيصح وان فصل ش وقال الشافعي واحمد اذا فصل لم
يصدق وهو رواية عن ابي يوسف في الغصب م ولهذا ش اي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد لو جاء وادى المغصوب
والوديعة بالمعيب كان القول له ش فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا
م وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه ش اي في الغصب مفصولا اعتبارا بالقرض م اذ القبض فيهما ش اي في
الغصب والقرض م هو الموجب للضمان ش وجوابه يعلم مما تقدم م ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر
بالغصب والوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق ش لان الستوقة ليست من جنس الدراهم ش
حقيقة م لكن الاسم ش اي اسم الدراهم م يتناولها ش اي الستوقة م مجازا ش لمشابهة بين الستوقة والدراهم
من حيث الصورة م فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ش اي فكان مغيرا لما اقتضاه اول كلامه لان اول كلامه يتناول
الدراهم صورة وحقيقة واخر كلامه يبين ان مراده الدراهم صورة لا حقيقة وبين التغيير يصح موصولا لا
لا مفصولا م ولو قال في هذا كله الفا ش يعني المذكور من البيع والقرض والغصب صورته اذا اقر
وقال لفلان علي الف درهم او قال اودعني الف درهم او قال غصبته الف درهم او اقرضني الف درهم او قضاني
الف درهم م ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق ان فصل وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار ش اي
استثناء لبعض ما اقر به من المقدار م والاستثناء يصح موصولا ش فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى
م بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف م وهو ش اي الاستثناء م تصرف
لفظي ش يعني تصرف في الملفوظ لا في غيره م لما بينا ش انه لا يصح الا موصولا م ولو كان الفصل ضرورة انقطاع
الكلام ش بان كان لانقطاع النفس او السعال م فهو واصل ش يعني يصح الاستثناء اذا كان الفصل للضرورة
المذكورة م لعدم امكان الاحتراز عنه ش لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر
ان يتكلم بكلام كثير بنفس واحد فجعل ذلك عفوا وعليه الفتوى وبه قالت الائمة الثلاثة م قال ش اي
القدوري م ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم
وسواء وصل ام فصل م ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال ش اي المقر له م لا بل
اخذتها غصبا فهو ضامن ش اي المقر ضامن فالقول للمقر له مع يمينه م ولو قال اعطيتنيها وديعة فقال
ش اي المقر له م غصبتها لم يضمن ش المقر م والفرق ش بين المسالتين م ان في الفصل الاول ش وهو قوله اخذت
منك الف درهم وديعة م اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ش لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد
وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل م ثم ادعى ما يبرئه
ش من الابراء وهو الاذن م بالاخذ ش والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين ش الا ان ينكل المقر له عن اليمين
م وفي الثاني ش وفي الفصل الثاني م اضاف الفعل الى غيره ش وهو المقر له م وذلك ش اي ذلك الغير وهو
المقر له م يدعي سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ ش يعني
لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان ضامنا كما اذا قال اخذتها وديعة
والدفع كالاعطاء ش يعني لا يضمن المقر اذا قال دفعت الي الف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كما لو قال
اعطيتني م فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون ش اي القبض م بالتخلية
والوضع بين يديه ش وهذا الجواب بطريق المنع ثم قال بطريق التسليم م ولو اقتضى ذلك ش اي ولئن
سلمنا انه اقتضى ذلك كل واحد من التخلية والوضع بين يديه فثبت ضرورة ش يعني بطريق العقد دون

فالتعيين

ما يقتضي الضرورة ش ولا يظهر في انعقاد سبب الضمان م فلا يقتضي ثبوته الضرورة اي يكون سببا للضمان
م وهذا ش اي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر في الاخذ وديعة اذا قال المقر له اخذتها غصبا م بخلاف
ما اذا قال اخذتها وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك
ش اي في القرض م على ان الاخذ كان بالاذن ش اي وهو سبب مسقط للضمان م الا ان المقر له يدعي سبب الضمان
وهو القرض والآخر ينكر فالقول للمنكر فافترقا ش اي حكم الوديعة والقرض م فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند
فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه ش اي فان فلانا م ياخذها لانه اقر ش اي لان المقر اقر باليد له ش اي
لفلان وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال
آجرت ثوبي فلانا فلبسه ورده فالقول له م وهذا ش اي كون القول قوله م عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يجعل القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس ش وبه قالت الائمة الثلاثة وفي المبسوط والا
وهذا كله اذا لم يكن الدابة والثوب للمقر اما اذا كان معروفا ان الدابة والثوب والدار للمقر فقال اعرته
لفلان وقبضه فالقول قوله بالاجماع م وعلى هذا الخلاف ش اي الخلاف المذكور م الاعارة والاسكان ش بان
قال اعرتك داري هذه ثم ردها علي او اسكنتك داري هذه ثم ردها وقال الآخر داري م ولو قال
فلان خاط ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح ش احترز
به عن قول البعض فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع ويكون ذلك دليلا لابي حنيفة ولكن منشأ الخلاف
من الاختلاف في الصحيح م وجه القياس ما بيناه في الوديعة ش وهو قوله ان المقر اقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق
عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة م ووجه الاستحسان وهو الفرق بين الاجارة والوديعة ان اليد في
الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون ش اي اليد م
عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا ش اي قصدا من كل وجه م بخلاف الوديعة لان
اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ش
في الفرق م ان الاجارة والاعارة والاسكان اقرار بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ش
اي في كيفية ثبوت اليد بأي طريق كان كما لو قال هذا العبد كان لفلان ثم اسلم العبد اليه بعد فقال
المقر له لم اشتره كان القول قول المقر وان زعم الآخر خلافه م ولا كذلك في الوديعة فانه قال فيها كانت
وديعة وقد تكون من غير صنعه بان هبت الريح والقته في داره وكاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان
لم يدفع اليه صاحبها م حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف ش المذكور م وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ
في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة والاعارة ش اي الاعارة والاسكان فلما ذكر الضمير
الراجع الى الاجلة على تاويل العقد ش احترز به عن قول الامام علي القمي فانه ذكر في الفرق ان في مسالة
الوديعة اخذتها منه يلزمه جزاؤه وبدل الاخذ الرد وههنا قال ردها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع
وقال في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء م لانه ش اي لان محمدا م ذكر الاخذ في وضع الطرف
الآخر في كتاب الاقرار ايضا ش فعلم انه ليس مدار الفرق عليه وانما علي القمي هو علي بن موسى تلميذ محمد بن
شجاع البلخي وهو تلميذ الحسن بن زياد وهو تلميذ ابي حنيفة رضي الله عنه ونسبته للام بضم القاف وتشديد
الميم وهي بلدة معروفة بالعراق م وهذا ش اي الذي ذكر في الاجارة واخواتها م بخلاف ما اذا قال اقتضيت
ش اي قبضت م من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر حيث يكون
القول قوله ش اي قول المقر له مع يمينه لان الديون تقضى بامثالها م وذلك ش اي قضاء الديون بامثالها
انما يكون بقبض مضمون ش لنفسه وبناء على الدين م ثم يتقاصان فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب
الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة ش اي ثم ادعى عليه ما يبرئه وهو المقاصة م والآخر
ينكره ش فكان القول للمنكر م اما هاهنا ش يعني في صورة الاجارة واخواتها م المقبوض عين ما ادعى فيه
الاجارة وما اشبهها ش وهو الاعارة والاسكان فافترقا ش اي الحكمان حكم الاقرار باقتضاء الدين وحكم الاجارة
توضيحه ان الدين يقضى بالمثل فاذا اقر باقتضاء الدين كان مقرا باخذ مثل حقه والمثل ملك المقر له في الاصل
فيكون مقرا به له فيرد على المقر له واما في صورة الاجارة فالمقبوض عين ما ادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون
مقرا بالملك للمقر له م ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم ش هذه من
مسائل المبسوط ذكرها تفريعا م وذلك كله ش اي والحال ان ذلك كله م في يد المقر فادعاها فلان ش انها له

م وقال المعير مثلا ذلك كله لي استعنت بك ش اي على الزراعة او على البناء او على الغرس م ففعلت ش اي
هذه الاشياء او فعلته باجر فالقول للمقر ش اي لظهور دين في الحال م لانه ما اقر له ش اي لفلان م باليد
انما اقر بمجرد فعل منه ش اي فلان وذلك لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير واحترز
بقوله بمجرد الفعل عما لو اقر ان فلانا ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت فانه تقضي به للساكن على المقر
لان السكنى تثبت اليد للساكن في المسكن فكان اقرارا باليد للغير مع الفعل واقراره حجة عليه وما بعد
باقراره كالمطلق في حقه كذا في المبسوط م وقد يكون ذلك ش اي الفعل من الغير م في ملك يد المقر ش
فانه لا يؤمر بالرد عليه لانه لم يعترف بالقبض منه لكن ما اقر بهذه الاشياء م وصار ش اي حكم هذا م كما اذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد فيكون القول للمقر لما اقر بالفعل
منه ش وذا لا يدل على اليد م وقد يخيط ش اي الخياط م ثوبا في يد المقر ش بان خاطه في بيت المقر فلا يثبت يد
الخياط عليه م فكذا هذا ش اي فكذا حكم المسألة المذكورة في عدم لزوم الرد على المقر باب
اقرار المريض ش اي هذا باب في بيان حكم اقرار المريض وانما افرده بباب على حدة باختصاصه
باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة م قال ش اي القدوري رحمه الله م واذا اقر الرجل في
مرضه بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة ش مثل بدل مال ملكه او
استهلكه او مهر مثل امراة تزوجها وعلم معاينة فاقر ايضا بديون غير معلومة الاسباب م فدين الصحة
والدين المعروف الاسباب مقدم ش على ما اقر في مرضه م وقال القاضي الحنبلي فما بين مذهبه ان دين
الصحة اولى اذا ضاق ماله عنها وهو قولنا وبه قال النخعي والثوري م وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض
يستويان لاستوائهما سببا وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق
ش وهو في الحالين سواء م وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ش اي وصار اقراره في المرض كتصرفه بالبيع
والنكاح فيستوي الحالان وبه قال مالك والخرقي والتميمي من اصحاب احمد وابو ثور وابو عبيد وذكر
ابو عبيد انه مذهب اهل المدينة م ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ش اي في الاقرار م
ابطال حق الغير ش كما لو رهن او اجر ثم اقر انه لغيره لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما
به م وفي اقرار المريض ذلك ش اي ابطال حق الغير م لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ش اي من حيث الاستيفاء م ولهذا منع ش اي المريض م من التبرع والمحاباة الا من الثلث ش اذا احاطت
الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا توضيح جواب عما ادعاه الشافعي
من الاستواء بين حالة الصحة وحالة المرض فانه لو كانتا مستويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حالة
المرض كما في حالة الصحة فان قيل الاقرار في المرض بالوارث صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة
اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا
وهو الموت بخلاف الدين لانه يجب بالاقرار لا بالموت م بخلاف النكاح ش جواب عما استشهد به الشافعي
من انشاء النكاح وتقريره ان يقال لا نسلم ان انشاء النكاح م وهو ش اي النكاح م بمهر المثل ش هو من
الحوائج الاصلية وهذه جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل والزيادة
عليه باطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان باربعة جاز وليس بحاجة الاصلية فلم يكن من الحوائج
الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال
فان الحال مما لا يوقف عليه ش وبخلاف المبايعة بمثل القيمة ش يعني المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء
لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة ش والمالية باقية م وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال ش هذا جواب
عما يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حالة الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال
حق الغير غير معتبر فاجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق الدين بالمال م لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمير ش اي تثمير المال وهو تكثيره ومنه قولهم ثمر الله ماله اي كثره م فلا يتحقق التثمير
م لحجر المتعلق حق الغرماء بماله م وهذه ش اي حالة المرض م حالة العجز ش عن الاكتساب فتعلق حقهم به
حذرا من التوى م وحالتا المرض ش جواب لما يقال ينبغي اذا اقر في حالة المرض باشياء ان لا يصح للثاني
حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله فاجاب بقوله
م وحالتا المرض ش اي حالة اول المرض وحالة اخر المرض بعد ان يتصل بهما الموت م حالة واحدة ش في

في الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد لان حالة الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا م لانه ش اي لان
المرض م حالة العجز عن التصرف فيما لا يجوز م بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاول ش ان حالة الصحة م
حالة الحلاف ش للتصرف م وهذه ش اي حالة المرض م حالة العجز ش ولو قال حالة العجز لكان اولى لكونه
اشد مناسبة بالاطلاق م فافترقا ش اي المذكوران في الحكمين بين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقدم
الديون المعروفة الاسباب فقال م وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا
مرد له ش اي لان الشيء المعاين لا مرد م وذلك ش اشارة الى مثال الديون المعروفة بالاسباب لانه لا تهمة
في ثبوتها فقال م مثل بدل مال ملكه ش كالثمن في المبيع والقرض م او استهلكه ش اي مثل بدل مال
استهلكه م وعلم وجوبه ش اي وجوب المال المذكور م بغير اقراره ش اما بالبينة او بعلم القاضي م او تزوج
امراة بمهر مثلها ش فانه ايضا من المعروفة الاسباب م فهذا الدين ش يعني الذي وقع في مرضه على الوجه
المذكور م مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا ش اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له كذا قاله
الاتراري وقال الكاكي لما بينا اشارة الى قوله انه من الحوائج الاصلية م ولو اقر بعين في يده لاخر
يعني اذا اقر بعين سواء كانت امانة او مضمونة م لم يصح ش اي اقراره م في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم
به ش وعند الشافعي ومالك واحمد في رواية يصح كما في الدين وكالحجر عندهم ان يقضي دين بعض الغرماء
دون البعض على اصلهم ان سبب المرض لا يحجه الحجر فكان رقبته بين الدين وقضائه فان المرض والصحة
سواء وعندنا لا يجوز ذلك اشار اليه بقوله م ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض
في مرضه لان ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك ش اي اذا كانت معروفة الاسبا
سواء ش لان حق الكل تعلق بالمال م الا اذا قضى ما استقرض ش استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه
اذا قضى ما استقرض في مرضه ش اي حال كونه في مرضه م او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم
اي والحال انه قد علم م وجوبه بالبينة ش او بالمعاينة جاز ذلك وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه
ابطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل يعدله م قال ش اي القدوري رحمه الله م فاذا قضيت
على صيغة المجهول ش يعني الديون المقدمة ش وهي ديون الصحة والديون اللازمة باسباب معلومة
م وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة م فيلان
يضيع حقوقهم ش فاذا لم يبق حقهم ش اي حق غرماء الصحة م ظهرت صحته ش اي صحة اقراره في مرضه لانه حينئذ
كانه لم يبق دين الصحة م قال ش اي القدوري م وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره ش لعدم
المانع لانه لم يتضمن اي لان اقراره هذا ش لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر
رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ش هذا غريب لم يتصل ثبوته وايضا نسبته
الى عمر غير صحيح وانما هو عن ابن عمر رضي الله عنهما لانه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر
رضي الله عنه وكذلك روي في الاصل حدثنا محمد قال الحسن عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العوزري
عن نافع عن ابن عمر انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك
بماله ووافقه على ذلك الاتراري واما الكاكي والاكمل فليدعا تعدمشيا على ما هو المذكور في الهداية ولو
يجد احد منهما على ما قلنا م ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ
من الحاجة ش ولهذا تقدم حاجته في التكفين والتجهيز على الارث م قال ش اي القدوري رحمه الله
م واذا اقر المريض لوارثه ش بدين او عين م لا يصح الا ان يصدقه فيه ش اي في اقراره م بقية الورثة
ش وبه قال احمد وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وابي هاشم والشافعي في
قول م وقال الشافعي في احد قوليه يصح ش وهو الاصح وبه قال ابو ثور وهو قول عطاء والحسن
البصري وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له ابنة وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو اقر
لابن عمه قبل واختاره الروياني من اصحاب الشافعي لفساد الزمان وقال كمالك لو اقر الاجنبي لا يصح
في رواية اذا كان منهما بان كان الاجنبي صديقا له ملاطفا والمقر يورث كلالة م لانه ش اي لان الاقرار
اظهار حق ثابت ش يعني اخبار عن حق لازم عليه م لترجح جانب الصدق فيه ش اي في هذا الاقرار لان حال
المريض ادل على الصدق لانه حال يتدارك الحقوق فصار كحال الصحة بل ادل فلا تثبت التهمة في اقراره
م وصار ش اي حكم هذا م كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر ش بان يقول لمجهول النسب انه ابنه يصح وان تضمن

وصول شيء من التركة اليه م ولو وديعة مستهلكة للوارث ش اي ولو كان الاقرار باستهلاك وديعة معروفة
للوارث فانه صحيح م ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ش اي قول النبي صلى الله عليه وسلم لا وصية للوارث
ولا اقرار له بالدين ش هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن ابان بن تغلب
عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية الى اخره وهو مرسل ونوح بن دراج
ضعيف نقل عن ابي داود انه قال كان ممن يضع الحديث وقال الاترازي ولنا حديث الدارقطني باسناده
الى اخره وكذا قال الاكمل ولنا قوله عليه السلام الى اخره ثم قال وهو نص في الباب لكن قال الاترازي
قال هذه الزيادة غير مشهورة يعني قوله ولا اقرار له بدين والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما
وقد مر عن قريب م ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ش فيرد م ولهذا ش اي ولاجل تعلق حق الورثة
بماله في مرضه م يمنع من التبرع على الوارث اصلا ش مثل الوصية والهبة م ففي تخصيص البعض به ش اي
بالتبرع م ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء ش اي عن المال لظهور امارات الموت فيه
م والقرابة سبب التعلق ش اي سبب تعلق حقهم بماله الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى
المعاملة في الصحة ش اي في حالة الصحة م لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه ش
اي مع المريض م وقلما تقع المعاملة ش هذا جواب عما يقال الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس
كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث فاجاب عنه بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث ش
اعلم ان قل فعل دخلت عليه كلمة ما ومعناه اخبار عن وقوع هذا الفعل بقلة ووجه ذلك ان البيع للاسترباح
والاسترباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح م ولم يظهر ش اي هذا التعلق في حق
الاقرار بوارث لحاجته ايضا ش الى ابقاء نسبه والاقرار بالنسب سيما لانه من الحوائج الاصلية ولان فيه حمل
النسب على نفسه فصح واذا ثبت النسب ثبت الميراث ضرورة م ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا
صدقوه فقد ابطلوه فصح اقراره ش وهذا ظاهر م وان اقر لاجنبي جاز وان احاط ش اي اقراره م بماله لما
ش اشار به الى قوله لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه م والقياس ان لا يجوز الا
في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي
لان الثلث بعد الدين ش محل التصرف فينفذ الاقرار في الثلث الثاني م ثم وثم حتى ياتي على الكل ش
هكذا ذكره في الايضاح ايضا قال ش اي القدوري م ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه
منه وبطل اقراره ش وبه قال الشافعي في قول واحمد لا يصح اقراره للوارث م وان اقر لاجنبية ثم تزوجها
لم يبطل اقراره لها ش وبه قال احمد في الاصح والشافعي في القديم ومالك واختاره الروياني وابو اسحق
من اصحابه وقال في الجديد وهو الاظهر في مذهبه واحمد في رواية يبطل اقراره م ووجه الفرق ش
اي بين المسالتين م ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ش معناه
ان النسب اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلوق فيتبين بثبوت النسب ان اقرار المريض وقع لوارثه
وذلك باطل م ولا كذلك الزوجية لانها ش اي لان الزوجية م تقتصر على زمان التزوج ش معناه اذا ثبتت
الزوجية تقتصر على زمان العقد م فبقي اقراره لاجنبية ش فلا يبطل وقال زفر يبطل الاقرار لها الا بين بحدوث
الزوجية م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن طلق امراته ش وفي النسخة زوجته م في مرضه ثلاثا ثم اقر
لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها ش اي من الزوج م لانهما متهمان فيه لقيام العدة ش لان هذا اذا
كان موته قبل انقضاء العدة فان مات بعدها جاز اقراره م وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله ش اي فلعل
الزوج م اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت ش اي اقل
الامرين وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اقر لامراته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر
مثلها وتحاص غرماء الصحة ولو اقرت في مرضها بقبض مهرها من زوجها لم تصدق وفي الفتاوى الصغرى
المريضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحة او معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة
ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول صح

فصل

ش اي هذا فصل في بيان الاقرار
بالنسب ولعله النسبة الى الاقرار بالمال اخر ذكره م ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله ش اي مثل هذا الغلام
يولد لمثل هذا الرجل لئلا يكون مكذبا في الظاهر م وصدقه الغلام ش اي فيما اذا كان الغلام يعبر عن نفسه
اما اذا كان ممن لا يعبر عن نفسه يثبت نسبه منه بدون تصديقه وهذان شرطان شرطهما القدوري

لان المسالة من مسائله في مختصره وسيذكره المصنف رحمه الله م وان كان مريضا ش واصل بما قبله اي وان كان المقر
مريضا ش لان النسب مما يلزمه خاصة ش لانه حمل النسب على نفسه لا على غيره م فيصح اقراره به ش لان
النسب مما يختص فيه م وشرط ش اي القدوري م ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر ش وعند
الشافعي واحمد لا يعتبر تصديقه وتكذيبه اذا لم يكن مكلفا كالصغير والمجنون عبر عن نفسه او لا وفي الكبير
يشترط تصديقه وقال مالك لا يشترط تصديقه اذا لم يكذبه الحس او الشرع سوا كان كبيرا او صغيرا ولو
كذبه الحس بان يكون لا يولد مثله لمثله لا يثبت نسبه بلا خلاف وقال مالك ايضا لو كذبه العرف بان
يستفيض الناس بانه ليس بولده كما اذا كان الغلام سنديا والرجل فارسيا لا يثبت نسبه ولا يكون الغلام حرا
ذكره في الجواهر م وشرط ش اي القدوري ايضا م ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره
وانما شرط ش اي القدوري م تصديقه ش اي تصديق الغلام م اذ المسالة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف
الصغير على ما مر في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى في قوله وان كان الصبي في ايديهما م ولا يمتنع بالمرض
ش اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث
لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته م قال ش اي القدوري م ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه حمل النسب على الغير ش كل ذلك يجوز بالشرائط
المذكورة ويشترط ان يصدقه الاب والام اذا كانا عاقلين وفي هذا اجماع لا خلاف فيه وانما اطلق المولى
ليشمل الاعلى والاسفل جميعا م ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ش وهو ان موجب
الاقرار يثبت فيما بينهما بتصادقهما وليس فيه حمل النسب على الغير ويشترط ان تكون المراة خالية عن الزوج
وعدته ولا تكون تحت المقر له بالزوجية اختها واربع سواها م ولا يقبل بالولد ش اي ولا يقبل اقرار المراة
م بالولد لان فيه حمل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه ش اي من الزوج م الا ان يصدقها الزوج
لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق ش اي في باب
ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن
م وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ش عند قوله واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز
دعواها حتى تشهد امراة على الولادة م ولا بد من تصديق هؤلاء ش بلا خلاف لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف
نفاذ الاقرار على تصديقهم م ويصح تصديق النسب بعد موت المقر ش النسخة الصحيحة ويصح التصديق
في النسب م لان النسب يبقى بعد الموت ش ذكر هذا تفريعا على مسالة القدوري يعني ان المقر له بالنسب
اذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه في يد نفسه فاذا صدق في حياة المقر صح فكذا اذا صدق بعد
موته لبقاء النسب بعد الموت م وكذا يصح تصديق الزوجة ش اي زوجة في اقراره بالنكاح بعد موته
م لان حكم النكاح باق ش اي بعد الموت وهو العدة وهذا بالاتفاق م وكذا تصديق الزوج بعد موتها
ش اي وكذا يصح تصديق الزوج المراة بعد موتها اذا اقرت بالنكاح وهذا عند ابي يوسف ومحمد حتى
يجب عليه مهرها وله الميراث منها م لان الارث من احكامه اي من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح
كالعدة م وهذا ش اي تصديق الزوج بعد موتها م عند ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ش
حتى يجوز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها م ولا يصح التصديق على اعتبار الارث ش هذا جواب عما يقال
على وجه الايراد على قول ابي حنيفة وهو ان يقال سلمنا ان تصديق الزوج في اقرار الزوجة بعد موتها لا يصح
نظرا الى انقطاع حكم النكاح بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا خلافا
للشافعي ولكن لم لا يجوز تصديق الزوج اياها بعد موتها نظرا الى الارث وهو ايضا من اثار النكاح فاجاب
بقوله ولا يصح تصديق الزوج اياها بعد موتها على اعتبار الارث لان التصديق اذا ثبت يستند الى اول
الاقرار وفي تلك الحالة لا يوجد الارث لانه لا يتحقق الا بعد الموت وهو معنى قوله م لانه ش اي لان الارث
م معدوم حالة الاقرار وانما يثبت ش اي الارث م بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار
ش وفي هذه الحالة لا يوجد الارث كما ذكرنا م قال ش اي القدوري م ومن اقر بنسب من غير الوالدين
نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب ش وان صدق المقر له بالنسب ولا بد له من البينة كذا في التحفة م لان
فيه ش اي لان في هذا الاقرار م حمل النسب على الغير ش لان في اقراره بالاخ يكون حمل النسب على الاب
وفي اقراره بالعم يكون حمل النسب على الجد م فان كان له ش اي لهذا المقر بالاخ او بالعم م وارث معروف

قريبة ش كصاحب الفرض والعصبة م او بعيد ش كذي رحم م فهو اولى بالميراث ش اي بميراث هذا المقر
م لا يزاحم اذا مات كان اولى من المقر" بالاخ او بالعم لانه لم يثبت نسبه ش اي نسب المقر له م منه
ش اي من المقر م لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث يستحق المقر له ش وهو الاخ او العم م
ميراثه لان له ولاية التصرف في ماله بنفسه عند عدم الوارث ش فيتصرف بما شاء ثم اوضح ذلك بقوله
الا يرى ان له ان يوصي بجميعه ش اي بجميع ماله فاذا كان كذلك م فيستحق له المقر المذكور م جميع المال
وان لم يثبت نسبه ش لما فيه من حمل النسب على الغير م وليست هذه وصية حقيقة ش بيان هذا ان المقر
المذكور اذا لم يكن له وارث كان له ان يتصرف في ماله بما شاء حتى يجوز ان يوصي بجميع ماله فاذا اقر بما
لا يثبت نسبه جاز وصار كانه اقر من جهته لصرف ماله فكانه اوصى له به وليس هذا بوصية في الحقيقة
اوضح ذلك بقوله م حتى من اقر باخ ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول ش اي
الاخ والموصى له جميع المال لانه ش استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن الاقرار
بنسب الاخ او العم بمنزلتها ش اي بمنزلة الوصية بدليل صحة الرجوع ولو لم يكن بمنزلة الوصية بدليل
صحة الرجوع ولو لم يكن بمنزلة الوصية لما صح الرجوع ثم اوضح ذلك ايضا بقوله م حتى لو اقر في مرضه باخ
وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ش بالجميع م ولو لم
يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار ش وينبغي ان يعرف
ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه فاذا ثبت النسب
لا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته م قال اي القدوري م ومن مات ابوه
فاقر باخ لم يثبت نسبه لما بيناه ش وهو ان فيه حمل النسب على الغير م ويشارك له الميراث ش وبه قال مالك
واحمد واكثر اهل العلم وقال الشافعي لا يشارك في الارث لعدم ثبوت النسب وحكي ذلك عن ابن سيرين
لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البايع بالعتق لا يقبل اقراره في عدم الرجوع بالثمن ولكنه يقبل اقراره بالعتق ولا يقبل
في حق الرجوع بالثمن على البايع وهو معنى لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولانه يقبل في حق
العتق ش حتى يعتق عليه م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم
فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللاخر خمسون لان هذا اقرار الدين على الميت لان الاستيفا
يكون بقبض مضمون ش لان الديون تقضى بامثالها م فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو
المذهب عندنا ش قال الاترازي احترازا عن قول ابن ابي ليلى فان عنده هلاك الدين بسبب الاقرار
يشيع في النصيبين وقال الكاكي قوله كما هو المذهب عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول
واحد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحق وابو عبيد
وابو ثور م غاية الامر ش هذا جواب عما يقال ان زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان زعمه ان المقبوض من
من التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض نصفا على كون المقبوض مشتركا بينهما فالراجح
لزعم المقر على ان زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما لان
المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب
سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار ورجع الغريم على المقر" لاقراره بدين على الميت مقدم
على الميراث فيؤدي الى الدور **كتاب الصلح** ش اي هذا كتاب في بيان احكام الصلح بانواعه
وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان الاقرار ترك المخاصمة وهو صلح بعينه قال الجوهري الصلاح ضد الفساد
يقال صلح الشيء يصلح صلوحا مثل يدخل دخولا قال الفراء وحكى اصحابنا ايضا بالضم والصلاح بكسر الصاد
مصدر المصالحة والاسم الصلح يذكر ويونث وقد اصطلحا وتصالحا واصالحا ايضا مشددة الصاد
ويقال الصلح اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقها عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء
المقدر بتعاطيه وشرطه كون المصالحة عنه مما يجوز الاعتياض عنه وله تفصيل وسياتي ان شاء الله تعالى
وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب
الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قد فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعا عليه لانه اسقاط
لبعض الحق وهو يتم بالمسقط وحكمه ملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا وانواعه مذكورة في

الكتاب وجوازه بقوله تعالى والصلح خير والحديث المذكور في الكتاب قال ش اي القدوري م الصلح على ثلاثة
اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعا عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز ش
وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي لا يجوز الا في الاقرار **وفي التحفة** الصلح عن انكار لا يجوز عند ابن ابي ليلى وهو قول
الشافعي ويجوز الصلح عن سكوت المدعا عليه عند ابي ليلى كمذهبنا وقال الشافعي لا يجوز م لاطلاق قوله تعالى
والصلح خير فان قيل ان النكرة اذا اعيدت معرفة كان الثاني عين الاول لان الاية سيقت في الصلح بين الزوجين
بدليل سياق الاية وان امراة خافت من بعلها الاية قلت قال في الاسرار ان قوله والصلح خير كلام مستقل في
ذاته فلا يرتبط بسببه م ولقوله عليه السلام ش اي ولقول النبي صلى الله عليه وسلم م كل صلح جائز بين المسلمين
الا صلحا احل حراما او حرم حلالا الحديث رواه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن ابيه عن
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين وزاد الترمذي والمسلمون على شروطهم الا شرطا
احل حراما او احل حلالا وقال حديث حسن صحيح م وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا ش وهو
الحديث المذكور وهو يستدل باخر الحديث وهذا ش اي الصلح على الانكار بهذه الصفة لان البدل كان
حلالا على الدافع حراما على الاخذ فينقلب الامر ش اي يصير حراما على الدافع حلالا على الاخذ م ولان المدعا عليه
يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ش وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي م ولنا ما تلونا من الاية ش من
غير فصل م واول ما رويناه ش وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين فانه باطلاقه يتناول
الصلح عن الانكار والسكوت م وتاويل اخره ش اي اخر الحديث وهو قوله الا صلحا احل حلالا او حرم حراما
يعني احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح مع امراته ان لا يطأ ضرتها وامتها م وهذا النوع
من الصلح باطل عندنا م ولان هذا ش دليل اخر اي ولان هذا الصلح على ان لا يطأ الضرة ش اي لا يصلح صلح
بعد دعوى صحيحة م ولهذا يستحلف المدعى عليه ش فيقتضي جوازه م ولان المدعي ياخذه عوضا عن حقه
في زعمه م وهذا مشروع ش لا حرج عليه م والمدعا عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا
اذ المال وقاية الانفس م والناس يحتاجون الى هذا الصلح لقطع المنازعات ودفع الخصومات ولهذا قال
الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله بعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء مثل من عمل في ابطال
الصلح على الانكار لما فيه من السد الى المنازعات بين الناس الى الحيط م ودفع الرشوة ش هذا عن قوله
وهذا عن قوله رشوة بتقريره ان دفع الرشوة الى الظالم م لدفع الظلم امر جائز ش لان المال خلق لصيانة
الانفس وقال محمد هذا الا باس به وليس هذا السحت الا على من اكل فاما من اعطاه لمنفعته في دار الحرب
فلا باس بذلك له وكذلك في دار الاسلام ايضا ان وقي انسانا خاف ظلمه وحبسه فلا باس بذلك
ويكره ذلك للمرتشي ونقل ابو الليث عن ابي يوسف جواز المصانعة للاوصيا في اموال اليتامى مخافة انه
التلف وبه يفتى قال ش القدوري م فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع
اي الصلح م عن مال ش اي عن دعوى مال م بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين
بتراضيهما ش فاذا تحقق فيه معنى البيع م فتجري فيه الشفعة اذا كان ش اي المصالح عنه ش اي ويثبت
فيه ايضا خيار الشروط ويفسده ثم اي ويفسد الصلح م جهالة البدل ش اي اذا كان يحتاج الى القبض
م لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه ش يعني لا يفسده جهالة المصالح عنه لانه
يسقط ش اي لان المصالح عنه يسقط كما يقول الشعراء بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالح
على هذا المقدار وبه قال مالك واحمد قال الشافعي يفسده جهالة المصالح عنه لانه يسقط ش اي لان المصالح
عنه يسقط ايضا كما في البيع م ويشترط القدرة على تسليم البدل ش حتى لو صالح على عبد ابق لا يصح م وان وقع
ش اي الصلح عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارات وهو تمليك المنافع بمال م والاعتبار في
العقود لمعانيها ش ولهذا قالوا كالبيع بالتعاطي صحيحا وكان الا يشترط العوض بيعا وكانت الحوالة بشرط
مطالبة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة فاذا اعتبر بالاجارة م فيشترط التوقيت فيها
حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان وقع الصلح ابدا او الى ان يموت لم يجز وكذا
اذا وقع على زراعة ارض سنين معلومة جاز واذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز م ويبطل الصلح بموت
احدهما ش اي احد المتعاقدين في الصلح م في المدة ش كالاجارة م لانه ش اي لان الصلح عن مال بمنافع
اجارة ش لصدق معناها عليه فيرجع المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة م قال ش اي القدوري

والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعا عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ش اشار به الى ما ذكرنا بقوله لان المدعي ياخذ عوضا عن حقه في زعمه الخ وذلك لان المدعي يزعم انه محق في دعواه والذي اخذه عوضا عن حقه والمدعا عليه يزعم ان المدعي مبطل دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه وليس يمتنع اختلاف الحكم في حق المتعاقدين اشار بقوله م ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما ش اي حكم عقد الصلح في حق المدعي والمدعا عليه م كما تختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين ش فانها فسخ في حقهما بيع جديد في حق ثالث م وغيرهما ش اي وغير المتعاقدين فانها بيع في حق غيرهما م وهذا ش اي في حق المدعا عليه بالشك لانه على تقدير الاقرار يكون عوضا وعلى تقدير الانكار لا يكون عوضا مع ان حمل السكوت على الانكار اولى لان فيه تفريغ الذمة وهي الاصل م قال ش اي القدوري م واذا كان عن انكار او سكوت لانه ش اي لان المدعا ياخذها ش اي الدار م على اصل حقه ش اي يستبقي الدار على ملكه لانه لا يشتريها ويدفع المال لخصومة المدعي ش على زعمه والمرء يواخذ بما في زعمه وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعا ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعا عليه يكذبه ش فصار كانه قال اشتريتها من المدعا عليه وهو منكر فتجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها قال ش اي القدوري رحمه الله واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصة ذلك من العوض ش اي بدل الصلح م لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا ش اي الرجوع بالحصة من العوض وان وقع الصلح لانه معاوضة وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ش اي المستحق لانه قايم مقام المدعا عليه م ورد العوض ش اي بدل الصلح م لان المدعا عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته ش اي خصومة المدعي عن نفسه م فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على عوضه فيسترده ش كالمكفول عنه دفع المال الى الكفيل ليدفعه الى رب الدين ثم ادعى بنفسه فلا اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله الى غرضه م وان استحق بعض ذلك ش اي المصالح عنه م رد حصته م اي من بدل الصلح ورجع بالخصومة فيه ش اي في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعا عليه اعتبارا للبعض بالكل م لانه خلا العوض في هذا القدر عن العوض اي عن غرض المدعا عليه م ولو استحق المصالح عليه وكان الصلح عن اقرار ش الواو فيه للحال م رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع له بمبدله كما في البيع م وان استحق بعضه رجع بحصته ش اي بحصة الاستحقاق لان المبدل هو الدعوى وقد فات الدعوى فيعود البدل وهذا المذكور من الحكم اذا المدعي لفظ البيع في الصلح اما اذا جرى بلفظ البيع فالحكم فيه ما اشار اليه بقوله م بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالدعوى صورته صالح ذو اليد المنكر مع المدعي على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعا عليه بالدار لا بالدعوى م لان الاقدام ش اي اقدام المدعا عليه على البيع اقرار منه بالحق له ش اي للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ش ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم ش الى المدعي م فالجواب فيه ش اي في الهلاك م كالجواب في الاستحقاق في الفصلين ش اي في فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعا وان كان عن انكار رجع بالدعوى م قال ش اي القدوري رحمه الله م ومن ادعى حقا في دار ولم يبينه فصالح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي ش اي في الذي بقي بعد الاستحقاق م بخلاف ما اذا استحق كله ش يعني جميع الدار لانه يعري العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما تبينا في البيوع م في احكام الاستحقاق م ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها ش اي من الدار م لم يصح الصلح ش وبه قال مالك واحمد والشافعي في وجه لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي ش اي في باقي الدار وقال المصنف رحمه الله تعالى م والوجه فيه ش اي وجه الصحة اي الحيلة في صحة الصلح م احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ش بان يقول المدعي ابرأتك او برئت من دعوى هذه الدار الا الابراء عن ولذا ان خاصم بعد ذلك لان هذا ابراء عن عينها لا عن دعواها وعن هذا قالوا لو ان عبدا في يد رجل لو قال له اخرجت منه كان مبريا منه ولو قال ابراتك منه كان له ان يدعيه وانما ابراه من ضمانه كذا في الذخيرة

هذا

هذا فصل في بيان ما يجوز صلحه وما لا يجوز م والصلح جائز من دعوى المال ش هذا لفظ القدوري م لانه في معنى البيع ش فما جاز فيه جاز الصلح عنه م على ما مر ش في البيع م و المنافع ش بالجر اي والصلح ايضا يجوز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث واقر به وصالحه على شيء جاز لان اخذ العوض عن المنافع جائز بالاجارة فكذا بالصلح ش فلذا تملك بالصلح م والاصل اي في هذا الفصل م ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به ش اي واشبه العقود بالصلح م احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن ش اي بقدر الامكان فان كان عن مال بمال اعتبر بالبياعات وان كان على منافع اعتبر بالاجارات م قال ش اي القدوري م ويصح عن جناية العمد م لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية ش وعن ابن عباس رضي الله عنهما هذه الاية نزلت في الصلح عن دم العمد وفي التفسير للاية معنيان احدهما ما قاله ابن عباس والحسن والضحاك فمن عفي له اي اعطي له من دم اخيه بسهولة بطريق الصلح فاتباع اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على تحاليه وحسن معاملة واداء اي المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء فهذا اخبار على جواز الصلح عن جناية القتل العمد والمعنى الثاني وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما اي الاية في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي له وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف فليتبع الذين لم يعفوا القاتل الى غير العافي حقه واداء غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال المصنف قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح ش اي ان هذه الاية نزلت في الصلح اي عن دم العمد م وهو بمنزلة النكاح ش اي الصلح عن جناية العمد بمنزلة النكاح وفي المبسوط ما يصلح مهرا يصلح بدلا في الصلح لانه قال يستحق عوضا عما ليس بمال بالعقد وهو معنى قوله م حتى ان ما صلح مسمى فيه ش اي في النكاح م صلح هنا ش اي في الجناية عن العمد م اذ كل واحد منهما اي من النكاح والصلح عن دم العمد مبادلة المال بغير المال وهو ظاهر الا عند فساد التسمية ههنا ش هذا استثناء من قوله انما صلح مسمى فيه صلح ههنا اي لكن عند فساد التسمية في الصلح في الجناية عن العمد بان صالح على ثوب او على دابة غير معينين فصار الى الدية ش اي في مال القاتل لانه وجب بعقله فكان عليه خاصة م لانه ش اي لان المصير الى الدية م موجب الدم ولو صالح عن خمر لا يجب شيئا م لانه لما اسم مالا يعفو عما صار ذكره والسكوت عنه سيان وان سكت يبقى العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر لانه ش اي لان المال لا يجب بمطلق العفو فلا يكون من ضرورة الصلح عن القود وجوب المال فانه لو عفى ولم يسم ما لا يصح فصار ذكر الخمر وعدمه سواء فيبقى مطلق العفو وفي مطلق العفو لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر م وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين ش اي في فصل بيان التسمية للجهالة وفي فصل ذكر ما لا يصلح مهرا كالخمر لان النكاح لم يشرع بلا مال م لانه ش اي لان مهر المثل هو الموجب الاصلي في النكاح م ويجب ش اي مهر المثل مع السكوت عنه م اي عن ذكر المهر حكما ش اي شرعا لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم م ويدخل في اطلاق جواب الكتاب ش اي القدوري وهو قوله ويصح عن جناية العمد والخطا م الجناية في النفس وما دونها لان الجناية اعم من ان تكون واقعة على النفس او ما على دونها وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح عن القصاص في نفسه وما دونه على اكثر من الدية وفي الخطا لا يجوز على الزيادة لان الواجب في الصورة الاولى ليس بمال فجاز كيف ما كان وفي الثانية الواجب مال مقدر شرعا خلاف القياس فلا يتجاوز عنه م وهذا ش اي الصلح عن جناية العمد م بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال ش وهو ان يصالح على ان يترك الشفعة بمال ياخذه من المشتري م حيث لا يصح ش هذا الصلح فتبطل الشفعة ولا يجب المال ش وبه قالت الثلاثة م لانه ش اي لان حق الشفعة حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك ش واخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام م اما القصاص فملك المحل في حق الفعل ش اي في حق فعل القصاص م فيصح الاعتياض عنه ش لانه اعتياض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا م واذا لم يصح الصلح ش اي عن حق الشفعة م تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت ش وفيه بقوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار فان كان معلوما فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لعدم ذكره م والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ش اي في عدم جواز الكفالة صورته صالح المكفول له الكفيل على شيء من المال على ان يخرجه من الكفالة لا يصح الصلح ولا تبطل فيه خلافا م غير ان في ابطال الكفالة روايتين في رواية ابي حفص تبطل وبه يفتى وفي رواية ابي سليمان لا تبطل م على ما عرف في موضعه ش قال الابراري اي في المبسوط وقال الكاكي في كتاب الشفعة والحوالة والكفالة م واما الثاني وهو جناية الخطا وهذا عطف على قوله اما الاول والمراد بالثاني الصلح عن جناية الخطا فانه يجوز م فلان موجبها المال فتصير بمنزلة البيع ش فجاز ان يقع في مقابلتها عوض

من المال م الا انه ش اي ان الصلح م لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه ش اي لان قدر الدية مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فتر
الزيادة على قدر الدية لئلا يلزم المجاوزة عن التقدير الشرعي م بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية
لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد ش لان المال لم يجب بالقتل وانما وجب بالعقد كالنكاح فيتقوم بقدر ما وقع به
العقد قل او كثر وهذا من زيادته ش اي عدم صحة الزيادة على قدر الدية م اذا صالح على احد مقادير الدية كالابل
والذهب والفضة وهي انواع الدية م واما اذا صالح على غير ذلك ش اي على غير مقادير الدية بان صالح على مكيل او موزون
جاز ش اي الصلح على الزيادة لانه مبادلة بها لا بالدية يجوز لان اختلاف الجنس لا يظهر الزيادة الا انه يشترط
القبض في المجلس ش اي يشترط قبض بدل الصلح كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ش وهو دين الدية بدين بدل الصلح
وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدين فيما اذا لم يقض القاضي بذلك م ولو قضى القاضي باحد مقاديرها
ش مثل ان يقضي القاضي بالف دينار م فصالح على جنس آخر منها بالزيادة بان صالح على خمسة عشر الف درهم جاز ش
اي الصلح لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة ش اي مبادلة الخمسة عشر الفا بالف دينار وعند الشافعي واحمد لا
يجوز م بخلاف الصلح ابتداء ش اي لا يجوز الصلح بالزيادة على نوع من مقادير الدية قبل القضاء على نوع آخر منها
لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين ش بالشرع م قال ش اي القدوري
ولا يجوز ش اي الصلح م من دعوى حد لانه حق الله لا حق العبد ش صورته اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالح
على مال على ان لا يرافعه الى الحاكم فهو باطل ولا نقل فيه خلافا ولا يجوز ويرد ما اخذه وهذا ش اي ولعدم جواز الا
عتياض عن حق غيره اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه ش اي النسب حق الولد لا حقهما اي لا حق الزوجين
صورته ادعت امراة على رجل ان هذا الصبي الذي في يدها ابنه وجحد الرجل ولم تدع المراة بالنكاح وقالت
قد طلقني واقر الزوج انه قد طلقها وبانت فصالح من النسب على مائة فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا
تملك الام اسقاطه كذا في شرح القدوري ونسب هذه الرواية الى ابي يوسف في الايضاح وقال ان النسب حق الصبي
فلا تملك الام اسقاطه بعوض او غير عوض م وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى الطريق العامة ش هذا ايضا ابتاع
لقوله فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره وتمام البيان ما ذكره شيخ الاسلام جلال الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
في باب الصلح في العقار قال ولو كان لرجل ظلة او كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه واراد طرحه فصالحه
من ذلك على دراهم مسماة ليتركه كان باطلا وهذا على وجهين اما ان كان هذا على طريق نافذ او غير نافذ
والصلح على الترك والطرح ويعني بالنافذ ما لا يكون لقوم خاص وغير النافذ ما يكون لقوم خاص وقد يكون
النافذ خاصا ولكن الظاهر انه متى كان المنتفع العامة كان حق العامة لا يخلو اما ان يكون ذلك حق او بغير حق
والصلح على الطرح او على الترك اما اذا كان الطريق مملوكا للعامة وعليه ظلة او كنيف الرجل فصالحه رجل على
الطرح ويعطي له شيئا او على الترك فياخذ منه شيئا ان كان بغير حق كان باطلا لان طرحه واجب عليه لكونه شاغلا
هوى المسلمين بغير حق فواجب على كل واحد من احاد الناس ان يامره بالطرح على سبيل الامر بالمعروف وان كانت
الظلة والكنيف بحق ويتصور ذلك بان احتط الامام موضعا لانسان حين فتح البلد وهو لا يجوز فالصلح فيها جائز
لانه يسقط حقه وهو الفعلي بمال فيه نفع لهذا المصالح وللناس كافة فيصح وان صالح على الترك لا يجوز لانه لا يبقى
بهذا الصلح شيئا وان كان على طريق مملوك ان كان بحق فصالح على الطرح جاز وعلى الترك جاز لما قلنا وان كان
بغير حق ان صالح على الترك جاز لان له فيه نوع حق بهذا التسقط حقه باداء ما اخذ وفيه نوع نفع للمصالح واهل
السكة يجوز وان صالح على الترك جاز م ولا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ش لانه حق العامة وقيد بقوله
الى الطريق العامة لان الظلة اذا كانت على غير طريق نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح وقيد بقوله
واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح
للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز وهذا الوباح شرها من بيت الله
صح م ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف اي يدخل حد القذف في اطلاق جواب القدوري وهو قوله
ولا يجوز من دعوى الحد لان الحد باطلاقه يشمل كل حد ش لان المغلب فيه حق الشرع ش اي في حد القذف
ولهذا لا يورث ولا يسقط بالعفو عندنا او اخذ العوض على حق الغير لا يجوز وعند الشافعي واحمد وان كان المغلب
فيه حق العبد ولكن حق غير مالي فلا يجوز اخذ العوض عنه وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية صالح من حد
القذف على مال لا يصح ويسترد المال وهو على حجة لان المغلب حق الله تعالى كما لو اخذ من مرتكب كبيرة مالا ان
لا يرفعه الى السلطان وقال ايضا دفع مالا الى شاهد لئلا يشهد فهو باطل ويسترد المال ويصير الشاهد فاسقا

لانه

لا نقبل شهادته الا اذا تاب كسائر الفسقة م قال ش اي القدوري واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد ش اي المراة
تنكر فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز ش اي هذا الصلح يعني نفاذه في الظاهر فاما فيما بينه وبين الله
تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له اخذ كذا في شرح الاقطع وعن الان ايضا وكان في معنى الخلع م اي في زعم الزوج
اذ الخلع بلفظ البراءة يصح وبه قال بعض اصحاب احمد وقال بعض اصحابه لا يجوز م لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه
وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ش اي المشايخ المتاخرون م ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى
اذا كان ش اي الرجل م مبطلا في دعواه ش وفي النهاية هذا عام في جميع انواع الصلح بدليل ما ذكر في كتاب الاقرار
لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب لا يحل له اخذ ذلك ديانة الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا بطريق
الهبة ابتداء وبه قالت الائمة الثلاثة م قال ش اي القدوري في بعض نسخ المختصر اي مختصر القدوري م لم يجز
ش اي لم يجز هذا الصلح وقال الاترازي ورأيت في نسخة معه من نسخ الاترازي مكتوبة في تاريخ سنة خمس
وعشرون وخمسمائة عدم الجواز م وجه الاول ش اي وجه جواز الصلح الذي ذكره اولا م ان يجعل زيادة في مهرها
ش يعني يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة م ووجه الثاني ش اي وجه عدم الجواز م انه
بذل لها المال اي ان الرجل اعطى المراة المال لترك الدعوى فان جعله ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي
العوض في الفرقة من جانب الزوج اذ لا يسلم للزوج من هذه الفرقة وانما المراة هي التي يسلم لها نفسها وتخلص
عن الزوج وان لم يجعل ش اي فرقة م والحال على ما كان عليه قبل الدعوى ش يعني تكون هي على دعواها م فلا
شيء يقابله العوض يعني شيء م فلا يكون ما اخذته عوضا عن شيء م فلم يصح ش لانه رشوة محض من غير دفع خصومة
ويلزمها ردها وانما قلنا لم يقابله شيء لان النكاح انما ثبت ضمنا وهي لم تترك الدعوى لان الفرقة لم توجد فكانت
دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدة فلا يجوز م قال ش اي القدوري م وان ادعى على
رجل ش مجهول الحال فانكر الرجل م انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال
يصح على حيوان في الذمة الى اجل ش اي ولكون هذا الصلح اعتاقا على مال يصح الصلح على حيوان في الذمة ولو كان
مبادلة لما صح لانه لا يصح السلم في الحيوان اما الاعتاق على حيوان فيصح فعلم انه طريقة الاعتاق على مال م
وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء له ش اي للمدعي لانكار
العبد الا ان يقيم البينة ش بعد ذلك على انه عبده فتقبل ويثبت الولاء لانه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة
الاعتاق على مال فيثبت الولاء م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له
ان يصالح عن نفسه ش اي لم يجز للعبد المأذون له ان يصالح عن نفسه ش اي لم يجز للعبد على مال سوا كان عليه دين
او لا مع فساد الصلح لا يجوز لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب
البدل في حق المولى فتاخر البدل الى ما بعد العتق وان قتل عبد له ش اي للعبد المأذون له م رجلا عمدا فصالح عنه
جاز ش سوا كان عليه دين او لا م ووجه الفرق ش اي بين المسألتين م ان رقبته ليست من تجارته ش يعني ليست
حاصلة من تجارته م وهذا لا يملك التصرف فيه ش اي في رقبته على تاويل العفو او الجزء بيعا ش اي من حيث
البيع قيد بالبيع لانه يملك التصرف فيه اجارة كذا ذكره التمرتاشي م فكذا ش اي فكذا لا يملك م استخلاصا ش اي
استخلاص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي ش اي وصار العبد المأذون له كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال
المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بغير اذنه لا يجوز فكذا هذا م اما عبده عبد المأذون له فهو من تجارته
ولهذا م يتصرفه ش فيه م بالبيع فكذا ش اي من حيث البيع فكذا ش اي فكذا التصرف فيه م استخلاصا اي من حيث
استخلاص رقبته م وهذا ش اي ويريد به ان تحقيق هذا لان المستحق كالزائل عن ملكه ش لانه اذا جنى يصير مستحقا بالجناية
فكانه زال عن ملكه فصار كانه مملوك للمولى ولهذا كان له ان ش وهذا استرداده ش اي وهذا الصلح كانه شراؤه م
بملكه م اي فيملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فلذا لا يملك الصلح وطولب
الفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح جاز واجيب بان المكاتب حر يدا فاكسابه له بخلاف المأذون
له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م رجل غصب ثوبا يهوديا ش قال الا
كل يهودي لوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وكذا قال الكاكي والاترازي والذي
يظهر لي ان لفظ يهود اسم موضع ينسب اليه الثوب المعلوم القيمة م قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منه
على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة ش وضع المسألة في الاصل في العبد وكذا الخلاف في كل لا مثل له وقال اي
قال ابو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته ش بما لا يتغابن الناس فيه وبه قال الشافعي واحمد ثم قيد بالغصب لان عند

الصلح ذلك فان الحكم والبيع كذلك وقيد بالثوب احترازا عن غصب المثلي فان الصلح فيه بالدراهم والدنانير
بالزيادة يجوز بالاجماع وقيد بكونه قيميا ليعرف قيمته اذ لا بد ان يكون الثوب المدعا موصوفا ليعرف
قيمته وقيد بالاستهلاك لان الثوب اذا كان قائما يجوز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله على
دراهم لانه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالاجماع وهذا
الخلاف فيما اذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب اما بعد القضاء لو صالح على اكثر منها لا يجوز بالاجماع م
لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة ش اي القيمة مقدرة بالنقود شرعا م والزيادة عليها ش اي على القيمة
تكون ربا ش كالصلح في الذمة بالاكثر من الف دينار او بالاكثر من عشرة الاف درهم بخلاف ما اذا صالح
على عرض بعينه قيمته زائدة على قيمة المغصوب المستهلك م لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ش
فلا يكون ربوا وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين م فلا تظهر الزيادة ش اي في
حق المالك م في الهالك ش ولم يزل ملكه عنه م حتى لو كان ش اي الهالك عبدا او ترك اخذ القيمة
يكون الكفن عليه ش اي على المغصوب منه ولو كان ابقا فعاد من ابقه كان مملوكا له م او حقه في مثله ش
اي في مثل الهالك م صورة ومعنى ش اي ومن حيث الصورة والمعنى تقريره هذا ان الحق في القضاء بالمثل اذا
هو الاصل في ضمان العدوان م لان ضمان العدوان بالمثل بالنص ش وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء م
فان قبله ش اي قبل القضاء م اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا عن حقه في العين لا استيفاء لحقه
من حقه بالزيادة فلا يكون ربوا بخلاف بعد القضاء ش يعني بخلاف الصلح على الاكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة
م لان الحق قد انتقل الى القيمة ش فتكون الزيادة ربا لا محالة م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م واذا
كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف القيمة فالفضل باطل م اي
الفضل على نصف وهذا بالاتفاق ش بين اصحابنا الثلاثة م اما عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد فلما
بينا ش اي في المسألة المتقدمة انما ابطلا الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربوا وههنا كذلك م والفرق
لابي حنيفة م بين المسألتين ش ان القيمة في العتق منصوص عليها ش بقوله عليه الصلاة والسلام من
اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه م وتقدير الشرع لا يكون
دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم ش وهو العبد المستهلك او الثوب
م لانها ش اي لان القيمة م غير منصوص عليها ش فلم تقع فيه دلالة النص ... وهذا لكون مخيرا بين
الغاصب وابرائه والشريك الساكت مخير على ازالة ملك نصيبه بالاعتاق او الضمان او بالسعاية
اشار في المبسوط م وان صالحه على عروض جاز ش اي الصلح على الفضل لما بينا عن قريب انه لا تظهر
الفضل ش اي عند اختلاف الجنس فلا يتحقق الربوا

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ش اي هذا الباب في بيان حكم التبرع بالصلح وحكم التوكيل به ولما بين صلح المرء بنفسه شرع في بيان صلح الغير عنه اذ الاول
هو الاصل م قال ش اي القدوري م ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالحه لم يلزم الوكيل ما صالح عليه ش
هكذا اورد الشيخ ابو نصر ما صالح عليه والضمير راجع الى ما والمراد منه بدل الصلح وعلى رواية صاحب الهداية
ما صالح عنه والضمير راجع الى من م الا ان يضمنه ش اي الا ان يضمن الوكيل م والمال لازم للموكل ش اي على
الموكل كما في قوله تعالى وان اساتم فلها اي فعليها م وتاويل هذه المسألة ش هذا تاويل قول المصنف رحمه
الله يقول تاويل المسألة التي ذكرها القدوري م اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من
الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح ش فانه معبر فلا ضمان
عليه كالوكيل بالنكاح ش فانه معبر وسفير فيه فلا يلزمه شيء م الا ان يضمنه ش الا ان يضمن الوكيل المصالح
به فيلزمه م لانه حينئذ مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع
فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل م قال ش اي القدوري م وان صالح
عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالحه بمال وضمنه تم الصلح ش هذا الذي ذكره القدوري احد الوجوه
الاربعة وذكر المصنف وجهه بقوله م لان الحاصل للمدعا عليه ليس الا البراءة م لانه صح تعليق الاسقاط م وفي
حقها ش اي وفي حق البراءة م الاجنبي والمدعا عليه سواء ش لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فاذا كان
م وصح ش اي الاجنبي ان يكون اصيلا في هذا الضمان م اي اذا ضمنه ش واضافه الى نفسه م كالفضولي
بالخلع م من جانب المراة ش اذا ضمن البدل ش اي المال ويكون متبرعا الى المدعا عليه ش لا يرجع عليه بشيء كما

لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ش اي لا يكون متبرعا على المدعا عليه ويرجع عليه بما ضمن وعند الشافعي واحمد
يرجع ان ادى بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى ش اي لا يصير الدين المدعا به ملكا للمصالح وبه قال الائمة الثلاثة
واحمد وان كان المدعا عليه معترا م وانما ذلك ش اي الدين في يده م للذي الدين في ذمته اي يملكه م لانه يصح
ش اي يصح الصلح م بطريق الاسقاط ش لا بطريق المبادلة والساقط يتلاشى ويضمحل م ولا فرق في هذا اي في ان
المصالح لا يملك الدين المدعا به م بين ما اذا كان ش اي الخصم منكرا او معترا ش اما اذا كان منكرا فظاهر لانه في
زعم المدعا عليه انه لا شيء عليه فيكون متبرعا في اسقاط الخصومة وزعم المدعا لم يتعد اليه واما اذا كان معترا
بالدين وبالصلح يبتغي ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شرا الدين من غير المديون لا يصح لانه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وذا لا يجوز وبه قال احمد والشافعي في الاصح بخلاف ما اذا كان المدعا به
عينا والمدعا عليه معترا فانه يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان شرا الشيء من مالكه صحيح وان كان في
يد غيره م وكذلك ش اي وكذلك يصح م الصلح ش وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه الاربعة م ان قال صالحتك
على الف هذه او على عبدك هذا صح الصلح ولزمه تسليمها م اي لزمه الفضولي تسليم الالف م لانه لما اضافه الى
ش اي لما اضاف المال المعقود م الى مال نفسه فقد التزم تسليمه ش ولما لزمه التسليم بالاضافة م فصح الصلح
ش لانه لم يعقده م وكذلك لو قال على الف ش هذا هو الوجه الثالث م اي وكذا يصح الصلح لو قال على الف م
مطلقه ش وسلمها م اي الالف م لان التسليم اليه اي الى المدعي م يوجب سلامة العوض له ش اي للمدعي فاذا
كان كذلك م فيتم العقد ش اي عقد الصلح م لحصول المقصود ش وهو سلامة البدل للمدعى فاذا حصل المقصود
تم العقد لا محالة م ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعا عليه جاز ولزمه الالف وان
لم يجزه بطل م هذا لفظ القدوري وهو الوجه الرابع من الوجوه الاربعة وقال المصنف م لان الاصل في
العقد انما هو المدعا عليه فان قبل لزمه المال وان رده بطل الصلح م قال ش اي المصنف وفي نسخة الابراري
قال العبد الضعيف وفي نسخة شيخنا العلا قال رضي الله م ووجه اخر ش اي غير الوجوه الاربعة التي ذكرها م
وهو ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار
شارطا سلامته له فيتم بقوله ش اي سلامة المصالح للمدعي فيتم ش اي الصلح بقول المصالح ذكر هذا تفريعا على
مسألة القدوري م ولو استحق العبد ش اي العبد الذي صالحه عليه م او وجد به عيبا فرده لا سبيل له على
المصالح ش وكذا لو وجده حرا او مكاتبا او مدبرا لانه ش اي لان المصالح م التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم
شيئا سواه ش اي سوى ما يتميز فان سلم له المحل تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء ش اي على المصالح ولكن
يرجع الى دعواه م بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت م اي الدراهم م او وجدها
زيوفا حيث يرجع عليه ش اي على الذي صالحه م لانه ش اي لان المصالح جعل نفسه اصيلا في حق الضمان فصار دينا
في ذمته حيث ضمنه م وهذا ش اي ولاجل ذلك م يجبر ش اي المصالح م على التسليم ش اي تسليم الدراهم اذا اسماها
بخلاف ما اذا لم يضمن حيث لا يجبر فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله اي ببدل ما لم يسلم له ما سلمه

م باب الصلح في الدين ش

اي هذا باب في بيان حكم الصلح في الدين ولما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوي شرع في هذا الباب حكم الخاص وهو
دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم م وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة م اي من جنس
ما يستحقه المدعي على المدعا عليه بعقد المداينة التي جرت بينهما والمداينة البيع بالدين وانما وضع المسألة في الدين
وان كان الحكم في الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح لانه هو المشروع لا الغصب وهو نظير قوله عليه السلام
من نام عن صلاة او نسيها الحديث مع ان الحكم في العمد كذلك قال الكاكي وههنا ينبغي ان يراد قيد اخر وهو ان
يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة يحمل على المعاوضة على اسقاط البعض م لم يحمل على المعاوضة
لانه فيه من الربو وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وهذا ش اي عدم الحمل على المعاوضة لان تصرف العاقل يتحرى
تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربو فجعل اسقاطا للبعض ش اي وجعل اسقاط البعض الدين
م في المسألة الاولى ش وهي مسألة مصالحة الالف خمسمائة م وللبعض ش اي وجعل اسقاطا لبعض الدين م والصفة
ش اي واسقاط للصفة م في الثانية ش اي في المسألة الثانية وهي مصالحة الجياد بالزيوف م ولو صالح على الف
موجلة جاز ش اي الصلح م يعني اذا صالح الطالب على الف درهم حالة على الف درهم موجلة جاز لما قلنا ان اسوا

محمولة على الصلاح ما امكن م وصار كانه اجل بنفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا
يجوز شرعا لان ذلك بيع الدين بالدين م فحملناه على التاخير ش اي تاخير الدين لان التاخير معترف في حق نفسه
لا في حق غيره م ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز ش هذا لفظ القدوري اي لو صالح الطالب المطلوب عن
الدراهم الحالة على دنانير موجلة لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير اي
تاخير الحق لان حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير ولما لم يكن ذلك ولا غيره م ولا وجه له سوى المعاوضة
وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلم يجز ولا يصح الصلح ش لانه يودي الى الربو م قال ش اي القدوري رحمه الله
م ولو كانت له الف موجلة فصالحه على خمسماية حالة لم يجز لان المعجل خير من الموجل وهو اي المعجل غير مستحق العقد
فلا يكون ش اي يجعل الخمسماية التي كانت عوضا عن الاصل بازا ما حط يعني فيكون مقابلة الخمسماية المحطوطة الموجل
م وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام الا ترى ان ربو النسا حرام لشبهة مبادلة المال بالاجل فلان يحرم
حقيقته اولى وبه قالت الايمة الثلاثة واكثر العلماء م ولو كان له الف سود فصالحه على خمسماية بيض لم يجز
ش المراد من السود الدراهم المضروبة من النقرة السوداء م لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة
وهي زايدة وصفا ش اي البيض زايدة من حيث الوصف فيكون معاوضة الالف بخمسماية وزيادة
صفة فيكون ربوا وفي بعض النسخ سود ربوا م بخلاف ما اذا صالح على الالف البيض على خمسماية سود لانه
اسقاط كله قدرا ووصفا ش اي من حيث القدر والوصف حيث يجوز م وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين
وهو ش اي قدر الدين اجود من الدين حيث يجوز ومعناها ما قاله في شرح الكافي ولو كان عليه الف درهم
غلة فصالحه منها على الف درهم بحته حالة فان قبض قبل ان يفترقا جاز وان تفرقا قبل ان يقبض بطل
لانه صرف معاوضة المثل بالمثل ولا يعتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ش لانه صرف والغلة
اسم لما هو الموجود من الدراهم السود م ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم
حالة او الى شهر صح الصلح لانه يمكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي م يعني
انه اسقط حقه في الدنانير اصلا واسقط حقه في الدراهم الا مائة واذا كان ذلك جاز التاجيل في المائة
فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ش وتحرزا على الربوا ولان معنى الاسقاط م اي في الصلح م الزم م لانه مبني
على الحطيطة والحط هنا الزم فيكون الاسقاط الزم م قال ش اي محمد في الجامع الصغير ومن له على اخر الف درهم
اي حالة فقال له اد الي غدا منها خمسماية على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء ش اي من الفضل فان
لم يدفع اليه الخمسماية غدا عادت عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تعود عليه الا
لانه ابرا مطلقا فيثبت البراة مطلقا اعطى او لم يعط م الا يرى انه جعل الخمسماية عوضا ش اي عن الابرا حيث
ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة م والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يملك كل واحد ما لم يكن
قبلها م لكونه مستحقا عليه ش لم يستفد به شيء لم يكن فاذا كان كذلك م فجرى وجوده مجرى عدمه م فبقي
الابرا مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابرا ش بان قال ابراتك عن خمسماية من الالف على ان تودي الي الخمسماية
م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد ان الابرا مقيد بالشرط اي بشرط مرغوب فيه فيكون ابرا مقيدا فيفوت
بفواته ش اي الشرط المقيد بشرط يفوت بفواته اي عند فواته فان انتفى الشرط لم يبرا عليه لانتفاء الرضا
عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي م وانما قلنا انه مقيد بالشرط م لانه بدا باداء الخمسماية
على وان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه اي في الشرط فان قيل مقابلة الشرط بالجزاء
لما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فاذا كان فيحمل عليه ش اي على الشرط م عند تعذر الحمل
على المعاوضة تصحيحا لتصرفه ش وقال الاكمل وكانه منشا قول موجب العلة سلمنا معطوف على قوله لوجوده
يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف
بان يكون تحصيل البعض متعقبا لابرا الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد
نقد فلا صلح بيننا م والابرا مما يتقيد بالشرط ش هذا جواب عما يقال تعليق الابرا بالشرط
ان يقول لغريمه او للكفيل اذا اديت او متى اديت او ان اديت الي خمسماية فانت بريء من الباقي فهو باطل
بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جايزا وتقرير الجواب ان الابرا مما يتقيد بالشرط
وان كان لا يتعلق به ش يعني يجوز ان يكون الابرا مقيدا بشرط مرغوب فيه م وان كان لا يتعلق اي بالشرط
حتى اذا لغات الشرط انتقض الابرا كما في الحوالة ش فانها مقيدة بشرط سلامة الدين في ذمة المحال

عليه

عليه حتى اذا مات المحال عليه مفلسا انتقضت الحوالة وعاد الدين الى ذمة المحيل ولكن لا يجوز تعليق الابرا
بشرط اصلا لما فيه من معنى التمليك م وسنخرج البداية بالابرا ش هذا اعتذار عن تاخير جواب ما قاس عليه ابو
ابو يوسف بقوله كما اذا بدا بالابرا يعني نذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله والثالث اذا قال ابراتك
الخ قال ش اي المصنف رحمه الله م وهذه المسيلة ش اشار به الى قوله ومن له على اخر الف درهم الى اخره
على خمسماية يدفعها الى غد وانت بريء على وجوه احدها ما ذكرنا وهو قوله ومن له على اخر الخ م والثاني ش
اي الوجه الثاني م اذا قال صالحتك من الالف على خمسماية تدفعها الى غد وانت بريء من الفضل على انك
ان لم تدفعها الى غد فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال ش اي بالاجماع م لانه اتى بصريح التقييد
فيعمل به م والثالث ش اي الوجه الثالث اذا قال ابراتك من خمسماية من الالف على ان تعطيني الخمسماية غدا
والابرا فيه واقع اعطى الخمسماية او لم يعط لانه اطلق الابرا اولا واداء الخمسماية لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه
يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده ش اي في تقييد الابرا بالشرط فلا يتقيد م بخلاف ما اذا بدا باداء خمسماية
لان الابرا حصل مقرونا به ش اي بالاداء من حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع
مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا ش اي الوجهان وهو ما اذا بدا بالابرا وما اذا بدا باداء الخمسماية م
والرابع ش اي الوجه الرابع اذا قال اد الي خمسماية على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه
انه يصح الابرا ولا يعود الدين لان هذا ابرا مطلقا لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء عوضا صحيحا
لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد ولم يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم اي
بخلاف ما اذا وقت للاداء وقتا كما في قوله اد الي غدا خمسماية على انك بريء من الفضل م لان الاداء في
الغد غرض صحيح م والخامس ش اي الوجه الخامس م اذا قال ان اديت الي خمسماية او قال اذا اديت او متى اديت
الجواب فيه لا يصح الابرا لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراة بالشرط باطل لما فيها ش اي في البراة م من معنى
التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح اللفظ ش يعني ان الابرا فيه معنى الاسقاط ومعنى
التمليك فاذا صرح بالتعليق لم يصح اعتبارا لشبهة التمليك اذا لم يصرح به صح اعتبارا لشبهة الاسقاط
فاذا كان كذلك يحمل على التقييد به م قال ش اي محمد في الجامع الصغير م ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى
تؤخره عني او تحط عني ففعل اي اخر دينه او حط شيئا من دينه جاز عليه ش اي هذا التصرف وهو التاخير
او الحط جاز على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا مطالبته ما حط عنه وعند الشافعي واحمد يتمكن
لانه ش اي لان رب الدين ليس بمكره لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة او بالتحليف ومعنى المسيلة اذا
قال ذلك سرا اما اذا قال ذلك علانية يوخذ به اي يوخذ المقر بجميع المال في الحال بلا خلاف

م فصل في الدين المشترك ش

اي هذا الفصل في بيان حكم الدين المشترك اخر هذا عن المفرد لان المركب يتلو المفرد م واذا كان الدين بين شريكين
فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف
الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين ش هذا لفظ القدوري والاستثناء من قوله فشريكه
بالخيار يعني اذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين بين شريكين لانه اذا ادعى اثنان في دار فصالح
احدهما من نصيبه على مال لم يشركه الاخر بلا خلاف بين العلماء سوا كان المدعى عليه منكرا او مقرا لان
الصلح باقرار معاوضة في زعم المدعي وفداء يمين في زعم المدعى عليه فلا يثبت للشريك حق الشركة
م والاصل في هذا ش اي الفصل م ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فصاحبه ان يشاركه كه
في المقبوض لانه ازداد بالقبض ش لان الدين ازداد خيرا بسبب كونه مقبوضا او منقودا م اذ مالية
الدين باعتبار عاقبة القبض ش لان الدين قبل القبض وصف شرعي م وبعد القبض صار عينا منتفعا
به قابلا للتصرفات ولان الدين ليس بمال وهذا لو حلف على ان لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث
وبعد ما قبض صار مالا م وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق
المشاركة في ذلك ش اي وللشريك حق المشاركة في اصل الحق م ولانه قبل المشاركة ش هذا جواب
عن سوال مقدر وهو ان يقال لو كان الدين بالقبض كالثمرة والولد لا يجوز التصرف يعني تصرف القابض
قبل ان يختار الشريك مشاركته كما في الثمرة والولد لا يجوز التصرف بغير اذن الاخر وتقرير الجواب ما قاله م

ولكنه ش اي ولكن المقبوض قبل المشاركة ش اي قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض م باق على ملك القابض
لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه ش عرف الدين
الدين المشترك بقوله م والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة ش وقيد
به لانه لو باع احدهما نصيبه بخمسمائة والاخر نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالالف ثم قبض احدهما
شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان تفريق التسمية في حق البائعين لتفريق الصفقة م وثمن المال المشترك
ش اي والدين المشترك ايضا ثمن المال المشترك بين الاثنين م والموروث بينهما ش اي بين الاثنين ش اي
وكالثمن الموروث بينهما بان باع رجل عينا ومات قبل قبض الثمن وله وارثان م وقيمة المستهلك المشترك ش بين
الاثنين اذا عرفنا هذا : لما فرغ المصنف رحمه الله من بيان الاصل قال واذا عرفنا هذا ونزل عليه مسئلة
الكتاب م فنقول في مسئلة الكتاب ش اي القدوري م له ان يتبع الدين لان الثوب صولح عليه الاصل
ش اي للساكت ان يتبع المديون م لان نصيبه باق في ذمته ش ولم يستوفه م لان القابض قبض نصيبه
لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين
ونصف النصف ربع لا محالة م لان له حق المشاركة ش اي لان حقه في الاصل كان في الدين م قال ش اي القدوري
م ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ش اي قبل هذا ان
الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض م ثم يرجعان على
الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة م قال ش اي القدوري م
ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا
اي حقه بالمقاصة كملا ش اي من غير حطيطة بيان هذا ان احد ذي الدين لما اشترى بنصيبه من الغريم
من المديون سلعة وجب في ذمته مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كانه قبض نصيبه الدين
م ولو استوفى نصيب الدين كان لشريكه ان يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا م لان مبنى البيع على المماكسة
ش دليل قوله صار قابضا حقه بالمقاصة كملا م بخلاف الصلح ش يعني ما اذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا
حيث يكون المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف الثوب وان شاء دفع له ربع الدين وعند يلزمه ان يؤدي الى
ربع الدين بلا خيار م لان معناه ش اي مبنى الصلح م على الاغماض والحطيطة ش ولهذا لا يثبت مرابحة كان القابض
بالصلح ابراه عن بعض حقه وقبض البعض فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر ش اي المصالح م به ش لانه لم
يستوف نصيب الدين كملا فاذا كان كذلك م فيتخير القابض كما ذكرنا ش اشارة به الى قوله الا ان يضمن له شريكه
اي الا ان يضمن القابض للساكت ربع الدين م ولا سبيل للشريك على الثوب لانه ملكه بعقده ش اي لا يكون
للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يعني في صورة الشرا ولكن مع هذا لو اتفقا على الشركة في الثوب
جاز لان الثوب على ملك القابض فاذا سلم الى الشريك ورضي هو بذلك صار كانه باع منه نصف الثوب
م والاستيفا بالمقاصة ش بالرفع جواب عما يقال هب انه ملكه بعقده اما كان بعض دين مشترك وذلك يقتضي
الاشتراك في المقبوض وتقرير الجواب ان يقال الاستيفا بالمقاصة اي استيفا الشريك بالتقاص م بين
ثمنه وبين الدين ش اي وبين دينه الخاص لا بدين مشترك فلا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب
م وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا ش اي وللشريك الساكت اتباع المديون بحصته في صورة الصلح على
ثوب وصورة اخذ الدين من الدراهم او الدنانير وصورة شرا السلعة م لان حقه ش اي لان حق الساكت
باق في ذمته ش اي في ذمة المديون م لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة ش في المقبوض
م فله ان لا يشاركه ش يعني لا تلزمه المشاركة م فلو سلم له ما قبض ش اي فلو سلم الشريك الساكت له ش اي للقابض
ما قبضه وهو الثوب الذي بدل الصلح او الثوب المشترى والدراهم والدنانير ثم توى ما على الغريم م فان
ثابت معناه ش له ان يشارك القابض م لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ش يعني لما رضي
بالتسليم على رجا سلامة ما في ذمة الغريم فاذا توى لم يسلم فيرجع كما في الحوالة اذا مات المحال عليه مفلسا فيرجع المحتال
له على المحيل م ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه ش اي على احد الشريكين م من قبل ش اي قبل الدين المشترك م بان
كان لاحد الشريكين ان للمديون عليه دينا قبل ثبوت الدين المشترك م لم يرجع عليه الشريك لانه ش اي لان القابض
م قاص بنصيبه ش اي بدل دينه بنصيبه م لا مقتض ش اي لا مستوف دينه لما ان اخر الدين يصير قضاء عن اولها
م ولو ابراه عن نصيبه ش اي لو ابرا احد الشريكين المديون عن نصيبه من الدين فكذلك ش اي لم يرجع على شريكه

لانه اتلاف وليس بقبض ش اي الابرا اتلاف نصيبه فلم يزدد له شيء بالبراة فلا يرجع عليه م ولو ابراه عن البعض
اي لو ابرا احد الشريكين المديون عن بعض نصيبه من الديون فكذلك ش اي لم يرجع على شريكه ولو ابراه
عن البعض كانت قسمة الباقي ش اي باقي الدين م على ما بقي من السهام ش اي سهامهما من الدين كما اذا ابرا احدهما
عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للمشتري المطالبة بخمسة دراهم وللساكت بعشرة دراهم م ولو
اخر احدهما عن نصيبه ش اي لو اخر احد الشريكين المطالبة عن المديون عن نصيبه م صح عند ابي يوسف اعتبارا
بالابرا المطلق ولا يصح عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد وذكر محمد في هذا المخالف لعامة رواية الكتب من
المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها فان المذكور فيه قول محمد مع ابي يوسف والخلاف هكذا مشهور في
المنظومة في باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه حيث قال فيها والدين بين اثنين هذا ان اذا جعل نصيبه مؤجلا
وكذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر لانه ش اي لان تاخير احد الشريكين عن نصيبه يؤدي الى قسمة
الدين قبل القبض ش لان في القسمة بعض التمليك فيكون فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين م ولو غصب
احدهما عينا منه ش اي ولو غصب احد الشريكين عينا من المديون م او اشتراه شرا فاسدا او هلك في يده
فهو قبض ش اي قبض نصيبه من الدين المشترك م والاستيجار بنصيبه قبض ش بان استاجر احدهما من
المديون دارا بنصيبه من الدين وقبض من الساكت ان ياخذ منه ربع الدين وفي المبسوط استاجر بنصيبه
دارا من الغريم وسكنها يرجع الشريك بنصف نصيبه وروى ابن سماعة عن محمد هذا اذا استاجر بخمسة مطلقا
اما لو استاجر بحصته من الدين لا يرجع الاخر عليه بشيء م والاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف ش اي لو احرق
احدهما ثوب المديون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين فعند محمد هذا قبض حتى يثبت للساكت ان
يطالبه بربع الدين لان الاحراق اتلاف لمال مضمون فيكون كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق
المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا وهذا اذا القى النار على الثوب اما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان الساكت
يضمنه لربع الدين وقال ابو يوسف لا يرجع عليه بشيء لانه متلف نصيبه بما صنع م والتزوج به ش اي بنصيبه
يعني اذا تزوج احد ذوي الدين امراة بنصيبه من دين لها عليها لا يكون ذلك قبضا للدين بل هو م اتلاف في ظاهر
الرواية م احترز به عن رواية بشر عن ابي يوسف انه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة وجه
الظاهر انه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه اذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى الزيادة فصار كما لو ابرا م
وكذا الصلح عليه عن جناية العمد ش اي وكذا هو اتلاف لا قبض بان جنى احد الشريكين على المديون عمدا فيما دون
النفس او قتل قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو صالح المطلوب عن جرح
صالحه على حصته لم يرجع شريكه بشيء لان الصلح على الموضحة بمنزلة النكاح م قال ش اي القدوري م واذا كان
السلم بين شريكين فصالح احدهما عن نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز الصلح
اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه م فانه يجوز بدون رضى الاخر ولان ملك
كل واحد منهما ممتاز عن الاخر فجاز تفرده بالفسخ م ولهما ش اي لابي حنيفة ومحمد م انه ش اي ان صلح احدهما م لو
جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ش قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تمييز
الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها م ولو جاز ش اي الصلح م في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر م ولم يوجد علام
شرا العين ش هذا جواب عن قياس قول ابي يوسف المتنازع على شركة العبد وبيانه بقوله م وهذا جواب لان
المسلم فيه صار واجبا بالعقد ش اي ثابتا به والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ش اي برفع العقد القائم
بهما م ولانه ش دليل اخر ولان الصلح المذكور م لو جاز المشاركة ش الشريك الاخر م في المقبوض ش من راس
المال فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك ش اي على من عليه بالعقد الذي يقبضه الشريك حيث لو يسلم
له ذلك العقد وقد كان ساقطا بالصلح فيؤدي الى دعوى المسلم بعد سقوطه ش وذلك باطل م لانه يلزم من نفيه
ثبوته م قالوا ش اي قال المتاخرون من مشايخنا م هذا ش اي هذا الخلاف م اذا خلطا راس المال وكان راس
المال مشتركا بينهما فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول ش اراد به النكتة الاولى وهي لزوم قسمة
الدين في الذمة هو على الاختلاف م المذكور وعلى الوجه الثاني ش اراد به النكتة الثانية وهي قوله ولانه لو
جاز لشاركه الخ م على الاتفاق ش اي صح صلح احدهما على الاتفاق على راس ماله لان راس المال اذا لم يكن وقبضه
لم يكن لشريكه ان يشاركه فيه لانه مال الغير م

فصل ش اي هذا الفصل في بيان حكم التخارج

والتخارج لغة اخراج كل واحد من الرفقة نفقته على قدر الرفقة كذا في الصحاح وشرعا اخراج بعض الورثة عما يستحقه

من التركة بمال يدفع اليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضى غيره وشرطه ان لا تكون التركة مشغولة بالدين
كلها او بعضها وان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس وشرطه عند البعض ايضا ان تكون اعيان التركة
معلومة بانها من اي جنس عند الصلح م قال ش اي القدوري واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهما بمال
اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا ش قيد بقوله والتركة عقارا وعروض
لانها اذا كانت ذهبا او فضة يجي حكمها بعد هذا لانه امكن تصحيحه بيعا ش مما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء
عن نصيبه لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فتعين البيع م وفيه ش اي وفي جواز التخارج اثر عثمان رضي
الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار ش
هذا اغرب بهذا اللفظ وروى عبد الرزاق في مصنفه في البيوع اخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار ان امراة
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه اخرجوها اهلها من الثمن بثلاثة وثمانين الف درهم م قال ش اي القدوري
م وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او ذهبا م اي وان كانت التركة ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك
ش يعني جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض
في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده م بقية التركة ان كان كاحدا ش اي التركة يكتفي بذلك القبض اي القبض
السابق يعني لا يحتاج الى تجديد القبض م لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وهو قبض ضمان لانه مثله م وان
كان ش اي الذي في يده بقية التركة م مقرا ش اي بالتركة م لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب
عن قبض الصلح ش لانه ان كان مقرا فلا بد من تجديد القبض بالتخلية بالانتهاء الى مكان يتمكن فيه من قبضه لان
قبضه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان والاصل ان القبضين اذا تجانسا امانة او ضمانا ناب احدهما عن الاخر
وان اختلفا ناب قبض الضمان عن قبض الامانة ولا ينعكس م وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على
ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه
من بقية التركة احترازا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر
ولو كان بدل الصلح عوضا جاز مطلقا ش يعني جاز سواء قل بدل الصلح او كثر لانه لا يلزم الربا ولا يشترط التقابض ايضا لانه
في الجنس والزيادة على ذلك قبل بدل الصلح او كثر م صرفا للجنس خلاف الجنس ش تصحيحا للعقد م كما في البيع ش حيث يصرف الجنس
الى خلاف الجنس تحرزا عن الربا لكن يشترط فيه التقابض للصرف اي لاجل كونه صرفا م قال ش اي القدوري م واذا كان
في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح ش اي ادخلوا الدين في الصلح على ان يخرجوا المصالح ش بكسر اللام على صيغة
اسم الفاعل م عنه ش اي عن الدين ويكون الدين لهم فالصلح باطل ش اي في الكل في العين والدين لان فيه تمليك الدين
من غير من عليه ش اي الدين م وهو حصة المصالح بكسر اللام م وان شرطوا ان يبرا الغرماء منه ش يعني اذا اشترطوا الورثة ان
المصالح من نصيبه من الدين الغرماء وهم المديونون م ولا يرجع ش اي الورثة م قضا نصيبه ش اي نصيب المصالح
الذين كانوا هم م مستبرئين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة اما في الوجه الاول فلعدم تمكنهم من الرجوع على الغرماء
على الغرماء في الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من الدين م والاوجه ش اي في الجواز
م ان يقرضوا المصالح قدر نصيبه م من الدين ش ويصالحوا عما وراء الدين ش اي ويحيل المصالح الورثة على استيفائه
من الغرماء وذكر الخصاف هذا الوجه في كتاب الحيل ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح
على المكيل والموزون ش ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري يعني اذا لم يكن في التركة دين على الناس ولكن اعيان التركة
ليست معلومة فصالح بعض الورثة من نصيبه على كيلي كالحنطة والشعير ووزني كالحديد والصفر فهل يجوز هذا الصلح
اختلف المشايخ فيه م قيل لا يجوز لاحتمال الربا ش لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي ووزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح
من ذلك او اقل لا تما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة لاحتمال ان يكون في التركة
كيلي ووزني ويحتمل ان لا يكون والقائل بعدم الجواز المرغيناني والقائل بالجواز هو ابو جعفر الهندواني م والاول فان
كان والصحيح ما قاله ابو جعفر م ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا
م اي لكون الصلح بيعا اذ المصالح عنه عين ش وبيع المجهول لا يصح وهو قياس مذهب الشافعي وقيل يجوز وهو الا
صح ش وبه قال احمد لانها ش اي لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ش ولا
يطلبون شيئا اخر من المصالح مقابلة بدل الصلح م وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان
التركة لم يملكها الوارث ش وبه قال الشافعي في وجه فان لم يكن مستغرقا م اي وان لم يكن الدين مستغرقا للتركة
ينبغي ان لا يصالحوا ما لم يقضوا دينه م اي دين الميت م لتقدم حاجته ش اي حاجة الميت م ولو فعلوا قالوا يجوز لان الدين

لامنع الارث ش وبه قال الشافعي في وجه م وذكر الكرخي في القسمة لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا ش وذكر في الذخيرة
القياس م والاستحسان من غير نسبة الى الكرخي وهكذا في المبسوط شيخ الاسلام وفيه اذا كان الدين مستغرق فالقياس
ان لا يقسم ولكن يتوقف الكل وفي الاستحسان لا يمنع حتى لو كان المورث جارية حل وطيها نفيا للضرر عن الوارث
اذ لا يخلو التركة عن قليل الدين والله سبحانه وتعالى اعلم واحكم

كتاب المضاربة ش

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان كلا منهما مشتمل على الاسترباح اما المضاربة فلان مبناها على هذا واما الصلح فلان
المصالح مع المدعى عليه مسترح سواء كان الصلح عن اقرار او عن انكار او سكوت م المضاربة ش على وزن مفاعلة م مشتقة من
الضرب في الارض ش وهو السير فيها قال الله عز وجل واخرون يضربون يعني بالضرب السفر للتجارة وسمي هذا العقد
بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وتسميه اهل المدينة مقارضة وقراضا مشتقا من القرض وهو
القطع وصاحب المال يقطع قدرا من المال عن تصرفه ويجعل التصرف فيه للعامل بهذا العقد واختار هذا اصحاب الائمة
الثلاثة وقالوا كتاب القراض واختار اصحابنا لفظ المضاربة لموافقته الكتاب وفي الاصطلاح هي اعارة المال الى من
يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا م سمي به ش وذكر الضمير في الموضعين باعتبار العقد اي سمي عقد المضاربة
بهذه اللفظة م لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ش فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله
حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا والكلام ان الموجه ان يقال لان المضارب يسير في الارض طلبا
للربح كما ذكر وهي مشروعة للحاجة اليها اشار بهذا الى مشروعية هذا النوع من التصرف وذلك بالكتاب وهو قوله
تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الضرب السفر للتجارة وبالسنة وعلى ما ياتي ولاجل احتياج
الناس الى هذا التصرف وبين هذا بالغا التفسيرية بقوله م فان الناس بين بالمال غني عن التصرف فيه ش اي في المال
والغني بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة على وزن فعيل من الغباوة وهي قلة الفطنة م وبين مهتد في التصرف
صفر اليد عنه ش اي عن المال والصفر بكسر الصاد المهملة وسكون الفاء الخالي يقال بيت صفر من المتاع ورجل
صفر اليدين م فمست الحاجة ش اي اذا كان الامر كذلك مست الحاجة م الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم
مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني ش لان الله تعالى خلق الخلق اطوارا مختلفة الطبايع متباينين في التصرفات والحرف
مشتملين على الفقير والغني محتاجين الى اعانة بعضهم بعضا فلا جرم شرع هذا التصرف ونحوه ليقوم بها معاشهم وتحصل
لهم اغراضهم م وبعث صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه ش الواو في والناس للحال والضمير المنصوب
في يباشرونه والمجرور في عليه يرجعان الى عقد المضاربة لان المضاربة نفسها وقد ذكر العنا في نا قلا عن المبسوط
جواز هذا العقد عرف بالسنة والاجماع فالسنة ما روي ان العباس شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا
ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد رطب فانه فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتبع
على ذلك الكاكي وصاحب العناية وغيرهما ولم ير واحد منهم بين الحديث ومن حكاه ومن خرجه فاقول هذا الحديث اخرجه
البيهقي عن يونس بن ارقم ثنا ابو الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس قال كان العباس رضي الله عنه اذا دفع
مالا مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل فهو ضامن
فرفع شرطه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجازه وابو الجارود زياد بن المنذر كذبه ابن معين م وتعاملت به الصحابة
رضي الله عنهم ش اي بعقد المضاربة كما رواه مالك في الموطا عن العلاء بن عبد الرحمن عن ابيه عن جده انه عمل
في مال لعثمان رضي الله عنه على ان الربح بينهما وروى البيهقي من حديث ابن وهب اخبرني ابن لهيعة عن الزبير عن جابر رضي
الله عنه عن الرجل يعطي المال رجلا قراضا فيشترط له كاجور يوم واحد قال لا باس بذلك واخرج الدارقطني عن حفص
وابن لهيعة قالا حدثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير وغيره ان حكيم بن حزام صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يشترط على الرجل اذا اعطاه مالا مقارضة فضرب له به ان لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله في بحر ولا تنزل به في بطن
مسيل فان فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي واخرج البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي رضي الله عنه انه بلغه عن
حميد بن عبد الله بن عبيد الانصاري عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطى مال يتيم مضاربة وكان
يعمل به بالعراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح واخرج ايضا عن ابراهيم ان ابن مسعود رضي الله عنه اعطى زيد بن
خليدة مالا مقارضة واخرج هذا ايضا الحسن بن زياد في كتاب المجرد وقال اخبرنا ابو حنيفة رضي الله عنه انه اعطى
زيد بن خليدة البكري مالا مضاربة فاسلم زيد بن خليدة المضاربة الى رجل من بني شيبان يقال له عتريس بن

عن ثوب في قلانس الجلت فادى بعضها وبقي بعضها فذكر ذلك لعبد الله فقال خذ منه راس مالك ولا تسلموا في شيء من الحيوان م ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده ش وليس فيه خلاف وفي شرح الطحاوي فالحيلة ان يصير المال مضمونا عند المضارب ان يقرض من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة بالنصف او بالثلث ثم يدفع اليه يستعين به في العمل حتى لو هلك في يده هلك كالقرض واذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشركة وحيلة اخرى ان يقرض جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على ان يكون راس مال المقرض درهما وراس مال المستقرض جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا وشيء على ان الربح بينهما ثم لعل ذلا تعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده فالقرض عليه ولو ربح فالربح بينهما على الشرط م لانه ش اي لان المضارب م قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل ش احترز به عن المقبوض على سوم الشرا والقرض فانه مضمونا م ولا الوثيقة ش اي ولا على وجه الوثيقة واحترز به عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين م وهو وكيل فيه ش اي المضارب وكيل في المدفوع اليه وقال الاترازي اي وكيل في العمل والاول اقرب واصوب م لانه يتصرف فيه بامر مالكه ش وهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل م واذا ربح فهو شريك فيه ش اي في الربح وليس المراد انه شريك في راس المال مع الربح لان راس المال لرب الدين وانما شركته في الربح لتملكه جزءا من المال بعمله ش اي لتملك المضاربة جزءا من المال وهو الربح الشايع فيه وذلك بسبب عمله وسعيه م واذا فسدت ش اي المضاربة م ظهرت الاجارة ش لانه يعمل لرب المال في ماله فيعتبر ما شرط من الاجر كالاجرة على عمل م حتى استوجب العامل اجر مثله ش اي استحق اجر مثله لانه يكون في الاجارة م واذا خالف فهو غاصب لوجود التعدي منه على مال الغير ش فيصير المال مضمونا عليه وبه قالت الثلاثة واكثر اهل العلم وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على شريك في الربح وبه قال الحسن والزهري م قال ش اي القدوري م المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ش هذا التفسير للمضاربة على الاصطلاح ولكن لما كان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يبين ان الشركة فيما اذا فسره المصنف بقوله م ومراده ش اي مراد القدوري رحمه الله من قوله عقد على الشركة م الشركة في الربح ش لا في راس المال مع الربح لان راس المال لرب المال م وهو ش اي الربح م يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر ش وهو المضارب وقوله يستحق على صيغة المجهول م ولا مضاربة بدونها ش اي بدون الشركة وبه اشار بقوله الى ان العقد ينتفي بانتفايها م الا يرى ش ايضاح لقوله عقد على الشركة وقوله ولا مضاربة بدونها م اي الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا م ش وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الوجهين وقال الشافعي واحمد اذا قال خذه مضاربة والربح لي عقد المضاربة ولا ينصرف الى شيء م قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة ش اي قال القدوري وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير عندهما او فلوسا رايجة عند محمد وبما سواها لا يجوز وقالت الثلاثة في الذخيرة انه اجماع وقال النصاف في العروض لا تصح لراس المال عندنا خلافا والمالك وكذا الكيلي والوزني خلافا لابن ابي ليلى وقد عزى اليه الكافي بقوله وما ثبت في كتب بعض اصحابنا ان عند مالك تصح المضاربة لم اجده في كتبهم بل ذكرها لا يصح بالعروض قلت قد ذكر في جواهر المالكية ما هو ابلغ منها وهو لا يجوز بالنقر والتبر المفردة اذا كانت التعامل بالمسكوك ولا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم واجازه اشهب ولا بالدراهم المغشوشة ولا تقدم بيانه من قبل ش اراد به باب الشركة م ولو دفع المال عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز ش ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ويعني هذا وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعروض واخرى ذكرها الخصاف في الحيل وقال قلت ارايت رجلا اراد ان يدفع الى رجل مضاربة وليس عنده الا متاع كيف يصنع قال يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه الى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي باعه من صاحبه وفي مسئلة الكتاب خلاف الثلاثة لعندهم لا يجوز لجهالته م لانه ش اي عقد المضاربة م يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة ش يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالزاء المعجمة اي بالراي ذ كل منهما يقبل الاضافة الى زمان المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك ليلا يخالف الكل الجزء صورة اضافة التوكيل الى المستقبل ان يقول وكلتك بان تبيع عبدي هذا غدا فانه يصير وكيلا غدا ولو فعله لا يصير وكيلا قبل الغد وصورة اضافة الاجارة ان يقول اجرتك غدا اذا قال الاجارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله م وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ش اشار به الى قوله انه لا يقبل الاضافة م بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة ش لا اتفاق بين اصحابنا مع اختلاف التخريج اشار اليه بقوله

٥١٤

لان عنده لا يصح هذا التوكيل ش وهو انه لو وكله بشراء شيء بما في ذمته لا يصح عنده على ما مر في البيوع ش اراد به بيوع الوكالة لا كتاب البيوع م وفي بعض النسخ وقد مر في البيوع وذلك لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو حرام والذي ذكره في باب الوكالة في البيع والشرا من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له على اخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد الخ م وعندهما يصح ش اي هذا التوكيل ويقع هذا لا يصح المضاربة اشار اليه بقوله م لكنه يقع الملك في المشتري ش يقع الملك للامر فيصير مضاربة بالعرض ش فيصير فاسدا واستشكل على المسالة الاولى بما اذا قال اقبض جميع الالف التي لي على فلان ثم اعمل بها مضاربة فقبض المامور نصف ما على المديون وعمل به مضاربة فانه لا يجوز واجيب بان ثم للتعقيب مع التراخي وقد اخر الامر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال الذي على فلان ثم انت طالق فقبضت البعض لم تطلق ولو قال اقبضي جميع المال الذي على فلان وانت طالق طلقت للحال بلا قبض اذا لم يرد الزوج واو الحال قال ومن شرايطها ش اي قال القدوري ومن شرط المضاربة م ان يكون الربح بينهما شايعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة ش وفي بعض النسخ لا يشترط لاحدهما دراهم مسماة م لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ش اي بين رب المال والمضارب لانه ربما لا يكون الربح الا ذلك م ولا بد منها ش اي من الشركة المشروطة جوازها انتفت المضاربة لان المنافي لشرط جواز الشيء مناف له واذا ثبت احد المتنافيين انتفى الاخر كما في عقد الشركة ش حيث لا يكون عقد من عقود الشركة الا بالاشتراك م قال ش اي في الجامع الصغير م فان شرط زيادة عشرة ش هذا التفسير لما قبله اي ان شرط في القدر زيادة عشرة دراهم مثلا على ما شرطا م فله اجر مثله ش اي فللعامل اجر مثله م لفساده ش اي لفساد عقد المضاربة وهذا لا خلاف فيه قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على فساد المضاربة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة م فلعله لا ربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح ش الضمير لعلة يجوز ان يعود الى المضارب ويجوز ان يعود الى المال والاول اقرب م وهذا ش اي وجوب اجر المثل م لانه ابتغى ش اي لان المضارب طلب يعني لرب المال بالعقد وابتغى به م عن منافعه عوضا ولم ينل ش اي العوض م لفساده ش اي لفساد العقد ولا بد من عوض منافع لعقت بالعقد وليس ذلك في الربح لانه لرب المال اشار اليه بقوله م والربح لرب المال لانه نما ملكه ش فاذا كان كذلك تعين اجر المثل م وهذا هو الحكم ش اي هذا التعليل الذي ذكرنا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة يعني يصير الى اجر المثل للعامل م ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف ش اراد بالقدر المشروط عند ابي يوسف تعبير المشروع فكان وجوده كعدمه وقيل الثلث او الربع المشروط في العقد م خلافا لمحمد ش فان عنده يجب بالغا ما بلغ وبه قالت الثلاثة م كما بينا في الشركة ش اي كما بينا هذا الحكم مع الخلاف في كتاب الشركة ولم يبين في الشركة شيئا وانما قال في الشركة الفاسدة فللمعين يعني في الاحتطاب ونحوه اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك واي بيان في هذا م ويجب الاجر وان لم يربح ش اي المال والعامل م في رواية الاصل ش اي المبسوط وبه قال الشافعي واحمد في رواية م لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع ش كما في الاجير الخاص فان في تسليم نفسه تسليم منافعه م او العمل ش كما في الاجير المشترك م وقد وجد ش اي المذكور من تسليم المنافع او العمل وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة ش اراد لم يربح فيها م لانها فوقها ش اي ان الصحيحة فوق المضاربة الفاسدة في احكامها وفي استحقاق الربح فاذا لم يجب في الصحيحة اذا لم يربح ففي الفاسدة اولى ان لا يجب قال السغناقي فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي لان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت انما يعتبر بالجايز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجايز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة الفاسد لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر اجارة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل تنبيه قلت بل اعتبار فاسد المضاربة بصحيحها اولى من جعلها اجارة لانهما قد تراضيا ان يكون للعامل جزء من الربح ان حصل ربح وبالحرمان ان لم يحصل ولم يرض رب المال ان يكون في ذمته شيء في مقابلة عمل العامل فاذا اوجبتم في ذمته شيئا كان ايجابا بغير دليل وهدما للاصل الضعيف اولى من الغاء التعليل الصحيح م والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ش وبه قالت الثلاثة وفي المبسوط عن ابن سماعة عن محمد انه يضمن المال م ولانه عين مستاجرة في يده ش اي ولان المال عين مستاجرة في يد المضارب وفي بعض النسخ عين مستاجر اي عين استاجر المضارب ليعمل به فهو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه لا يمكنه ان يواجر نفسه في ذلك الوقت لاخر وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قول ابي حنيفة وعندهما ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا ابتنا على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك وهو لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول

الكل م وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده ش اي يفسد عقد المضاربة كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرط ان
يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار
فصارت حصته العمل مجهولة فلم يصح م لاختلال مقصوده م د هو الربح عوضا عن عمله واجرة الدار فصارت حصته العمل
وغير ذلك من الشروط الفاسدة ش اي الشروط التي لا توجب الجهالة في الربح م لا يفسدها ش اي المضاربة م ويبطل
الشرط ش اي بل يبطل نفس ذلك الشرط وبه قالت الثلاثة وعن الشافعي واحمد يفسد العقد م كاشتراط الوضيعة
اي الخسران وقيل الوضيعة اسم لجزء هالك من المال م على المضارب ش وفي الايضاح والذخيرة عليهما وفي التحفة
عليه وعليهما قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يبطل المضاربة كما يجيء فلم تكن
القاعدة مطردة واجيب بانه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها واذا شرط العمل على رب المال فليس
ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح بجواز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير ونحوه لعله هذا الخطوط وشرط
العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع من تحققه فافهم م قال ش اي القدوري م ولا بد ان يكون المال
مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه ش اي يتصرف او عمل م لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه ش
كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر فلا بد ان تخلص
المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه ش ويقابل غيره يمنع الخلوص م واما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص
اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة ش لانها انعقدت على العمل بينهما فمتى شرط استعانة رب المال لم ينعقد الا
لذا في الايضاح م وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف
فلا يتحقق المقصود ش ولا نعلم فيه خلافا ذلك ولكن ذكر في الذخيرة حكي عن القاضي محمد بن ابراهيم الصيرامي (؟) انه لو
شرط رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده متى ما بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال متى ما بدا له
جازت المضاربة وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضارب اذا اشترط العمل جملة لانه حينئذ لا يصير المال
مسلما الى المضارب م وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير ش اذا دفع ابوه او وليه او وصيه ماله مضاربة
وشرط عمل الصغير انه لا يجوز م لان يد المالك ثابت له ش اي للصغير م وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب ش
كما في الكبير م وكذا احد المتفاوضين او احد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه ش تفسد
المضاربة لقيام الملك له ش تعليل لقوله وكذا احد المتفاوضين يعني يفسد العقد اذا عقد احد الشريكين
وشرط عمل صاحبه لقيام الملك في الصاحبه م وان لم يكن عاقدا ش اي وان لم يكن صاحبه عاقدا فاذا كان كذلك
ش فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك م واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ش اي
والحال انه غير مالك يفسد عقد المضاربة م اي لم يكن من اهل المضاربة فيه ش اي في المال م كالماذون ش
يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب يفسد العقد لان يد المتصرف ثابتة له في هذا المال ويده بيد
نفسه فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وهذا ليس بقياس بل هو
تنظير لما اذا كان العاقد غير مالك م بخلاف الاب والوصي ش اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل انفسهما
فلذا اشتراطه ش اي اشتراط العمل م عليهما جزء من المال لان كل جوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون
مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرط
كشرط التخلية من قبل الصغير لانه رب المال وقد تحققت م قال ش اي القدوري م واذا صحت المضاربة مطلقة
ش بان لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان فاذا قالت دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فهذه مضاربة
مطلقة كذا في الذخيرة م جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود
منه ش اي من عقد المضاربة م الاسترباح ولا يحصل ش اي الاسترباح الا بالتجارة لينتظم العقد ش اي الله (؟)
المطلق م صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة
ش اي السفر والمفاعلة هذا ليست على بابها كما في المسارعة الى الخير م الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى
ش بان يسافر م كيف وان اللفظ دليل عليه ش اي كيف لا يسافر والحال ان لفظ المضاربة دليل على السفر اي على
جوازه لانها ش اي لان المضاربة م مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف انه ليس له ان
يسافر ش قبل هذا اذا لم يقل له اعمل برايك م وعنه ش اي وعن ابي يوسف م عن ابي حنيفة انه ان دفع في بلده
ش في بلد المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى
لانه هو المراد في الغالب ش اذ الانسان لا يتحمل (؟) الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليلا

الرمى

الرمي بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه والظاهر ش اي ظاهر الرواية عن اصحابنا جميعا م ما ذكر في الكتاب ش اي
القدوري م ولا يضارب ش اي المضارب م الا ان ياذن له رب المال ان يقول اعمل برايك وعند الشافعي واحمد
لا يجوز فيه ايضا الا بالاذن واورد على هذا المستعير والمكاتب والمستاجر فانه يجوز للمستعير ان يعير وللمستاجر
ان يواجر وللمكاتب ان يكاتب وكذا العبد الماذون له ان ياذن عبده واجيب بان الكلام في التصرف نيابة وهو
لا يتصرف بحكم المالكية لان المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والعبد الماذون يتصرف بحكم المالكية
الاصلية اذ الاذن بالتجارة فك الحجر واما المضارب فانه يعمل بطريق النيابة لان فيهما معنى التوكيل والوكيل لا يوكل
غيره فلذا هذا م وكان التوكيل ش اي وكان امر المضاربة كامر التوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره
الا اذا قيل له اعمل برايك ش فكذا المضارب لا يملك ان يضارب الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الابضاع والا
يداع فانه دونه ش اي لان حكم المضاربة م فيتضمنه ش اي اذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الابضاع والا
يداع م بخلاف الاقراض حيث لا يملكه ش اي المضارب لا يملك الاقراض م وان قيل له اعمل برايك لان المراد
من التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه ش اي من صنيع التجار م وهو ش اي الاقراض تبرع
كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه ش اي على الاقراض فانه لو اقرض
عشرة ليستوفي احد عشر لا يجوز فلما لم يحصل الربح به لا يكون من صنيع التجار فلا يتناوله التعميم م اما الدفع مضاربة
من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه ش يعني من صنيعهم وبه قال الثوري ومالك واحمد وقال الشافعي
ليس الشركة والخلط ولو فعل يضمن م فيدخل تحت هذا القول ش وهو قوله اعمل برايك والضمير في يدخل يرجع
الى الشركة والخلط على تاويل كل واحد منهما قال ش اي القدوري م وان خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه او سلعة بعينها لم يجز ان يتجاوزها ش اي ان يتجاوز كل واحد من البلد والسلعة وبه قال احمد
وقال الشافعي ومالك اذا شرط ان لا يشتري الا من رجل بعينه او سلعة بعينها او مال يعم وجوده لا يصح العقد
ويحترز بقوله في بلد بعينه عن السوق بعينه فانه لا يتقيد بذلك بالاجماع الا اذا صرح بالتخصيص بالنهي
بان قال لا تعمل في هذا السوق فحينئذ يتقيد م لانه توكيل ش اي لان المضاربة توكيل والتذكير باعتبار
عقد المضاربة او حكمها م وفي التخصيص فائدة فيتخصص ش والفائدة من وجوه احدها صيانة ماله عن
خطر الطريق والثاني صيانة ماله عن خيانة المضارب فانه لو عين عليه بلدا لو قصد الخيانة لمنعه عنها
والثالث ان الاسعار بحسب الغلاء والرخص يختلف باختلاف البلدان وكذا النقود فكان الشرط مفيدا
والرابع ان المضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة وفي السفر يستحقها فيه م وكذا ليس له
ان يدفعه بضاعة ش اي وكذا ليس للمضارب ان يدفع المال اراد ليس له الابضاع م الى من يخرجها ش اي
البضاعة م من تلك البلدة ش اي البلدة التي عينها رب المال م لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه
الى غيره ش اي تفويض الاخراج الى غيره م قال ش اي الجامع الصغير م فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى
ضمن ش لانه تصرف فيه بخلاف امره فكان غاصبا ولم يرد من قوله فاشترى ضمن ان الضمان يترتب على
الشراء لان الضمان يجب عليه بمجرد الاخراج وانما مراده استقرار الضمان على ما يجيء في الكتاب م وكان ذلك
له ش اي الذي اشتراه كان له م وله ربحه ش اي كان له ربحه الذي حصل منه م ولكن يتصدق به على قولهما
وعلى قول ابي يوسف يطيب له الربح فلا يلزمه التصدق لانه تصرف بغير امره ش اي لان الاخراج او الشراء
تصرف في ملك غيره بغير امره فيصير غاصبا فلم يبق مضاربا م وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي ش اي
الحال ان الكوفة هي م عينها ش اي رب المال بري ش اي المضارب م من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة
ثم ترك ش اي المخالفة م ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق ش الضمير في الموضعين
يرجع الى المضاربة والتذكير في الاولى باعتبار العقد وفي الثاني باعتبار المال فان قيل قوله ورجع المال
مضاربة يدل على انها زالت واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على رواية الجامع الصغير لم
يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والعرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية
المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج م وكذا اذا رد بعضه ش اي وكذا لا يكون المضاربة
على حالها اذا اراد المضارب بعض المال الى الموضع الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما
قلنا ش اشار به الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق وفي الايضاح ما اشتري بعضه فهو له وما رده رجع على
المضاربة م ثم شرط الشراء بها هنا م اي شرط في الجامع الصغير الضمان الشراء حيث قال فان خرج الى غيره

الكل فاشترى منهُ والضمير يرجع به الى المضاربة ولكن المراد منه مال المضاربة ثم فسّر قوله ثم شرط الشرا بها هنا بقوله م وهي رواية الجامع الصغير ش اي الملفوظ من شرط المشترى هو رواية الجامع الصغير م وفي كتاب المضاربة ش يعني من المبسوط ضمنه بنفس الاخراج ش اي ضمن المضارب بنفس اخراج مال المضاربة سوا اشترى به او لا م والصحيح ان بالشرا يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط للتقرر لا لاصل الوجوب يعني لتقرر الوجوب لا لاصل وجوب الضمان حاصله ان الضمان بنفس الاخراج ولكنه على شرف الزوال فاذا اشترى به تقرر وتاكد اشار اليه بقوله لزوال احتمال الرد واما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض اخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة او ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفا حكم المضاربة فيما بقي قيل فيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها قلنا الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا اشتمل ضررا ولا ضرر عند الضمان م وهذا الخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد ش اشار بهذا الى قوله وان حصل له رب المال التصرف في بلد بعينه م لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ش اي ولاية الحجر الى رب المال فان قيل ينتقض هذا بما لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد او على العكس حيث لو باعها بالنقد او على العكس لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت الجواب عن هذا مبني على اصل وهو ان العقد المقيد من كل وجه متبع وغير المقيد من كل وجه لغو والمقيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلدة وسلعة ونحو ذلك م والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا اتم كان خيرا فكان التقييد معتبرا والثالث كالنهي عن السوق فانه مقيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما اذا اشترط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظها في غيرها وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف الاماكن وغير مقيد من وجه وهو المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا اشترط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر وجانب السكوت لم نعتبره م ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا ش اي لما قال فيما مضى وان خص له رب المال الخ ش شرع هنا يبين معنى التخصيص ان يقول التخصيص العدد ومعنى التخصيص حصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وتخرج ذلك ان الفاظ ستة منها يفيد منها التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به متعلقا بما تقدم لا يستقل وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا يكون تخصيصا لانه اعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به لا يصح ان يبتدئ بقوله على ان تعمل كذا وهذا هو الاول من الستة والثاني هو قوله م او في مكان كذا ش بان قال خذ هذا المال على ان تعمل في مكان كذا بالكوفة مثلا والثالث هو قوله م وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة ش بجزم اللام الجزم على انه جواب الامر وجوز الرفع على تقدير انت تعمل به وكلام المصنف يحتمل الوجهين م لانه تفسير له ش اي لان قوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ هذا المال مضاربة والرابع هو قوله م او قال فاعمل به في الكوفة ش بان قال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة م لان الفا للوصل ش والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له والخامس هو قوله م او قال خذه بالنصف بالكوفة ش بان قال خذ هذا المال بالنصف بالكوفة لان البا للالصاق ش فيقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها والسادس لم يذكره المصنف وهو ان يقول خذه بالنصف لتعمل به في الكوفة وجعل الكاكي النوع الثالث على قسمين باعتبار الجزم والرفع ولم يذكر قوله على ان تعمل كذا وجعل صاحب العناية هذا قسما واحدا وجعل السادس ما ذكرناه والصواب ان الذي ذكره المصنف ستة وهي على ان تعمل كذا في مكان كذا وخذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع وتعمل بالجزم او فاعمل به في الكوفة وبقي لفظان لا يفيدان شرطا احدهما ان يقول دفعت اليك هذا الالف مضاربة بالنصف اعمل بها بالكوفة والثاني ان يقول واعمل بها بالكوفة بالواو واشار اليه بقوله اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف ش والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره فاعتبر كلاما مبتدأ م فيصير بمنزلة المشورة ش كانه قال ان فعلت كذا كان انفع والمشورة بفتح الميم وضم الشين وهو استخراج راي على الغالب الظن فان قال فلم يجعل الواو للحال كما في قوله اد الي الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال

الاخذ

الامل لا حال الاخذ قلت لم لا يجوز ان يكون حالا مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم م ولو قال ان تشتري من فلان وتبيع منه التقييد ش ذكر هذا تفريعا على ما تقدم يعني لو قال رب المال خذه مضاربة على ان تشتري الخ م لانه مفيد ش اي لان تقييده مفيد لزيادة الثقة به ش اي بفلان م في المعاملة ش لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات وبقولنا قال احمد وقال الشافعي ومالك لا يصح التقييد فلا تصح المضاربة ولنا ما ذكرنا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها ش اي بالمضاربة وتبيع بها مال المضاربة م من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها ش اي غير اهل الكوفة او من غير الصيارفة جاز ش في الوجهين جميعا م لان فائدة الاول ش وهو قوله ان تشتري به من اهل الكوفة م التقييد بالمكان ش وهو الكوفة م وفائدة الثاني ش وهو قوله على ان تشتري من الصيارفة م التقييد بالنوع ش وهو بيع الصرف م هذا هو المراد عرفا ش جواب عن سؤال مقدر تقريره ان يقال هذا اعدول عن ظاهر اللفظ فان ظاهره يقتضي شراءه من كوفي لا من غيره سواكان في الكوفة او في غيرها وتقرير الجواب ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ولما لم يحصل المعاملة في العرف لتخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل م لا ما وراء ذلك ش يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني م قال ش اي العبد الضعيف م وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه ش يعني ان التوقيت بالزمان مقيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان م لانه ش اي لان عقد المضاربة م توكيل فيتوقت بما وقته ش كالوكالة الموقتة وبه قال احمد في ظاهر روايته وقال الشافعي ومالك واحمد في رواية لا يصح توقيته لانه يؤدي الى ضرر بالعامل وقال بعض اصحاب الشافعي ان شرط في المدة على ان لا يبيع بعدها لم يصح وان شرط على ان لا يشتري بعدها صح ولنا ما ذكره من قوله م والتوقيت مقيد وانه يتقيد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع م والمكان ش نحو الكوفة م قال ش اي العبد الضعيف م وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة م مثل ابيه وابنه م او غيرها ش اي غير قرابة تعتق عليه ولكن لا لقرابة بل لوجه اخر نحو المحلوف بعتقه وبه قال اكثر الفقها اذا كان بغير اذن رب المال واذا كان باذنه يصح وتنفسخ المضاربة م لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك ش اي تحصيل الربح م بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق ش اي التصرف مرة بعد اخرى م فيه ش اي في شري من يعتق عليه م لعتقه ش اي لعتق من يعتق عليه بالشري فلا يبقى التصرف بعد ذلك وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فلو وكل ان يشتري عبدا مطلقا فاذا اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وفيه قوله اشتر عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا م ولهذا ش اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح م لا يدخل في المضاربة شرا ما لا يملك بالقبض كالخمر والميتة لانتفا التصرف فيه بتحصيل الربح م لا يدخل في المضاربة شرا بخلاف البيع الفاسد ش يعني يدخل في المضاربة البيع الفاسد لان البيع يملك بالقبض فيحصل الربح بخلاف البيع الفاسد لان البيع يملك بالقبض فيدخل لانه يمكنه بيعه بعد قبضه ش اي لان المضارب يمكنه بيع البيع في البيع الفاسد بعد قبضه اياه فلا يكون مخالفا بالبيع الفاسد م فيتحقق المقصود وهو تحصيل الربح وعند الثلاثة يصير مخالفا بالبيع الفاسد كما في البيع الباطل م قال ش اي العبد الضعيف م ولو فعل ش اي ولو اشتري المضارب من يعتق على رب المال م صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف ش قيد بقوله متى وجد نفاذا احترازا عن الصبي والعبد المحجور فان شراهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة تخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضا بمال المضاربة دينا عليه وقال مالك ان كان العامل عالما موسرا بيع منه بقدر راس المال وان كان غير عالم لم يعتق على رب المال ولا غرم على العامل ولقد الوطهر ربح يرجع العامل على رب المال حصته فيه م قال ش اي العبد الضعيف رحمه الله م وان كان في المال ربح لم يجز له ش اي للمضارب م ان يشتري من يعتق عليه ش اي على المضارب م لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال ش اي لانتفا جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة والمستسعى لا يجوز بيعه م او يعتق ش اي العبد كله عندهما على الاختلاف المعروف ش وهو ان الاعتاق يتجزى عنده خلافا لهما م فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وهو الاسترباح وبقولنا قال الشافعي في قول وفي قول يصح ولا يعتق لانه لا يملك الربح بمجرد الظهور بل يملك القسمة وقال احمد في وجه ومالك في قول ولا يصح ويعتق نصيبه وبه قال مالك في رواية واحمد في وجه وان لم يكن في المال ربح شراؤه بالاجماع م وان اشتراهم ش اي وان اشترى المضارب من يعتق عليه م ضمن مال المضارب لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد في مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح كان له ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف

ان لا شركة فيه ليعتق ش يعني لا شركة للمضارب في المال حتى يعتق عليه من يشتريه اي على رب المال م فان زادت قيمتهم
بعد الشرا عتق نصيبه منهم ش اي نصيب المضارب من الذي اشتراهم ممن يعتق عليه وبه قال الشافعي في قول واحمد
ومالك ان كان المضارب معسرا م منه ش اي من العبد م لانه احتبس ماليته ش اي مالية العبد م عنده ش اي عند الله
م فيسعى فيه ش اي فيسعى العبد في نصيب رب المال م كما في الوراثة ش بان ورثت جماعة عبدا فعتق احدهم نصيبه
فانه يسعى في نصيب الباقين لاحتباس المالية عندهم م فان كان مع المضارب الف بالنصف ش ... تفريعا وهو
من مسايل الجامع الصغير فلذلك ذكره بالفا اي ان كان مع المضارب الف درهم مناصفة فاشترى بها جارية قيمتها الف
فوطيها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسماية والمدعي موسر ش اي والحال ان المدعي
للولد المضارب موسر قيد به لينفي الشبهة ويبين ان الضمان سبب دعوة المضارب ضمان اعتاق في حق المولى وضمان الاعتاق
يختلف باليسار والاعسار فينبغي ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن وفي معنى الحنابلة ان ظهر
ربح في المال صحت دعوته وتصير الجارية ام ولد له ويعتق الولد بالقيمة وان لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق لانه
علقت منه في غير ملكه ولا شبهة ملك وقال مالك يضمن قيمتها يوم الوطي في رواية ان لم يظهر ربح قبل العلوق وفيه نظر
ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسماية لانه اذا لم يزد قيمته على الف فدعوة المضارب باطلة لانه لا ملك في واحد من الولد والام
لان كلا منهما مشغول براس المال وانتفى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ولا يثبت النسب لعدم الملك فلا يلزم
العقر وله ان يبيع الام والولد لانهما مال المضاربة م فان شا رب المال استسعى الغلام في الف ومايتين وخمسين وان شا
عتق ووجه ذلك ش اي الحكم المذكور م ان الدعوة صحيحة في الظاهر ش لصدورها من اهلها في محلها م حملا على فراش النكاح
ش بان زوجها منه البايع ثم باعها منه فوطيها فعلقت منه م لكنه ش اي لكن الادعا بالولد م لم ينفذ ش اي في حق العتق
م لفقد شرطه وهو الملك ش او شبهته في الولد لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق براس المال ش
لانه يحتمل ان يهلك احدهما فيتعين الاخر لراس المال فلا يظهر الربح م كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي
راس المال ش كما لو اشترى براس المال عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه م لا يظهر الربح ش عندنا خلافا لزفر م كذا
هذا ش اي ما نحن فيه فاذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض
بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل الولد فينبغي كذلك وتعين ان يكون الولد كله ربحا والثاني
ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له بيعهما حتى لو وهب ذلك لرجل
وسلمه صح اجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها راس المال فان راس المال هو الدراهم وبعد الولد
تحققت المزاحمة فبان تعينها ولم يكن احدهما اولى لذلك من الاخر فاشتغلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله
اعيانا اجناس مختلفة والفرسان جنس واحد فيقسمان جملة واحدة واذا اعتبر جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين
فانهما لا يقسمان جملة واحدة بل كل واحد يكون بينهما على حياله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة
قول واحد او عندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة م فاذا زادت قيمة الغلام ش اي على مقدار راس المال م ظهر
الربح ونفذت الدعوة السابقة ش لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح فيثبت النسب منه ولكن لم
ينفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا م بخلاف ما اذا اعتق ش اي المضارب م
الولد ثم ازدادت القيمة اي قيمة الولد فلا يعتق لان ذلك انشا العتق م فلم يصادف محله لعدم الملك فكان
باطلا ش فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك م اما هذا ش اي دعا النسب اخبار فجاز ان ينفذ
عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ش فانه يعتق عليه م واذا صحت الدعوة وثبت النسب
عتق الولد ش اي عندهما م لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيا من قيمة الولد ش موسرا كان او
معسرا وقال الشافعي في وجه واحمد في رواية ومالك يضمن له حصته ان كان موسرا لوجود الصنع منه وفي
دعوة النسب يضمن منه ذلك ولنا ما ذكره بقوله م لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك اخرهما ش يعني وجودا
م فيضاف ش اي حكم م اليه ش اي الى الملك لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا كما في
مسيلة السفينة والقدح المسكر ودليله ما روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ان رجلا اقر بين يديه بالزنا
فقال ابان والرابعة فانها الموجبة م ولا صنع له ش اي للمضارب م فيه ش اي في ثبوت الملك لانه ثابت بازدياد القيمة
ولا صنع له فيه فلم يكن متعديا م وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد فاذا انتفى الضمان بقي امر
الاخر ش الاخر من الاستسعا والاعتاق اشار اليه بقوله م وله ش اي ولرب المال ان يستسعي الغلام لانه احتبس
ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رضي الله عنه يستسعيه في الف ومايتين وخمسين لان الالف

يستحق

مستحق براس المال والخمسماية ربح والربح بينهما فلهذا ابتغى له ش اي لرب المال م في هذا العدد ش يعني الف ومايتين وخمسين
فان قيل لم جعل الجارية راس المال والولد ربحا قيل لان ما حصل على الولد بالسعاية من جنس راس المال والجارية ليست من ذلك فكان
تعيين الالف في السعاية لراس المال انسب للتجانس وهذا السوال والجواب ذكرهما في الكافي وقال صاحب العناية وفيه نظر لانا اذا
جعلنا الجارية راس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجب قيمتها على المضارب وشيء من جنس راس المال تلف الولد ... بسبب
ظهور الربح من جهته م ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي ش وهو المضارب م نصف قيمة الام لان الالف
الماخوذ ش اي من الولد م لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفا ش على الربح م ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما
وقد تقدمت دعوة صحيحة م من المضارب ش لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت
تلك الدعوة ش السابقة م وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي
صنعا ش بل يعتمد الملك وقد حصل م كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها وراثة ش اي من جهة الوراثة فانه م يضمن نصيب
شريكه ش كما لو تزوج جارية اخيه فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ اخر فان الزوج ملكها بغير صنعه لكنه يضمن نصيب
شريكه م كذا هذا ش اي ما نحن فيه م بخلاف ضمان الولد ش فانه ضمان اعتاق م وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا عتق دون
صنعه على ما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك اخرهما ولا صنع فيه والله سبحانه وتعالى اعلم

م باب المضارب يضارب ش

اي هذا باب في بيان احكام المضارب حال كونه يضارب وقد علم ان المضارع المثبت اذا وقع حالا يكتفي بالضمير م قال ش اي القدوري
رحمه الله م واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن ش اي الحال انه لم ياذن م له رب المال لم يضمن بالدفع ش اي بمجرد
الدفع وقال زفر والثلاثة يضمن بمجرد الدفع وهي رواية عن ابي يوسف لانه يصير مخالفا على ما يجي الان م ولا يتصرف المضارب
الثاني ش اي ولا يضمن ايضا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول ش اي فاذا ربح المضارب الثاني ضمن المضارب الاول
لرب المال وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا عمل ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع
ش اي بمجرد الدفع م عمل ش اي الثاني م او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له ش اي للمضارب اذا كان الذي يملكه
المضارب هو م الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ش فصار دفعا لغا فيضمن م ولهما ان الدفع ايداع حقيقة ش لانه
امانة بلا تمليك وله ولاية الايداع م وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى ش اي موقوفا م قبله ش اي قبل العمل ان
عمل ضمن والا فلا م ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الدفع قبل العمل ايضا على سبيل الايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب
فلا يضمن بهما ش اي بالايداع والابضاع م الا انه ش اي المضارب م اذا ربح فقد اثبت له ش اي فقد اثبت المضارب الاول لرب
المال م شركة في المال فيضمن ش لاشتراك الغير في ربح المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان م كما لو خلطه بغيره ش اي كما لو
خلط مال المضاربة بغير ماله م وهذا ش اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة
ش اطلق المضاربة ولم يبين ان المراد بها المضاربة الاولى والثانية او كليهما ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية
او كليهما جميعا لم يضمن الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان وكذا لو كانت الاولى جايزة والثانية
فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا وكذا لو كان الاولى فاسدة والثانية جايزة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربتان جايزتين فان قيل اذا
كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد جواز الثانية حينئذ ما كان
جايزا بحسب الصورة بان يكون المشروط من الربح معلوما كما جوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط الاول نصف الربح ومايه مثلا
وللثاني نصفه م وان كانت ش اي المضاربة م فاسدة لا يضمنه الاول ش اي المضارب الاول م وان عمل الثاني ش اي المضارب
الثاني م لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ش اي الشركة الموجبة للضمان بالعمل ثم ذكر في الكتاب ش اي مختصر
القدوري م يضمن الاول ولم يذكر الثاني قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بنا على اختلافهم في مودع
المودع م فان مودع المودع لا يضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما ش وقيل رب المال بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني
بالاجماع ش اي باجماع اصحابنا لحصول التعدي منهما من الاول دفع مال الغير ومن الثاني الاخذ م وهو المشهور ش يعني هذا القول
هو المشهور من المذهب م وهذا عندهما ظاهر ش لانهما يضمنان مودع المودع م وكذا عنده ش اي عند ابي حنيفة على قول من يقول
انه يضمن عنده ايضا ولكن يحتاج الى الفرق بين هذه المسالة ومسالة مودع المودع اشار اليه بقوله م ووجه الفرق له
ش اي لابي حنيفة م بين هذه ش اي المسالة التي نحن فيها م وبين مودع المودع ش ان مودع المودع م يقبضه لمنفعة الاول
ش لا لنفسه من حيث شركته في الربح م فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن ش اي رب المال م الاول ش اي المضارب الاول م صحت
المضاربة ش اي الثانية م لانه ملكه ش اي لان المضارب الاول ملك مال المضاربة م بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره

ع

لا على وجه الذي رضي به ش اي رب المال فانه لم يرض بدفع المال الى غيره م فصار كما اذا دفع مال نفسه ش بغير اذن المضارب م
وان ضمن الثاني ش اي وان ضمن رب المال المضارب الثاني م رجع على الاول بالعقد ش اي بسببه وبه قال الشافعي
واحمد في رواية ان لم يعلم حال المضاربة وان علم لم يرجع عليه بشيء رواية واحدة وفي بعض النسخ موضع بالعقد بالضمان
اي بالضمان لانه التزم سلامة المقبوض فان قيل ينبغي ان يفسد الدفع الى الثاني لانه في ضمن المضاربة الاولى فيفسد بها
قلنا الدفع امر حسي والاقتضاء يثبت في الحسي وانما هذا امر شرعي م لانه ش اي المضارب الثاني م عامل له ش اي للاول
م فيه ش اي في ذلك العمل م قيل في كلامه تناقض لانه قال قبل هذا العمل فيه لمنفعة نفسه وها هنا قال لانه عامل
للمضارب الاول والجواب ان الجهة مختلفة لان الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب انه
في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لعدم اتحاد الجهة م كما في المودع ش يعني كما في
مودع الغاصب اذا ضمن رجع على الغاصب بما ضمن م ولانه ش اي الثاني م مغرور من جهته ش اي من جهة الاول
في عقده وفي بعض النسخ معذور بالذال من العذر في ضمن العقد ش اي العقد الذي بين الاول والثاني لانه
اعتمد والاول غره م وصح الربح والمضاربة على ما شرطا ش اي بين المضاربين وقال الشافعي واحمد الربح للمالك
ثم للمضارب الاول وللثاني اجر مثله على الروايتين وقال مالك ان اتفق الخسران فالربح بين رب المال والعامل
الثاني ولا شيء للاول وان اختلفا وكان الاول اكثر فالزائد للمالك وان كان اقل فلرب المال شرطه ويرجع الثاني
على العامل الاول وقيل للعامل حصته كاملة ويرجع المالك على الاول بما في حصته لان قرار الضمان على الاول فيثبت
الملك له وقوله على الاول خيران م لكنه ش اي فكان رب المال م ضمنه ابتداء ش اي في ابتداء الامر م ويطيب
الربح للثاني ش اي للمضارب الثاني م ولا يطيب ش اي الربح م للاعلى ش وهو المضارب الاول م لان الاسفل
وهو المضارب الثاني يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ش لانه يستحقه
برأس المال والملك في رأس المال حصل باداء الضمان مستندا م فلا يعرى عن نوع خبث ش لان الملك الحاصل باداء الضمان
مستندا ثابت من وجه دون وجه فاذا كان كذلك فسبيله التصدق قال ش اي القدوري م فان دفع اليه
اي الى المضارب م رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني ش
اي المضارب الثاني م وربح فان كان قال له ش اي للمضارب الاول م على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة ش اي لان دفع
الاول الى الثاني حال كون الدفع مضاربة م صح لوجود الامر به ش اي بالدفع م من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه
نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول ش اي للمضارب الاول م الا النصف ش بمقتضى الشرط م فينصرف تصرفه الى نصيبه
وقد جعل من ذلك ش اي نصيبه م بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك ش اي يطيب
للمضارب الاول السدس وللثاني الثلث لان الاول وان لم يعمل بنفسه وعلل المصنف بقوله م لان فعل الثاني واقع له
كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه ش اي استأجر المستأجر غيره على عمل الخياطة م بنصف درهم
ش فان النصف الاخر يطيب للمستأجر لان العمل وقع له فكذا م وان كان قيل له ش اي وان كان قال له
رب المال م على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان ش يعني قال ذلك بكاف الخطاب وكذا الحكم لو قال ما ربحت
في هذا من شيء او قال على ان ما كسبت فيه من كسب او قال على ان ما رزقت فيه من شيء او قال على ان ما صار لك فيه من
ربح فهو بيننا نصفان يعني قال اعمل فيه برأيك م فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال
نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول والذي هو بينهما ش اي الثلثان بين رب المال
والمضارب الاول لانه شرط نصف ما حصل وما شرط نصف الجميع م بخلاف الاول ش اي الوجه الاول م لانه ش
اي لان رب المال م جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ش اي الحكمان م ولو كان قال له فما ربحت من شيء فلي
ولك نصفين ش هذا من مسائل الجامع الصغير وقوله نصفين نصب على الحال وهذا الواو للحال م وقد دفع الكل
بيده بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك
كله من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما
ش اي بين الاول ورب المال م ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك
نصفين وقد دفع ش اي والحال ان الاول قد دفع م الى اخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب
الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول وللثاني مثل ما ربح في ماله ش هذا لفظ القدوري في مختصره م لانه ش اي
لان المضارب الاول م شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال ش اي ابطال

حق رب المال م لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له ش اي وقد ضمن المضارب
الاول للثاني م السلامة فيلزمه الوفاء به ش اي بما ضمنه م ولانه غره ش اي ولان المضارب الاول غر الثاني م في
ضمن العقد ش حيث شرط له النصف م وهو ش اي الغرور م سبب الرجوع ش لان الغرور في ضمن العقد لا يكون موجبا
للضمان كما لو قال لاخر هذا الطريق امن فاسلكها وهو ليس بامن فسلكها فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه م وهو
م اي الغرور في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن الحكم المذكور في الضمان م نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه
م الى المستأجر بفتح الجيم ش اي من خاط بدرهم ونصف م فانه يغرم النصف من عنده لانه غره بالتسمية فكذا هذا

م فصل ش

الفصل منهما فصل لا يثوب ومنهما وصل سوى الاعراب يكون بعد التركيب والعقد
هذا فصل في حكم له او كذا ولما كان فيه حكم مغاير لما سبق فصله لذلك م واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح
ولعبد رب المال ثلث الربح ش هذه من مسائل الجامع الصغير اي وشرط لعبد رب المال ثلث الربح م على ان يعمل معه
ش اي يشترط ان يعمل مع المضارب وكلمة على تجي للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا م ولنفسه ثلث
الربح ش اي وشرط لنفس المضارب ثلث الربح م فهو جائز ش اي هذا الحكم وهذا العقد جائز وهذا لان اشتراط العمل لا يمنع
التخلية التي هي شرط صحة المضاربة لان للعبد يدا معتبرة ولهذا لم يكن للمولى استرداد وديعة العبد من يد المودع
واذا جازت المضاربة كان نصيب العبد من الربح للمولى ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فغرماؤه احق به كما
كان بكتابه بخلاف شرط العمل على رب المال فانه يمنع التخلية فلا تصح المضاربة وقوله لعبد رب المال ليس بقيد لان
حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا تقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له
وفي الذخيرة اذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب او شهادة رب المال فهو على وجوه الاول اذا
شرط ذلك لاجنبي وفي هذا الوجه ان شرط عمل الاجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل ويجعل المشروط للاجنبي كالمسكوت
فيكون لرب المال الثاني اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب او لعبد رب المال فان شرط عمل رب العبد مع ذلك
ان لم يكن مع العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ويكون الربح
كالمسكوت عنه فيكون لرب المال بلا خلاف والوجه الثالث اذا شرط بعض الربح لمن لا تقبل شهادة المضارب او شهادة رب
المال له نحو الابن والمرأة والمكاتب ومن اشبههم فالجواب فيه كالجواب فيما اذا شرط بعض الربح للاجنبي الوجه الرابع اذا
بعض الربح لقضاء دين المضارب او لقضاء دين رب المال فهو جائز ويكون للمشروط فيقضي دينه به وقيل في لعبد رب المال
لان فيه خلافا لبعض اصحاب الشافعي وبعض اصحاب احمد وفي غيره لا خلاف وعند اكثر اصحاب الشافعي يصح اشتراط العمل على غلام
رب المال كقولنا وهو قول احمد وظاهر قول مالك م لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن
له يتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فصح سواء كان عليه دين او لم يكن لانه في حق المضاربة كعبد اجنبي
م ولهذا ش اي ولكون يد العبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له م لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد وان كان
محجورا عليه ش اراد ان لا يجوز له استرداد ما اودعه العبد من يد المودع م ولهذا ش اي ولعبد م ولاية الاخذ للمولى من
يجوز بيع المولى من عبده المأذون ش يعني اذا كان مديونا وهذا بالاجماع اما عند ابي حنيفة فلان المولى اجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين واما عندهما فلان جواز البيع لعتق الفائدة وقد وجدت على ما جيء في المأذون ان شاء الله تعالى واذا
كان كذلك ش يعني اذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة وجواز بيع المولى منه اذا كان مأذونا له مديونا م لكن
ش اي اشتراط ثلث لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه تماما من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط
العمل على رب المال لانه ش اي لان اشتراط العمل على رب المال م مانع من التسليم ش والتخلية فاذا كان مانعا فقد بطل على
ما مر ش اي عند قوله وشرط العمل مفسد على رب المال لانه يمنع خلوص يد المضارب م واذا صحت المضاربة ش المذكورة م
يكون الثلث ش اي ثلث الربح م للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين ش لان العبد وما
في يده لمولاه م وان كان عليه ش اي على العبد م دين فهو ش اي كسبه م للغرماء م لان المولى لا يملك اكساب عبده المديون م
هذا ش اي الذي ذكرناه من الحكم م اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون له عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل
على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا ش اي الشرط م اشتراط العمل على المالك ش واشتراط العمل على المالك يفسد
المضاربة على ما مر م وان كان على العبد ش اي العبد المأذون له المذكور م دين صح ش اي اشتراطه العمل على المولى عند
ابي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده ش اي عند ابي حنيفة م على ما عرف ش اي في كتاب المأذون وعندهما لا يصح هذا الحكم لان اشتراط العمل
على المولى مفسد وبه قالت الثلاثة والله الموفق م فصل ش في بيان احكام العزل اي عزل المضارب وفي بيان احكام
القسمة اي قسمة مال المضاربة قاله السغناقي والاولى ان يقال قسمة الربح على ما لا يخفى م قال ش اي القدوري م واذا مات

رب المال او المضارب ش اي او مات المضارب م بطلت المضاربة لانه ش اي لان المضارب وكذا كثير المشهر انما باعتبار
العقد واما باعتبار المذكور ولو قال لانها لكان اولى م توكيل ش اراد ان مبناها على الوكالة لان المضاربة عقد على
الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الاخر في اول الباب وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه م وموت الموكل
يبطل الوكالة لان الوكالة عقد جايز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتدا فيشترط قيام الامر في كل ساعة م وكذا
ش اي تبطل الوكالة م بموت الوكيل ش لقيامها به ولا نعلم فيه خلافا م ولا تورث الوكالة ش لانها غير لازمة
لما ذكرنا فلا ينتقل الى ورثته م وقد مر ش اي بطلان حكم الوكالة بموتها او موت احدهما م من قبل ش اي قبل
قبل هذا الباب واراد به عزل الوكيل في كتاب الوكالة ثم اعلم ان كون المضارب كالوكيل ليس بكلي بل يفترقان في اشيا
منها ان الوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشرا وهلك في يده بعد الشرا فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا
لا يرجع به مرة بعد اخرى واما المضارب فيرجع به على رب المال مرة بعد اخرى واما المضارب الى ان يصل الثمن
الى البائع وجه الافتراق ان شرى الوكيل يوجب الثمن عليه للبائع وله على الموكل فاذا رجع على الوكيل بعد الشرا صار
مقتضيا ما استوجبه دينا عليه وصار مضمونا عليه بالقبض فاذا اهلك هلك في ضمانه فلا يرجع ثانيا واما المضارب
اذا رجع على رب المال فما يقبضه يكون امانة في يده فاذا اهلك كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد اخرى
ولكن لو نظرنا الى كون المال امانة في ايديهما كان حكمهما واحدا من هذا الوجه ومنها ان رب المال لو ارتد ولحق بدار
الحرب ثم عاد مسلما فالمضاربة على مضاربته بخلاف الوكيل على ما يجي عن قريب ومنها ان المضارب اذا اشترى كان
المضاربة عروضا ثم عزله رب المال عن المضاربة لا يعمل عزله وان علم به بخلاف الوكيل على ما يجي وان ارتد رب المال
رب المال عن الاسلام والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ش اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما كان
جميع ما فعل من البيع والشرا لكان عقد الوكالة حيث لا يعود بعود الموكل مسلما لخروج محل التصرف عن ملكه وفي
المضاربة لا تبطل لمكان حق المضارب كالو مات حقيقة م لان اللحوق ش بدار الحرب م بمنزلة الموت م حكما الا
يري ش انه يبيح لكون اللحوق كالموت م انه ش اي الشان م يقسم ماله بين ورثته م كما في الموت الحقيقي ش يعتق مدبره
وامهات اولاده م وقبل لحوقه ش بدار الحرب م يتوقف تصرفه مضاربة ش اي مضارب رب المال الذي ارتد على
على الفساد بالاسلام او البطلان بالموت او القتل م عند ابي حنيفة لانه ش اي لان المضارب م يتصرف له ش اي
لرب المال م فصار ش اي تصرف المضارب م كتصرفه ش اي كتصرف رب المال م بنفسه فلو تصرف رب المال
في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفا عند ابي حنيفة لا رتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب م ولو كان
المضارب هو المرتد ش بعيث الدال لانه حركان وهو مميز الفصل فالمضاربة على حالها ش في قولهم جميعا حتى
لو اشترى او باع وربح او خسر ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما
على ما شرطا م لان له ش اي للمضارب عبارة صحيحة م لكونه عاقلا بالغا ش ولا توقف في ملك رب المال م لانه نايب او
متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في خلاف رب المال لان التوقف لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه
باعتبار توقف نسبه والعهدة في ذلك على رب المال عند ابي حنيفة وعندهما تصرفه بعد الردة لتصرفه قبلها
فالعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال م فبقيت المضاربة ش الفا جواب شرط محذوف والتقدير واذا كان
واذا كان كذلك فبقيت المضاربة على حالها م قال ش اي القدوري م فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم ش
اي المضارب م بعزله ش اي بعزل رب المال اياه فالمصدر مضاف الى فاعله وذكر المفعول مطوي ويجوز ان يكون
مضافا الى مفعوله وطوى ذكر الفاعل حتى اشترى ش اي المضارب م وباع فتصرفه جائز لانه ش اي لان المضارب
م وكيل من جهته ش فلا ينعزل الا بعلمه لانه عزل قصدي فيتوقف على العلم لان العزل نهي والاحكام المتعلقة با
لامر لا يثبت فيها النهي لا بعد العلم دليله اوامر الشرع ونواهيه اشار الى ذلك بقوله م وعزل الوكيل قصدا اي
اي عزلا قصدا اي مقصودا اي يكون كالا اي قاصدا م يتوقف على علمه ش اي علم الوكيل لما ذكرنا م وان علم
والمال ش اي والحال ان المال م عروض فله ش اي فللمضارب ان يبيعه ولا يمنعه العزل من ذلك ش اي من البيع
عند ابي اهل العلم فله ان يبيعها نقدا او نسيئة كما قبل العزل حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل به وكذا لا
يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة كما قبل العزل م لان حقه ش اي حق المضارب قد ثبت في الربح وانما يظهر
ش اي حقه في الربح م بالقسمة وهي ش اي القسمة م تبتني على راس المال م بان يكون نقدا م وانما ينض ش اي يصير
بالبيع م بان تباع العروض حتى يصير احد النقدين ونض ينض من باب ضرب يضرب من التصيص وهو خروج الشي
عن الحوادث قليلا قليلا والناض عند اهل الحجاز الدراهم والدنانير وما دته تدل على الحصول قال ش اي القدوري

م ولا يجوز ان يشتري ش اي المضارب المعزول م بثمنها ش اي بثمن تلك العروض التي نضت م شيا اخر لان العزل انما لا يعمل
لضرورة ش اي لاجل ضرورة م معرفة راس المال ش لاجل القسمة م وقد اندفعت ش اي الضرورة م حيث صار ش اي راس
المال م نقدا ش اي دراهم او دنانير م فعمل العزل ش عمله م فان عزله ش اي رب المال المضارب م وراس المال ش اي
ان راس المال م دراهم او دنانير وقد ش اي والحال انها قد م نضت ش اي نقدت باحد النقدين م لم يجز له ان يتصرف فيهما
لانه ليس في ابطاله عزل حقه في الربح ولا ضرورة ش في صحيح تصرفه لانه انما يكون المال نضا اذا وهو الذي ذكره اي البلوغ
م اذا كان المال الذي نض ش من جنس راس المال بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب ش اي اذا كان العكس بان
كان دنانير وراس المال دراهم م له ش اي للمضارب م ان يبيعها بجنس راس المال ش قيد به لانه ليس له ان يشتري
بانقد العروض م استحسانا ش اي من حيث الاستحسان م لان الربح لا يظهر الا به اي ببيعها بجنس راس المال م وصار
كالعروض ش في حكم جواز البيع وفي القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان راس المال قد نض م
او على هذا ش اشارة الى قوله لا يمنعه العزل اي على الحكم المذكور موت رب المال وارتفاع الموت بالابتدا
وحتره قوله على هذا م في العروض ش بان كان المال عروضا ومات رب المال فلا ينعزل المضارب بل يبيعها وينض
راس المال ولكن الى لحوقه بدار الحرب موته الا انه موت حكما م ونحوها ش اي نحو العروض بان كان راس المال دراهم
وفي يده دنانير او على العكس م قال ش اي القدوري م واذا افترقا وفي المال ديون اي واذا افترق رب المال والمضارب
والحال على ان في المال ديون والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضاربة وقد ربح المضارب فيه ش اي والحال انه قد
ربح فيه المضارب م بمنزلة الاجير ش حيث جعل له شي م لان الربح كالاجر له لانه استحق الربح باداء عمله وقد سلم له بدل عمله
فهو الربح فيجبر على تمام عمله م ومن اتمام استيفاء ما وجب من الديون على الناس ولا نعلم فيه خلافا م وان لم يكن في المال ربح
لم يلزمه الاقتضاء ش اي طلب الديون التي على الناس م لانه ش اي لان المضارب م بمنزلة الاجير ش حيث جعل له شي م
لان الربح كالاجر له شي وما انت الثلاثة م لزمه الاقتضاء لانه بعقد المضاربة الزم رد راس المال على صفته ودليلنا هو قوله م
انه ش اي لان المضارب م وكيل ش اي خالص م والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ش بل الواجب دفع ما في يده من المال فاذا
رفع يده فلا يلزمه الزمه لانه وكيل محض قبل ظهور الربح ويقال له ش اي للمضارب م وكل رب المال في الاقتضاء لان
حقوق العقد م ترجع ش الى العاقد فلا بد من توكيله ش اي توكيل المضارب رب المال م وتوكيله ش اي توكيل رب المال
م كيلا يضيع حقه ش اي حق رب المال لانه لا يمكنه المطالبة فيما عقده المضارب الا بالتوكيل فتوكيله حفظا لحقه دين عن
النسخ حتى لا يضيع حقه م وقال في الجامع الصغير يقال له ش اي للمضارب م احل ش اي رب المال وهو امر من احال يحيل بمعنى
الحوالة م مكان قوله وكل والمراد منه ش اي من قوله احل الوكالة ش لانه ليس عليه دين حتى يكون حقيقة الحوالة على
هذا اطلاق الحوالة على الوكالة استعارة ولجواز اشتمالها على النقل م وعلى هذا ش اي على الحكم المذكور م سائر الوكالات ش اراد
به كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر عليه ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع م
والبياع ش اي الذي يبيع بالاجر وهو الدلال م والسمسار ش بكسر السين هو المتوسط بين البايع والمشتري وفي المغرب
هو من يعمل للغير بيعا او شرا بالاجر قلت فعلى هذا لا فرق بين الدلال والسمسار ولكن اهل اللغة فرقوا بينهما بما ذكرنا قال الاعشى
نعشنا زمانا وما بيننا رسول يراجع اخبارها فاصبحت لا استطيع سوال الراجع سمسارها يريد السفير بينهما وفي العباد
فهو لفظ معرب م لانهما يجبران على التقاضي ش اي لان البايع والسمسار م يعملان باجر عادة ش فيكون كالاجارة الصحيحة ولو
دفع الى سمسار دراهم وقال اشتري لي بها رطبا باجرة عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استاجر بعمل مجهول وكذا لو سمى له مدة
بعد البنات او استاجر ليبيع طعاما او شرابا والحيلة في جوازه ان يستاجره يوما باجر معلوم ليبيع له او يشتري لان العقد
يتناول منافعه وهي معلومة ببيان المدة وان لم يشترط اجرا يكون وكيلا معينا فيوجبه بعد الفراغ من العمل مثل لا
لان جزا الاحسان احسان م وما هلك من مال المضارب فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك
الى ما هو التبع اولى انما كان الربح تابعا لانه لا يتصور دون راس المال وهو يتصور بدونه فكان اصلا كما يصرف الهلاك
الى العفو في الزكاة ش عند ابي حنيفة وابي يوسف لان العفو تبع وقد مر بيانه في باب الزكاة م فان زاد الهالك
على الربح فلا ضمان على المضارب ش هذا لفظ القدوري م لانه امين ش فلا يكون ضمينا لما بينهما من المنافاة م وان
كان اقتسما والمضاربة بحالها ش يعني لم يفسخها م ثم هلك المال بعضه ش اي بعض المال وارتفاعه على انه بدل البعض
من الكل م او كله ش بالرفع ايضا لانه بدل الكل من الكل م ترادا ش اي رب المال والمضارب م الربح حتى يستوفي رب
المال راس ماله ش وفي بعض النسخ راس المال م لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رب المال لانه ش اي لان راس المال م هو
الاصل ش لتصوره بدون الربح م وهذا ش اي الربح م بنا ش اي مبنى عليه ش اي على راس المال الذي هو الاصل م وتبع له

ش اي لرأس المال م ولانه زيادة عليه ش فاذا هلك ما في يد المضارب امانة ش اي حال كونه امانة غير مضمون
م تبين ان ما استوفياه ش اي رب المال والمضارب م من راس المال ش جبران م فيضمن المضارب ما استوفاه
اي الذي اخذه م لانه اخذه لنفسه ش ولم يكن له ذلك حتى يصل رب المال الى دينه وهذا بمنزلة قسمة
الوارث التركة مع قيام الدين على الميت فلو ان الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين واقتسموا ما بقي ثم هلك
المعزول قبل ان يصل الى الغرماء بطلت القسمة وعليهم ضمان ما اخذوا من حق الغرماء لان حقهم سابق على حق الورثة
في التركة فلذلك استوفى راس المال فان فضل شيء ش يعني بعد الاستيفاء م كان ش يعني يجعل ذلك من راس
ماله الفاضل م بينهما ش اي بين رب المال والمضارب م لانه ربح ش وقضيته ان يكون مشتركا بينهما م وان نقص
ش يعني شيء من راس المال فلا ضمان على المضارب م لما بينا ش اشار الى قوله لانه امين م ولو اقتسما الربح وفسخا
المضاربة ثم عقداها ش ثانيا م فهلك المال لم يتراد الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت ش يعني بقسمة
الربح وفسخ المضاربة م والثانية ش اي المضاربة الثانية م عقد جديد فهلاك المال في الثاني ش اي في العقد
الثاني م لا يوجب انتقاض الاول ش اي الاقتسام الاول م كما لو دفع ش رب المال في بعض كما اذا دفع اي رب المال
اليه ش اي الى المضارب م مالا اخر ش غير المال الاول فانه لا يوجب انتقاض الاقتسام الاول

م فصل فيما يفعله المضارب ش

انما فصله لانه يذكر فيه ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب م قال القدوري ش ويجوز للمضارب
ان يبيع بالنقد والنسيئة ش اي بالحال والاجل وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي واحمد في رواية ابن ابي ليلى
لا يجوز بغير الاذن لانه ضد مقصود ودليلنا قوله م لان كل ذلك ش اي بالبيع والنقد والنسيئة م من صنيع التجار
ش اي صنع التاجر جمع تاجر ويجمع بالكسر ايضا ولكنه بتخفيف الجيم م فينتظمه ش اي اذا كان كذلك فينتظم البيع بالنقد
والنسيئة دل عليه قوله ان يبيع كما في قوله تعالى اعدلوا هو اقرب للتقوى اي العدل الذي دل عليه اعدلوا م
اطلاق العقد ش هو كونه مقيدا بالعقد م الا ش استثناء من قوله ويجوز للمضارب ان يبيع والاول ان يكون
من قوله فينتظمه اطلاق العقد م اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه ش اي الى ذلك الاجل بان باع الى عشر سنين ونحوها
وقوله لا يبيع التجار جملة في محل الجر صفة الى قوله لاجل فافهم م لانه ش اي للمضارب م الامر العام ش اي الشامل م
اي المعروف ش اي المعتاد م بين الناس ش اراد به ما هو من صنيع التجار والبيع الى اجل طويل غير معتاد فلا ينتظمه الاذن
ولهذا ش توضيح لما ذكره م كان له ش اي للمضارب م ان يشتري دابة للركوب ش لجريان العادة فيه م وليس له
ان يشتري سفينة للركوب ش لعدم جريان العادة فيه هذا في المضاربة الخاص بنوع كالطعام مثلا اما اذا وقعت
المضاربة بنوع بل دفع المال ولم يسم ما يشتري فاشترى سفينة او دابة يحمل عليها مال المضاربة يجوز للاطلاق م وله
ش اي للمضارب م ان يستكريها ش اي يستكري السفينة م اعتبارا لعادة التجار ش فانهم يستكرون السفينة لحمل
البضائع م وله ش اي للمضارب ايضا م ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ش
احترز بالمشهورة عما روى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق العقد لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق ان
المضارب شريك في الربح والماذون لا يصير شريكا فيه م ولو باع ش اي المضارب شيئا م ثم اخر الثمن ش اي من
المشتري بعيب او بغيره جاز بالاجماع ش اراد به اجماع اصحابنا م اما عندهما ش اي عند ابي حنيفة ومحمد م فلان الوكيل
يملك ذلك ش اي الوكيل بالبيع يملك تاخير الثمن عن المشتري م فالمضارب اولى ش بالجواز لان ولايته اعم لانه شريك
في الربح او بعرضيته ان يصير شريكا فكان اصيلا م من وجه الا ان المضارب لا يضمن ش هذه اشارة الى الفرق بينهما
وهو ان المضارب اذا اخر الثمن لا يضمن لرب المال م لان له ش اي للمضارب م ان يقايل ش اي البيع م ثم يبيع
ش اي بعد الاقالة م نسيئة ش اي بالدين لانه لما كان يملك البيع نسيئة ابتداء يملك ذلك بواسطة الاقالة م ولا كذلك ش
اي ليس كذلك الوكيل ش اي بالبيع م لانه لا يملك ذلك ش اي الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها وها هنا شيئان الاول
ان الاشارة الى الاقالة والبيع الدال عليهما قوله ان يقايل ثم يبيع والثاني ان تذكير الاشارة باعتبار المذكور م واما
عند ابي يوسف فلانه ش اي فلان المضارب م يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل فانه لا يملك الاقالة ش
فلذا لا يملك تاجيله في الثمن فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله م ولو احتال ش اي المضارب اذا قبل الحوالة م بالثمن
على الايسر او الاعسر ش اي على رجل ايسر من المشتري او اعسر منه م جاز ش اي الاحتيال اي الحوالة وتذكير الفعل باعتبار
لان الحوالة من عادة التجار ش لانه متعارفة بينهم وهم يحتاجون اليها م بخلاف الوصي حيث ش اي حال كونه يحتال م

بال

بال اليتيم حيث يعتبر فيه ش اي في هذا الحكم م الانظر ش في حق الصغير م لان تصرفه مقيد بشرط النظر ش ولا نظر في
قبول الحوالة على الاعسر والاب كالوصي م والاصل ش فيما يجوز للمضارب ان يفعله وما لا يجوز اي ما يفعله ش اي
المضارب م ثلاثة انواع نوع ش اي احدها نوع م يملكه ش اي هذا النوع ما يكون من باب المضاربة وتوابعها
ش اي توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان ونحوها على ما يجيء الان م وهو ما ذكرنا من قبل
ش اشار به الى قوله ان يبيع بالنقد والنسيئة والاذن لعبد المضاربة وتاخير الثمن والاحتيال به م ومن جملته ش اي
جملة ما يملكه بمطلق العقد م التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه ش اي الى التوكيل م والرهن والارتهان لانه ش اي لان
احدهما وهو الرهن م ايفاء ش لما عليه م واستيفاء ش والاخر وهو الارتهان استيفاء لحقه م والاجارة والاستيجار والايداع
والابضاع والمسافرة ش كلها مرفوع عطفا على قوله والارتهان م على ما ذكرنا من قبل ش اشارة الى ما ذكر في اول الكتاب
قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع م ونوع ش اي
الثاني نوع م لا يملكه ش اي المضارب م بمطلق العقد ش اي عقد المضاربة م ويملكه ش اي يملك هذا النوع م اذا قيل له ش
اي للمضارب بان قال له رب المال م اعمل برايك ش للتفويض العام وهو ش اي هذا النوع م ما يحتمل ان يلحق به ش اي بالنوع
الاول فيلحق ش اي النوع الثاني بالاول م عند وجود الدلالة ش وهو قوله م اعمل برايك وذلك ش اي اشارة الى ما ذكر
من قوله وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة م مثل دفع المال مضاربة ش اي مثل دفع المضارب مال المضاربة
الى غيره مضاربة لوجود الدلالة على ان هذا مثل الاول اي النوع الاول وهو قوله اعمل برايك م او شركة الى غيره ش
اي او مثل دفع مال المضاربة شركة الى غيره م وخلط مال المضاربة ش بالجر عطفا على المال في دفع المال اي ومثل دفع مال
المضاربة شركة الى غيره خلط المضارب مال المضاربة م بماله ش اي بمال نفسه م او بمال غيره ش هذا الفعل يكون هذا
ملحقا بالنوع الاول لاحتمال الالحاق عند وجود الدلالة م وهو ش اي دفع المال مضاربة الى غيره او دفعه شركة الى غيره
او خلط مالها بماله او بمال غيره م امر عارض ش اي امر زائد على ما تقوم به التجارة م لا تتوقف عليه التجارة ش لعدم العرف
به م فلا يدخل تحت مطلق العقد ش اي اذا كان كذلك فلا يدخل هذا النوع تحت مطلق العقد لان رب المال لم يرض به
م ولكنه ش اي ولكن ما ذكر من الامور م جهة في التثمير ش اي وجه وطريق في التثمير م اي تثمير المال ش اي زيادته م من هذا الوجه
موافقه ش اي من جهة تثمير المال فيه يوافق ما ذكر من الامور عقد المضاربة م فيدخل فيه ش اي فيدخل ما ذكر من الامور
في عقد المضاربة م عند وجود الدلالة وهو قوله اعمل برايك اعمالا لمقتضى العموم اشار اليه بقوله م وقوله اعمل برايك
دلالة على ذلك ش اي وقول رب المال في عقد المضاربة للمضارب اعمل برايك دلالة على دخول ما ذكر من الامور
في العقد م ونوع ش اي النوع الثالث م لا يملكه ش اي المضارب م لا بمطلق العقد ولا بقول رب المال اعمل م الا ان ينص
عليه رب المال ش لانه ليس من المضاربة ولا يحتمل ان يلحق بها م وهو الاستدانة ش اي النوع الثالث الذي لا يملكه ايضا الا
بالتنصيص عليه وهو الاستدانة م وهو ان يشتري ش اي الاستدانة ان يشتري وذكر الضمير لتذكير الخبر وهو قوله ان
يشتري وان مصدرية والمعدنين وهو الشراء م بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال السلعة ش يعني اشترى
شيئا باحد النقدين بالدين بعد ان اشترى براس المال المتاع وفي شرح الطحاوي ولو اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من
مال المضاربة من جنس ذلك الثمن الذي اشترى به فيكون استدانة ولو اشترى سلعة في حال قيام راس المال بثمن دين من
جنس راس المال او من خلافه بعد ان يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة جاز الذي على المضاربة ولا يكون استدانة وقال زفر
اذا اشترى خلافه يكون استدانة وفي الايضاح وان اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة الالف
للمضاربة وما زاد فللمضارب ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصته م وما اشبه ذلك
ش لان كان راس المال الف درهم فليس له ان يشتري بالمكيل او بالموزون لانه اشترى بغير راس المال فكان هذا استدانة فلا
يقع عن المضاربة ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس الواحد في الثمنية م لانه
ش اي الشان م يصير المال ش اي رب مال المضاربة م زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى ش اي رب المال م به ش
اي بذلك الزائد م ولا تنشغل ذمته بالدين ش ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشتري ش بفتح الراء م بينهما ش
اي بين رب المال والمضارب م بمنزلة شركة الوجوه ش ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما فيه راس المال فصار شركة بينهما
كشركة الوجوه واذا كان بينهما لان اطلاق الشركة يقتضي التساوي م واخذ السفاتج ش بالرفع عطف على قوله وهو الاستدانة
اي النوع الذي لا يملك المضاربة بدون التنصيص عليه الاستدانة واخذ السفاتج وهي عبارة عن قرض يستفاد به سقوط
خطر الطريق وهي جمع سفتجة قال صاحب المغرب وهو بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا
القرض به لاحكام امره م لانه نوع من الاستدانة ش فلا يملكها المضارب الا بالتخصيص م وكذا اعطاؤها ش اي وكذا

من النوع الذي لا يملك المضارب بدون التنصيص عتق العبد من مال المضاربة سوا كان بمال او بغير مال ش لانه ليس من
التجارة م والكتابة ش بالربح ايضا لانه ش اي لان المذكور من العتق بنوعيه والكتابة م ليس بتجارة ش لان هذه
الاشيا بترجمات م والاقراض والهبة والصدقة ش كلها بالربح م لانه ش اي لان المذكور من العتق بنوعيه والكتا
م ليس بتجارة وهو الاشيا الثلاثة م متبرع محض ش فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص م قال ش اي القدوري
م ولا يزوج امة ولا عبدا من مال المضارب ش قيد لانه لا يجوز من غيره بلا خلاف وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه
من باب الاكتساب الا يرى انه ش اي ان المضارب م يستفيد به ش اي بتزويجها م المهر وسقوط النفقة ش
اي عن المضارب م ولهما ش اي ولابي حنيفة ومحمد م انه ش اي تزويج الامة م ليس بتجارة والعقد ش اي عقد
المضاربة م لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار ش اي تزويج الامة م كالكتابة والاعتاق على مال فانه ش اي فان
كل واحد من الكتابة والاعتاق على مال م اكتساب ش حيث يحصل فيه المال م ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت
المضاربة لذا هذا ش اي تزويج الامة وان كان فيه مال ولكن ليس بتجارة م قال ش اي في الجامع الصغير وفي
بعض النسخ لفظه قال بل قوله فان دفع بالفا التفريعية وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في من دفع
الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها الى رب المال بضاعة فباع رب المال بها واشترى قال
هي على حالها قوله م فان دفع ش اي المضارب بعضها الى رب المال بضاعة فباع رب المال بها واشترى قال هي
على حالها قوله فان دفع ش اي المضارب م شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة ش اي حال كون الشي بضاعة
وههنا شيان الاول ان قوله شيئا وان كان يوهم ان حكم دفع كل المال بضاعة بخلاف ذلك فليس كذلك لان الحكم
فيهما سوا نص عليه في الذخيرة وفي المبسوط م الثاني فيد بدفع المضارب لان رب المال لو اخذه من منزل المضارب
بغير امره وباع واشترى وان كان راس المال ناضا فهو نقض المضاربة وان صار عرضا لا يصير نقضا لانه يمكن
ان يجعل معينا لانه يكون عاملا لغيره م فاشترى رب المال وباع فهو ش اي الذي اشترى وباع واشترى وان كان
راس المال على المضاربة يعني لا تفسد المضاربة بذلك م وقال زفر تفسد المضاربة بذلك لان رب المال متصرف
في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه ش لان المرء انما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره م فيصير ش اي رب المال م مستردا ش
له وبه تنتقض المضاربة م ولهذا ش اي لو صح الى ما قبله م لا يصح ش اي عقد المضاربة م اذا شرط العمل ش اي في
رب المال م ابتدا ش اي في ابتدا المضاربة م ولنا ان التخلية ش اي بين المال وبين المضارب م قد تمت ش بتسليمه م الى
وصار التصرف ش من رب المال م حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه ش اي عن المضارب م في التصرف ش كما لو
وكل اجنبيا م والابضاع ش اي ابضاع المضارب رب المال م توكيل منه ش اي من المضارب م فلا يكون ش اي الابضاع
م استردادا ش اي لماله لتنتقض به المضاربة فان قيل الابضاع هو ان يكون المال للمبضع والعمل من الاخر وليس البضع
ههنا مال فكيف يتحقق الابضاع قلنا الابضاع هو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال يصح معينا له لانه اشفق
الناس اليه تصرفا فيصح الاستعانة كما يصح من الاجنبي فان قيل الاجنبي عامل في ملك الغير فيصلح معينا ورب المال يعمل
في ملك نفسه فلا يصلح معينا وهذا لو استاجر خياطه واستعار الاجر بالمستاجر في الخياطة لا يستحق المستاجر الاجر لان
عمله لا يتحول الى المستاجر فينبغي ان لا يكون للمضارب في هذا الربح نصيب قلنا في المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا
ومعنى الشركة راجح بل المقصود هو الشركة وهذا لو عمل ولم يربح لا يستحق له شي وفي الشركة يستحق احد الشريكين الربح بعمل
صاحبه واذا كان كذلك صلح رب المال معينا اما في الاجارة يستحق الاجر بالعمل وعمل الاجير لا يتحول اليه فافهم م بخلاف
شرط العمل عليه ش اي على رب المال وهذا جواب عن قوله ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتدا م في الابتدا ش اي في ابتدا
عقد المضاربة ش اي لان اشتراط العمل عليه في الابتدا م يمنع التخلية ش اي بين المال والمضارب م وبخلاف ما اذا دفع
ش اي المضارب م المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح ش اي عقد المضاربة الثانية لان المضاربة تنعقد شركة على مال
رب المال وعمل المضارب لان المضاربة هي عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الاخرين م ولا مال هنا ش
يعني من جانب المضارب م فلو جوزناه ش اي عقد المضاربة الثانية م يؤدي الى قلب الموضوع ش اي عكسه وهو جواز
المضاربة بدون المال م واذا لم يصح ش اي عقد المضاربة الثانية م بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به
ش اي بدفع المال الى رب المال في المضاربة الثانية م المضاربة الاولى ش كالرهن في يد الراهن بالعارية لا
يبطل حق المرتهن وعقد الرهن فكذا لا يبطل المضاربة الاولى كما لو دفعه اعانة م قال ش اي في الجامع الصغير م واذا عمل
المضارب في المصر فليست نفقته في المال ش لعدم الاحتباس على ما يجي م وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه
ش بفتح الرا وهو ما يركب عليه قال الله تعالى فمنها ركوبهم م ومعناه ش اي معنى ركوبه اي معنى كون ركوبه في المال

يها

م راو كرا ش اي من حيث الشرا ومن حيث الكرا اراد ان المضارب في السفر له ان يركب اما بشرا دابة او بكرا
م في المال ش اي مال المضاربة وهو ظرف الجميع والشرط ان يكون ذلك كله بالمعروف وبه قال مالك وابو ثور
والحسن والنخعي والاوزاعي واسحق وقال الشافعي واحمد نفقته في مال نفسه في صورة يجوز له السفر اي
بالاذن وبه قال ابن سيرين وحماد ابن ابي سليمان م ووجه الفرق ش اي بين ما اذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في
مال المضاربة بين ما اذا عمل في السفر حيث تجب فيه اي النفقة تجب بازا الاحتباس م كنفقة القاضي ونفقة المراة
ش لان القاضي محبوس لمصالح العامة والمراة محبوسة في منزل الزوج م والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي
ش لا للمضاربة م واذا سافر صار محبوسا ش بالعمل للمضاربة م فيستحق النفقة فيه ش اي في مال المضاربة لاجل الاحتباس
م وهذا ش اي هذا الحكم م بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة ش لكونه يعمل ببدل فكان البدل واجب له
مطلقا م فلا يتضرر بالانفاق من ماله ش اي من مال نفسه لانه عامل ببدل مضمون في ذمة المستاجر وذلك عوض
له بيقين بخلاف المضارب فانه غير مستوجب بدلا بل حقه في ربح عسى يحصل وعسى لا يحصل فلا بد ان يجعل له بازا
ما عمله في المشقة شيئا معلوما اشار الى هذا المعنى بقوله م اما المضارب فليس له الا الربح وهو ش اي الربح م في حيز
التردد ش يعني بين ان يكون وبين ان لا يكون ش فلو انفق من ماله م يتضرر به ش اي بالانفاق من مال نفسه كالرجل
اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روي عن محمد ذلك م وبخلاف المضاربة الفاسدة ش حيث لا نفقة
فيها م لانه ش اي لان المضارب في المضاربة الفاسدة م اجير فلا نفقة له وبخلاف البضاعة لانه متبرع ش اي بالعمل
فلا تجب له النفقة م وقال ش لو لم يذكر لفظة قال لكان اصوب لان المسئلة لم تذكر في الجامع الصغير ولا في القدوري
ولهذا لم يذكرها البداية وانما ذكرت المسئلة في المبسوط م فلو بقي في يده ش اي في يد المضارب م بعد ما قدم
مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ش ولانها ينتهي بانتهاء علته وذلك عن الحاج كالغير اذا بقي معه شي
من النفقة بعد رجوعه يجب عليه رده وكالمولى اذا نقل الامة المبوأة للخدمة وبقي شي معها من النفقة كان للزوج ان
يسترد ذلك منها كذا في المبسوط م ولو كان خروجه ش اي خروج المضارب من بلده م دون السفر ش وهو مسيرة ثلاثة
ايام م فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر ش لان اهل السوق يخرجون في المصر ثم
يبيتون في منازلهم م وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة ش فصار كالخروج
للسفر م والنفقة ش اشارة الى تفسير النفقة الواجبة للمضارب م هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة ش اي الثابتة اللازمة
التي لابد منها م وهو ش اي الذي يصرف الى الحاجة الراتبة م ما ذكرنا ش اراد به ما ذكره فيما قبل من طعامه وشرابه
وكسوته وركوبه م ومن ذلك ش اي من الذي يصرف الى الحاجة الراتبة م غسل ثيابه ش لانه ضروري وكذا اجرة الحمام
والحلاق نص عليه في الفوائد الظهيرية والقياس يابى ذلك لانه لا يحتاج اليها في عموم الاوقات ولكن هذا من
صنع التجار حيث ينظفون بازالة الوسخ وقص الشارب وحلق الراس ليزداد رغبات الناس في المعاملات معهم قال الاس
لسان اذا كان وسخ الثياب طويل الشعر بعيد المغالين عادة فيقل معاملوه فصارت هذه الاشيا كالنفقة الراتبة وكذا ثمن
الحرض والصابون دون الحمام والفصاد م واجرة اجير يخدمه ش اي يخدم المضارب لانه ضروري م وعلف دابة يركبها
والدهن ش بفتح الدال وهو مصدر من دهن يدهن فيها والمراد استعمال الدهن كالزيت والسيرج ونحوهما م في موضع يحتاج
اليه ش اي الى الدهن م كالحجاز لانها حارة يحتاج اهلها الى ترطيب ابدانهم بالدهن م وانما يطلق ش يعني يجوز م في جميع
ذلك ش من الذي ذكره وجعله من الراتبة م بالمعروف ش اي بقدر دفع الضرورة بلا اسراف م حتى يضمن الفضل حتى جاوزه
ش اي المعروف م احتسابا للمتعارف ش اي المعتاد م فيما بين التجار ش لان صنيعهم هو الاصل في هذا الباب م قال ش اي
القدوري في الجامع الصغير م اما الدوا ش اي ثمنه م ففي ماله ش اي في مال المضارب م في ظاهر الرواية ش قال الاترازي
تبين في ذكره تيسيرا به لوجهين لانه رواية الجامع الصغير وما ذكره كله ظاهر الرواية ولانه ذكر بعد هذا وعن ابي حنيفة
انه يدخل في النفقة فيفهم عنه اشارة انه ظاهر الرواية لان كلمة في تستعمل في غير ظاهر الرواية فلما اذا كان نادرا قلت
دلالة عن على المذكور او ظاهر الرواية بطريق الالتزام وقيد بظاهر الرواية ليدل بالتصريح وهذا افاد حليلا من الفائدة
م وعن ابي حنيفة ش وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة م انه ش اي ان ثمن الدوا رواية غير الظاهر لهذا الاعتبار والا
كالرواية م يدخل في النفقة لان صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به ش اي باصلاح البدن م فصار كالنفقة ش فيجب
في مال المضاربة م وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدوا ش اي وان الحاجة الى الدوا م بعارض المرض
فلذا يمرض وقد لا يمرض فلم يكن لازما م ولهذا ش اشار به الى بيان الفرق بين النفقة والدوا م كانت نفقة الزوج ش لانها

معلوم الوقوع م ودواهما في ماهاش لانها غير معلوم الوقوع فلا يقع ذلك لا يتبع م قال ش اي في الجامع الصغير م واذا ربح
احذ رب المال ما انفق من راس المال ش اي الذي انفق المضارب من راس المال لا يرفعه رب المال اولا ثم يقسم الربح لان
يعني لان قسمة الربح انما شرعت بعد تسليم راس المال م قال ش اي في الجامع الصغير م فان باع ش اي المضارب م المتاع
مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ش بضم الحا مصدر بمعنى الحمل م ونحوه ش كاجر السمسار والقصار والصباغ
لكن لا يقول اشتريته بكذا احترازا عن الكذب بل يقول يقوم علي بكذا كما بين في المرابحة م ولا يحتسب ما انفق على نفسه
لان العرف جار ش بين التجار م بالحاق الاول ش اراد به ما انفق على المتاع من الحمل ونحوه واراد بالالحاق الحاقه براس
المال م دون الثاني ش اراد به ما انفق على نفسه لان التجار لم يتعارفوا الحاق ما انفقوا على انفسهم براس المال
م ولان الاول ش اي الانفاق على المتاع م يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة ش كالصبغ والقصر ونحوهما
فانه يوجب زيادة في عين المتاع وكالحمل فانه يوجب زيادة في القيمة لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن م قال
ش اي في الجامع الصغير م وان كان معه ش اي مع المضارب م الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من
عنده ش اي من عند المضارب م وقد قيل له اعمل برايك م فهو متطوع ش اي المضارب متبرع في الانفاق م لانه ش اي
لان هذا الصنيع م استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال ش يعني قول رب المال له اعمل برايك م على ما مر ش
وعند قوله ونوع لا يملكه الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وفي المنتقى رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالالف كله طعاما وحمله في السفينة فهو متطوع
في الكرا ولو كان اشترى بتسعمائة منها طعاما وبقيت في يده مائة فاداها في الكرا ولم يكن متطوعا وباعه مرابحة على
الكرا م فان صبغها ش اي فان صبغ المضارب الثياب المذكورة م احمر ش صبغا مصدر لمحذوف اي صبغا احمر م فهو
ش اي المضارب م شريك ش اي لرب المال م بما زاد الصبغ فيه م لانه اي لان الصبغ م عين مال قايم ش اي بالمصبوغ
دل عليه فان صبغها ولذا الضمير في فيه يرجع الى المصبوغ وفي الحقيقة يرجع الى الثياب ولكنه لما ذكره اوليناه هكذا
م حتى اذا بيع ش اي المصبوغ المذكور م كان له ش اي للمضارب م حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة ش
حتى اذا كانت قيمة الثوب الفا ومصبوغ الفا ومائتين كان الالف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ
فان قلت فما حكم ساير الالوان ولم خص الحمرة قلت السواد نقصان عند ابي حنيفة واما ساير الالوان
كالحمرة ذكره شيخ الاسلام في الجامع الصغير وقال في المحيط وان صبغها المضارب بعصفر او زعفران او صبغ اخر
في الثوب فان كان رب المال قال له اعمل فيه برايك كان صاحب الثوب بالخيار فان شا ضمن المضارب قيمة ثوبه ابيض
وان شا احذ الثياب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ يوم الخصومة لا يوم اتصل بثوبه كما في الغصب وهذا اذا لم يكن في
مال المضاربة فضل فاما اذا كان فيقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه فان لم يفعل رب المال شيئا من
ذلك حتى باع المضارب جاز بيعه وبرئ من الضمان ولم يكن لرب المال ان يمنعه من البيع واذا جاز بيعه ينظر بعد ذلك ان
باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها المصبوغة فتفاوت ما بينهما
يكون للصبغ حتى اذا كان فيه الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها المصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون فيه الصبغ حتى اذا كان
قيمة الثياب غير مصبوغة الفا وقيمتها مصبوغة الفا ومائتان فالالف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه وان باعها
مرابحة فان هذا الثمن يقسم على الثمن الذي اشترى المضارب الثياب به وعلى قيمة الصبغ الذي صبغ المضارب به م ولا
القصارة ش بفتح القاف لان القصارة بالكسر حرفة القصار وبالفتح فعله من قصر الثوب اذا بيضه م والحمل ش اي
حمل المتاع م لانه ش اي لان كل واحد من القصارة والحمل م ليس بعين مال قايم به ش اي بالثوب حتى يكون بازائه بعض
الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربة وانما قال ليس بعين مال قايم لانه في الحمل ظاهر واما في القصارة فلانها تبقي الثوب لا
تزيد فيه شيئا وتبقي الابيض على ما كان اصله م وهذا ش اي نوع ما قاله من الفرق م بخلاف الغاصب ضاع ش اي
يعني لو قصر الغاصب الثوب الذي غصبه ضاع فعله حتى لو ازدادت قيمته للمالك ان ياخذه مجانا م ولا يضيع ش
فعل الغاصب م اذا صبغ المغصوب ش حتى اذا صبغه احمر او اصفر لم يكن للمالك ان ياخذه مجانا بل يخير رب المال ان
شا احذ الثوب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شا اعطاه قيمة الثوب
ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه م واذا صار ش اي المضارب م شريكا ش اي لرب المال م بالصبغ انتظم ش
يعني انه شمله المضارب م قوله ش اي قول رب المال م اعمل برايك ش يعني ان قوله له اعمل برايك يكون متناولا
احمر م انتظامه الخلطة ش اي كانتظام قوله اعمل برايك الخلطة يعني خلطه مال المضاربة بمال نفسه او بمال الغير

وانتصاب

وانتصاب الانتظام بنزع الخافض وهو مصدر مضاف الى فاعله وهو الضمير الذي يرجع الى قوله اعمل برايك وقوله الخلطة
بالنصب مفعوله م فلا يضمنه ش اي اذا كان كذلك فلا يضمن المضارب الثوب بالصبغ لان الشركة والخلطة باذن رب
المال وبه قال مالك وقال الشافعي يضمنه وان قال له اعمل برايك واذا لم يقل له اعمل برايك يصير غاصبا فيضمن

م فصل اخر ش

اي لما كانت مسايل هذا الفصل متفرقة ذكرها بفصل على حدة ولما لم تكن من اصل مسايل المضاربة التي لا بد منها ل
المضارب اخر ذكرها م قال ش اي في الجامع الصغير م فان كان معه ش اي مع المضارب م الف بالنصف فاشترى بزا
ش اي بفتح البا الموحدة وتشديد الزاي المعجمة قال محمد في الجامع الصغير عند اهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا
ثياب الصوف والخز م فباعه ش اي البز م بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما ش اي الالفين م حتى ضاعا
ش اي الالفين م يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع المال للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة
ش لان المضارب لما باع البز بالفين ظهر الربح بقدر الالف فيملك المضارب نصفه وهو خمسمائة فان اشترى
بالالفين عبدا صار ربع العبد له وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا هلك الثمن كان ما يخص الربع على المضارب وما
يخص ثلاثة الارباع على رب المال م قال ش اي قال المصنف م هذا الذي ذكر ش اي محمد رحمه الله م حاصل الجواب
ش اي جواب المسئلة م لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد م فيجب عليه ش لا ان له ش اي للمضارب م حق
الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين ش اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته وباقي ذلك بقدر ثلاثة
انظر م فيكون عليه ش اي فيكون الثمن كله على المضارب لانه هو العاقد م في الاخرة ش بفتح الهمزة والخا والرا
في الاخر يقال جا فلان باخرة اي باخر م ووجهه ش اي وجه حاصل الجواب م انه ش اي ان الشان م لما نض المال ش
اي نقد ظهر الربح فله اي المضارب م منه ش اي من الربح اي للمضارب من الربح شي او نصيب ثم فسره بقوله م وهو
ش اي الذي ظهر للمضارب من الربح م خمسمائة ش لانه ظهر الربح بقدر الالف وملك المضارب نصفه وهو خمسمائة
م فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتركا بينهما ش اي ربع العبد لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام
الالفين ش اي على الارباع الربع للمضارب وثلاثة لرب المال م واذا ضاعت الالفان وجب عليه ش اي على المضارب
اذ هو العاقد م وله ش اي للمضارب م الرجوع بثلاثة ارباع على رب المال لانه ش اي لان المضارب م وكيل من جهته
ش اي من جهة رب المال م فيه ش اي في شرا هذا العبد م ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه ش
من جهة رب المال اي لان نصيبه م مضمون عليه ش لدخول الربع في ملكه وضمانه م ومال المضاربة امانة ش اي في
يد المضارب م وبينهما ش اي بين المضمون والامانة م منافاة ش فلا يجتمعان واذا كان كذلك يخرج نصيب المضاربة ه
وهو الربع عن المضاربة لكونه مضمونا عليه ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ش اي في ابقا الثلاثة
الارباع على المضاربة ما ينافي المضاربة م لان ضمان رب المال لا ينافي المضاربة م لان ضمان رب المال لا ينافي
المضاربة ش ويكون راس المال الفين وخمسمائة وبه قال بعض اصحابنا واصحاب الشافعي وعندهم راس المال ما دفعه
ثانيا وهو الف وخمسمائة وبه قال احمد ومالك م ولا يبيعه ش اي لا يبيع المضارب العبد المذكور م مرابحة الا على الفين
لانه اشتراه بالفين ش لان عقده وقع على الالفين حين اشتراه م ويظهر ذلك ش اشارة الى خروج ما ذكر قبله وهو
خروج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة وبقا ثلاثة ارباع العبد على المضاربة وظهور الربح بعد ذلك على
ما شرطا م فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف م لان الربع وهو الف للمضارب لانه بدل ملكه
م ويرفع راس المال ش وهو الفان وخمسمائة م ويبقى خمسمائة ربح بينهما ش اي بين المضارب ورب المال نصفين على ما شرطا
م قال ش اي في الجامع الصغير م وان كان معه الف ش اي مع المضارب م فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه
اياه ش اي المضارب م بالف م فانه ش اي فان المضارب م يبيعه م بجوازه ش اي بحكم بصحته م لتغاير المقاصد ش
لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقا العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد م وفيها للحاجة
ش لان لاجل دفع الحاجة م وان كان ش اي هذه واصلة بما قبله يعني هذا البيع قضي بجوازه م وان كان م بيع ملكه ه
بملكه ش اي بيع ملك رب المال بملكه بذلك لان المضارب اشتراه لرب المال لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه
باطل ولكن لما كان حق المضارب يحتمل صح البيع خلافا لزفر م الا ش استثنا من قوله يقضي بجوازه وهو يعني على اني
م لان فيه ش اي في هذا البيع م شبهة العدم ش اي عدم جواز البيع وهذا البطلان لزفر فتمكنت شبهة البطلان فاعتبر
اقل الثمنين في المرابحة على ما يجي الان م ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ش

في المرابحة للاحتياط م ولو اشترى المضارب عبدًا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة
لانه ش اي لان البيع م اعتبر عدمًا في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال ش تحريره ان العقد وقع لرب المال ولم
يقع للمضارب منه الا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما وقع لرب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد
الثاني كما قلنا في المسئلة الاولى م وقد مر في البيوع ش اراد به ما ذكره في باب المرابحة بقوله واذا كان مع المضارب
عشرة بالنصف فاشترى ثوبًا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف م قال ش
اي في الجامع الصغير م فان كان معه ش اي مع المضارب م الف بالنصف فاشترى عبدًا قيمته الفان فقتل العبد
رجلا خطا ش اي قتلا خطا وهو نصب على الحال اي خاطئا وانما قيد بقوله الفان لانه لو كان الفا لم يرجع به على رب
المال بلا خلاف لان رقبته ملكه وان اختار رب المال والربع والمضارب الفدا مع ذلك فله ذلك خلافا للثلاثة م
فثلاثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب لان الفدا مؤنة الملك وقد كان الملك بينهما ارباعًا لانه لما
صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والالف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان ش الاصل انه اذا جنى
العبد الدفع او الفدا فان دفع العبد انتقضت المضاربة لانه زال عن ملكهما بلا بدل وفي جامع المحبوبي لا يدفع
حتى يحضر رب المال والعامل سواء كان الارش مثل قيمة العبد او اقل او اكثر لان الملك مشتركا بينهما كالعبد
المرهون اذا جنى احتياطا لا يدفع الا بحضرة الراهن والمرتهن ولا يشترط حضورهما للفدا الا ان كلا منهما يملكه ولو فداه
المضارب لا يرجع على رب المال لانه ادى دينه وهو غير مضطر فيه فكان متبرعا كالاجنبي وقال الشافعي في
قول احمد في رواية يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا فيكون الفدا عليه على قياس هذا القول م
واذا فديا ش اي رب المال والمضارب خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه ش اشار به
الى ما ذكره من قوله وخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه م ونصيب رب المال
الى قضاء القاضي بالانقسام م يتضمن قسمة العبد بينهما ش لان الخطاب بالفدا يوجب سلامة ما يؤدي للفادي
ولا سلامة الا بالقسمة م والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم ش اراد به ما اذا ضاع الالفان في اول الفصل (?)
حيث لا تنتهي المضاربة هناك بل تبقى على ما كانت م لان جميع الثمن فيه ش اي فيما تقدم م على المضارب وان كان له
حق الرجوع ش اي على رب المال بالف وخمسمائة على ما مر م فلا حاجة الى القسمة م لعدم ما يقتضي ذلك ولان
العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ش لان الموجب الاصلي هو الدفع ودفع الفدا كابتداء الشراء ش اراد باختيارهما
الفدا كانهما اشترياه ابتداء فيكون الفدا عليهما ارباعا ربعه على المضارب وثلاثة ارباعه على رب المال لان الفدا م
مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا فيكون العبد بعد فدائهما م بينهما ارباعا لا على المضاربة
ش لخروج العبد عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام ش لانه عبد مشترك ارباعا م بخلاف ما تقدم
ش اراد به المسئلة التي تقدمت في اول الفصل فان العبد فيها يخدم المضارب يوما وثلاثة ايام للمضاربة لكون
العبد في المضاربة لعدم انتهائها م قال ش اي في الجامع الصغير م فان كان معه ش اي مع المضارب الف فاشترى
بها عبدًا فلم ينقدها ش يعني لم يدفع الالف الى البايع م حتى هلكت ش يعني الالف م يدفع رب المال ذلك الثمن
ش يعني بالف اخرى من عنده يدفعه الى المضارب ليؤدي الثمن م ورأس المال جميع ما يدفع ش وهو الالفان وكذا لو
هلك الالف الثاني قبل الدفع الى البايع يدفع رب المال الفا اخرى وثم ويكون جميع راس المال لان المال امانة في
يده ش اي في يد المضارب لان مبنى المضاربة عليها والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون ش اي استيفاء الحق انما
يكون باستيفاء مضمون فلو جعل قبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامنا وهو امين م وحكم الامانة ينافيه ش اي ينافي
الضمان دل عليه قوله بقبض مضمون فاذا كان كذلك لم يجعل قبضه ثانيا وثالثا الى غير النهاية على جهة الامانة دون
الاستيفاء واذا هلك كان الهلاك على رب المال م فيرجع مرة بعد اخرى ش اي اذا كان قبضه امانة يرجع على رب
المال مرة بعد اخرى وجه هلاك المال بخلاف الوكيل م بشراء عبد بعينه ش اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء ش بان
اعطاه الموكل الفا وقال له اشتر لي عبدا بعينه م وهلك م اي الثمن وهو الالف مثلا بعد الشراء ش اي
قبل ان يدفعه الى البايع م حيث لا يرجع ش اي على موكله م الا مرة ش واحدة م لانه ش اي لان الشان م امكن جعله
اي جعل ما قبضه الوكيل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان ش على ما بين الان بخلاف المضاربة فان مبناها على الامانة
م كالغاصب بعدما صار وكيلا ضمن لانه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة م ثم في الوكالة في هذه الصورة ش اشار
به الى صورة الوكيل يشتري عبدا بعينه ودفع اليه الثمن وهلك قبل الدفع الى البايع م يرجع مرة ش يعني يرجع الوكيل على موكله
مرة واحدة فيما اذا هلك الثمن بعد القبض من الموكل قبل الدفع الى البايع تحريره ان الوكيل اذا اشترى العبد بالف وجب (?)

للبايع

للبايع على الوكيل الثمن ووجب للوكيل على الموكل مثله فان كان الموكل قد دفع اليه الثمن اولا ثم هلك الثمن قبل الشرا
وقبل الدفع الى البايع يرجع الوكيل على موكله بالثمن لان المدفوع اليه قبل الشرا امانة في يده ولم يرجع بعد الشرا بما يكون
مضمونا فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء وان كان قد اشترى ثم دفع اليه
الثمن ثم هلك قبل ان يدفعه الى البايع لا يرجع لان قبضه كان على جهة الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفاه مرة
لم يبق الحق اصلا اشار الى ذلك بقوله م وفيما اذا اشترى ش اي الوكيل م ثم دفع الموكل اليه المال فهلك ش اي عند
الوكيل م لا يرجع ش اي الوكيل على الموكل بشيء م لانه ش اي لان الشان م ثبت له ش اي للوكيل م حق الرجوع ش اي
على الموكل بنفس الشرا فجعل ش اي الوكيل م مستوفيا بالقبض بعده ش اي بقبض الثمن بعد الشرا م اما المدفوع اليه
ش اي الى الوكيل م قبل الشرا امانة في هذه الصورة فاذا هلك ش اي المدفوع اليه م يرجع عليه مرة ش اي يرجع
الوكيل على موكله مرة واحدة م ثم لا يرجع بعد ذلك اصلا عند الهلاك ش لوقوع الاستيفاء م على ما مر ش اشار به الى
ما ذكره من قوله لانه يثبت له حق الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفيا بالقبض بعده وذكر الامام المحبوبي هنا
فرقا اخر وهو ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده واما المضارب فلا ينعزل بالشرا
فيتصرف في كل مرة لرب المال ويرجع عليه في كل مرة قلت هذا من المواضع التي يفارق فيها المضارب الوكيل على ما ذكرنا
في اوايل فصل العزل م فصل في الاختلاف ش اي في بيان اختلاف رب المال والمضارب ولما كان الاتفاق اصلا
والاختلاف عارضا اخره عن الاصل م قال ____ ش اي في الجامع الصغير م فان كان مع المضارب الفان فقال
ش اي المضارب م دفعت ش يخاطب به رب المال بقوله انت دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال
لا ش اي ليس كما ذكرت م بل دفعت اليك الفين ش مضاربة م فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رضي الله
عنه يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح م وهو ش اي رب المال
ينكر والقول قول المنكر ثم رجع ش اي ابو حنيفة رحمه الله الى ما ذكر في الكتاب ش اراد به الجامع الصغير م لان الا
خلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ش قيد به لان الاختلاف اذا كان في الصفة فالقول لرب المال على ما يجي م وفي
مثله ش اي وفي مثل الاختلاف في مقدار المقبوض م القول قول القابض ضمينا كان ش اي القابض كالغاصب م
او امينا ش او كان امينا كالمودع وقال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم ان القول للعامل وعن الشافعي
في واحد اذا كان في المال ربح تحالفا والاصح هو الاول لانه ش اي لان القابض م اعرف بمقدار المقبوض ش لانه فعل
نفسه فاذا كان القول قول الضمين في ذلك فالامين بطريق الاولى الا ترى انه لو انكر اصل القبض كان القول له فكذا
في قبض بعضه كذا في الايضاح م ولو اختلفا ش اي رب المال والمضارب ذكر هذا تفريعا على ما تقدم م مع ذلك ش اي
مع اختلافهما في المقبوض م في مقدار الربح ش لجريان التعلق باختلاف صورته فقال رب المال راس المال الفان وشرطت لك
ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف الربح م فالقول فيه ش اي في الربح م لرب المال ش
لان القدر للمضارب وعليه نص احمد وهو قول مالك وابو ثور وابن المنذر وقال الشافعي تحالفا كالمتبايعين قلنا اليمين
على المنكر بالحديث والمضارب يستحق ما يستحق بالشرط فكان مدعيا بالشرط بخلاف المتبايعين لان كل واحد منهما مدعي ومنكر
م لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ش اي من جهة رب المال لانه يعلم بشرطه وهو منكر للشرط م وايهما
اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينة للاثبات ش اما رب المال فلانه يدعي فضلا في راس ماله فتقبل بينته
م ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا فقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب
المال ش هذه من مسائل الجامع الصغير وانما يكون القول قول رب المال م لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا
من جهته ش اي او يدعي شرطا من جهة رب المال م يدعي ش اي المضارب م الشركة ش اي في ماله م وهو ش اي رب
المال م ينكر ش اي والقول قول المنكر ولو قال المضارب اقرضتني ش هذا المال م وقال رب المال هي بضاعة
او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك من جهته م وهو ش اي
رب المال م ينكر والقول قول المنكر بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض والمضارب يدعي المضاربة حيث تكون البينة
بينة رب المال والقول للمضارب لانهما اتفقا ان الاخذ كان باذنه ورب المال يدعي ضمانا والمضارب ينكر فالقول له
والبينة للمدعي ذكره في الايضاح م ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول
للمضارب ش وفي دعوى العموم مع يمينه م لان الاصل فيه ش اي في باب المضاربة م العموم والاطلاق ش فيكون
القول لمن يتمسك بالاصل وبه قالت الثلاثة وقال زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته م والتخصيص
يعارض الشرط ش اي تخصيص المضاربة بنوع يستفاد من الشرط من جهة رب المال والا فالاصل التعميم كما ذكرنا وهذا

لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك جميع انواع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد
الا بالتخصيص كما في الوكالة م بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ش ولا يثبت فيها العموم الا بالتنصيص وانما ذكر
الضمير في فيه مع انه راجع الى الوكالة اما باعتبار التوكيل واما باعتبار كالمضارب اي لان الاصل في باب
الوكالة م ولو ادعى كل واحد منهما نوعا ش بان قال رب المال في البر وقال المضارب في الطعام فالقول
رب المال لانهما اتفقا على التخصيص لان كلا منهما يدعي خصوصية نوع ولكن القول من يستفاد الاذن من جهته
وهو اشار اليه بقوله م والاذن مستفاد من جهته ش اي من جهة رب المال والبينة بينة المضارب ش يعني اذا
اقاما البينة كانت بينة المضارب اولى لحاجته ش اي لحاجة المضارب م الى نفي الضمان ش عن نفسه م وعدم
حاجة الآخر ش اي وعدم حاجة الآخر وهو رب المال م الى البينة ش لعدم الضمان من جهته قالوا لنا في هذا كلام
يتأمل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده لان رب المال يحتاج ايضا الى اثبات ما ادعاه بل بينة
رب المال اولى بالقول لانها تثبت امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض
كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد وجعل صاحب الذخيرة حكم بينتهما في دعوى الخصوص والعموم واحدا وقال لا
العمل بهما يمكن بان يجعل كانه اذن له بالعموم فان لم توقت البينات وقتا او وقتا على السواء او وقتت احداهما
دون الاخرى فقضى ببينة رب المال لتعذر العمل بهما فيعمل ببينة رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت
م ولو وقتت البينات وقتا م بان قال رب المال دفعته في البر في رمضان وقال العامل في الطعام في شوال
م فصاحب الوقت الآخر اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول ش اي ينسخه فكان الرجوع اليه اولى فروع لو
عين المضارب وجعله اذا ابق على رب المال ظهر ربح او لا بلا خلاف دفع اليه العين وقال اصرف من عندك الفا
يكون الفان بينهما شركة والالف مضاربة بالنصف جاز خلافا لبعض المالكية ويجوز ان يكون الرجل عاملا في المضاربة
لرجل ثم يضارب به آخر وقال احمد لا يجوز اذا كان فيه ضرر على الاول دفع الفا على ان له نصف ربحها جاز بلا خلاف
ولو قال على ان لي نصف ربحها جاز ايضا عندنا وابو ثور خلافا للثلاثة ولو اشترى العامل بالالف امة او عبدا
او بقرا او مكيلا او موزونا يساوي الفين زكى حصته لظهور الربح وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية
وقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمة ولو اشترى امتين او عبدا
وبقرا او برا وشعيرا لا يزكي لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح بلا خلاف ولا
يستغرق في حصته ولرب المال فسخها دفعا للضرر عن نفسه وعند الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح والله سبحانه اعلم

م كتاب الوديعة ش

ذكرها عقيب كتاب المضاربة لان مبناها على الامانة وهي فعيلة بمعنى مفعولة من الودع وهي الترك وشرعا هي
تسليط الغير على حفظ المال اي مال كان بشرط ان يكون قابلا لاثبات اليد عليه حتى لو اودع الآبق او المال الساقط
في البحر او الطائر في الهوى لا يصح وركنها الايجاب والقبول فاذا وضع عند آخر ثوبا مثلا ولم يقل شيئا فذهب
وذهب الآخر وضاع لا يضمن لان هذا ايداع عرفا وكذا لو قال هذا وديعة عندك بخلاف ما اذا قال الآخر
لا اقبل فذهب وذهب الآخر فضاع حيث لا يضمن لانه صرح بالرد ولو القاه الريح في بيته كان قابلا بالكل
فاذا ضاع وكذا لو قال لصاحب الحمام اين اضع ثيابي فقال ثمة فوضعه فسرق يضمن م قال ش اي القدوري
م الوديعة امانة في يد المودع ش بفتح الدال ويقال للمال ايضا مودع بالفتح كما يقال وديعة وما قيل ان الامانة
والوديعة لفظان مترادفان فلا يرتفعان على الابتداء والخبرية الا بطريق التفسير كما يقال الليث اسد والحبس
منع وليس المراد هنا التفسير لجوابه ان هذا من باب الاخبار العام عن الخاص وهو كثير لان الامانة
اعم من الوديعة وقال السغناقي في الاولى ان يقال ان لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان معنى
قوله امانة غير مضمون عليه وتبعه على ذلك الكاكي وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس
كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام م اذا هلكت لم يضمنها ش لان المودع متبرع والتبرع لا يوجب
ضمانا حتى لو سرقت عنده ولم يسرق معها ماله لم يضمن عند اكثر اهل العلم الا عند مالك فانه يضمن للتهمة اذا لم
يسرق معه ماله م لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ش اخرجه
الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ولكن بعدهما المستودع على المستعير فان قلت هذا الحديث ضعيف لان الدارقطني

قال

قال عمرو وعبيدة ضعيفان وانما يروى هذا عن قوله غير مرفوع ثم اخرجه من قول شريح ورواه عبد الرزاق
في مصنفه من قول شريح وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات قلت قول
الدارقطني عمرو وعبيدة ضعيفان جرح بهم فلا يقبل اما عمرو بن عبد الجبار فهو اخو عبيدة لم يضعفه احد فيما
نعلم غير ابن عدي ذكره ولم يزد على قوله له مناكير واما عبيدة فهو بفتح العين وكسر الباء الموحدة ابن حسان السنجاري
ذكره البخاري في تاريخه ولم يذكر فيه جرحا ويؤيده ما رواه ابن ماجة عن مثنى ابن الصباح عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده انه قال من اودع وديعة فلا ضمان عليه ورواه ابن حبان من حديث ابن لهيعة عن عمرو بن
شعيب به واعله ابن لهيعة وابن لهيعة هو عبد الله ابن لهيعة المصري وثقه احمد واثنى عليه والعجب من شراح
الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث ولا سيما الاترازي الذي يدعي بدعاوى عريضة في الحديث
ولم يزد في شرحه على قوله فيه نظر لان ابا عبيدة جعله من كلام شريح في غريب الحديث وكذلك الزيلعي
الذي اخرج احاديث الهداية حيث نسب هذا الحديث الى مخرجه وذكر ما قالوه من الطعن وسكت **قوله** غير
المغل من الاغلال بالغين المعجمة وهو الخيانة والمعنى غير الخائن والغلول الخيانة ولكنه يستعمل في المغنم والاغلال
علال عام م ولان بالناس حاجة الى الاستيداع ش وهو طلب ترك الوديعة عند غيره يقال اودعت زيدا مالا واستودعته
استودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانت مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع
بالفتح فيهما م فلو ضمناه ش اي المودع بالفتح م يمتنع الناس عن قبول الودائع م فيتعطل مصالحهم ش لان كل احد
يمتنع عن قبولها خوفا من الضمان والناس يحتاجون الى ذلك فيؤدي الى ضررهم م قال ش اي القدوري رحمه الله
م وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله نحو زوجته وولده ووالديه واجيره الخاص والاجير مشاهرة
او مسانهة وعبده وامته وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي واشهب المالكي يضمن بالدفع اليهم وفي الكافي المعتبر
في هذا الباب المساكنة لا النفقة حتى لو اودعت المراة ودفعتها الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها
والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يلزمه نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة ولم يشترط في
التحفة الحفظ بالعيال بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه في حرزه وبيده ومن كان ماله في يده نحو الذي
ثني به الاجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد الماذون الذي في يده ماله والشريك المفاوض والعنان وان
لم يكونوا في عياله **وفي الذخيرة** الدفع الى العيال الماذون الذي في يده ماله والشريك المفاوض انما يجوز
اذا كان من في عياله امينا والا فلا يجوز وفي فتاوى ابي الليث رجل غاب وخلف امراته في منزله الذي فيه ودائع الناس
فرجع وطلب الوديعة فلم يجدها فان كانت المراة امينة فلا ضمان على الزوج وان كانت غير امينة وعلم الزوج بذلك ودفع
هذا ترك الوديعة معها يضمن وذكر ابو الليث ايضا في خزانة الفقه لا ضمان على المودع الا في ثلاثة اشياء النقير
ان حطها وخلطها بماله ومنعها من مالكه بعد الطلب ثم قال فيها اربعة يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها
الزوجة والولد والمملوك والاجير ثم قال فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجتك فدفع اليها
او قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في تلك الدار وقال في آخر سرقة الجامع الكبير المودع لو دفع الوديعة
الى عامله يعني الى الذي المودع في عياله وقال الامام الزاهد العتابي هذه الرواية لم توجد الا في هذا الكتاب
يعني في الجامع الكبير م لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا ش
اي فراقا وهو اسم من بد بيده اذا فرقه المصدر بفتح الباء يقول بده بدا م من الدفع ش اي دفع الوديعة م
الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ش في جميع الاوقات لانه يخرج الى قضاء حوائجه واداء ما عليه من الواجبات
م ولا استصحاب الوديعة في خروجه ش اي ولا يمكنه ان ياخذ الوديعة معه عند خروجه من بيته م فكان المالك
ش اي صاحب الوديعة م راضيا به ش اي بحفظها بمن في عياله دلالة وان لم يكن صريحا **وفي الاختيار** ولهذا لا
يصح نهيه يعني اذا نهى المالك ان يحفظها بمن في عياله لا يصح نهيه لما ذكرنا وقال ايضا ولو قال لا تدفعها الى فلان
فيه في عياله ممن لا بد له منه فان لم يكن له عيال سواه لم يضمن وان كان له سواه يضمن لان من العيال من لا يؤتمن
على المال م فان حفظها بغيرهم ش اي فان حفظ المودع الوديعة عند غيرهم اي عند غير من هو في عياله بان خرج من
بيته ونزل الوديعة فيه واستحفظها بغيره م او اودعها عند غيره ش اي عند غير من في عياله بان نقلها من بيته ودفعها
الى اجنبي وديعة م ضمن ش في الوجهين جميعا وما قيل انه كان ينبغي ان لا يضمن بالايداع لانه ذكر فيما قبل لان الظاهر
انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه فكان له استحفاظها كاستحفاظ مال نفسه فجوابه يخرج من قوله
لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة وانما المراد من كلامه الاول انه يحفظ مال نفسه بيده

غالبا فان الغالب م لان المالك رضي بيده ش اي بيد المودع الوثيقة بيده م لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة واما
المراد من كلامه الاول الامانة ش قرب يد يوثق بها المودع ولا يتوثق بها المالك ولهذا على العكس م ولان الشيء لا
يتضمن مثله ش اي لا يستتبع مثله م كالوكيل لا يوكل غيره ش فورد هذا بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب
حيث يجوز للمستعير الاعارة وللمأذون ان يأذن لعبده والمكاتب ان يكاتب عبده حتى اجاز ابن ابي ليلى الايداع ايضا
قياسا على هذا واجيب بان تصرف هؤلاء بالملك لان المستعير مالك للمنفعة وكذا المأذون والمكاتب وكلامنا في غير
م والوضع ش اي وضع المودع م في حرز غيره ايداعه ش اي ايداع المودع الوديعة وهو مصدر مضاف الى فاعله
والمفعول محذوف وارتفاعه على انه خبر عن المبتدأ اعني قوله والوضع وانما كان ايداعا لان الحرز في يد غيره فصار
بالوضع فيه مسلما اليه وهو ايداع فاذا كان ايداعا يكون ضامنا كالايداع الحقيقي م الا اذا استأجر الحرز فيكون
حافظا بنفسه ش لانه بالاستئجار صار الحرز له وان كان الملك لغيره وقد ... استئجار البيوت لحفظ الامتعة م قال ش
استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن م ان يقع في داره حريق ش اي نار ... والصحيح انه اسم
الاحتراق ولم يذكر اهل اللغة انه اسم للنار م فيسلمها الى جاره ش بنصب اللام لانه عطف على ان يقع قال
الحلواني هذا اذا احاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه ان يدفعها الى بعض من في عياله يضمن بالدفع الى الاجنبي م او
يكون ش بالنصب ايضا عطفا الا ان يكون م في سفينة فخاف الغرق ش بفتح العطف وهو عطف الماضي على المضارع
في الصورة وفي نسخة القدوري فخاف الغرق بالمضارع الواقع حالا والغرق مصدر غرق في الماء م فيلقيها الى سفينة
اخرى ش بنصب الباقي فيلقيها عطفا على ان يكون وان عطفته على فان خاف يكون مرفوعا ويكون عطف المضارع
على الماضي م لانه ش اي لان كل واحد من التسليم الى الجار والالقاء في السفينة م تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة
فيرتضيه المالك ش اي لا يصدق المودع على الفعل المذكور م الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق
السبب ش اي سبب الضمان وهو التسليم الى جاره وفي المنتقى هذا اذا لم يعلم ان بيت المودع احترق فاذا علم ذلك
قبل قوله بلا بينة م فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع ش فلا يصدق الا ببينة لانه يدعي سقوط الضمان بعد تحقق
السبب م قال ش اي القدوري م فان طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر ش اي والحال انه يقدر م على تسليمها
ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا ش اي وجوب الضمان لكونه متعديا بالمنع م لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه ش اي
بامساك المودع الوديعة م بعده ش اي بعد الطلب م فيضمنه ش اي اذا كان كذلك فيضمنه اي يضمن الوديعة وانما
ذكر الضمير باعتبار المودع بفتح الدال لانه اسم للوديعة وان جعل هذا من التضمين يعود الضمير الى المطلوب
اعني المودع فيطلب المالك المودع م بحبسه عنه ش اي حبس المودع الوديعة على المالك م قال ش اي القدوري
م وان خلطها المودع ش بفتح الدال اي ان خلط المودع الوديعة م بماله حتى لا يتميز ش بان خلط البر بالبر والدراهم
بالدراهم م ضمنها ش لانه استهلاك على ما يأتي وبه قالت الثلاثة في غير خلط الجنس بالجنس والخلط على اربعة اوجه
خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز فانه لا
يقطع حق المالك بالاتفاق لتمكن المالك من الوصول الى عين حقه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز
كخلط الحنطة مع الشعير فلذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان بالاتفاق لانه لا يصل المالك الى حقه الا بحرج والمتعسر
كالمتعذر ولان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقة ويتعذر ايضا
حكما بالقسمة لاختلاف الجنس فان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجة كخلط الخل
بالخل المهملة ودهن السمسم بالزيت وكل مايع بغير جنسه فيضمن فيه بالاتفاق لانه استهلاك مطلقا وخلط الجنس
مع الجنس كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مع دهن الجوز وخلط اللبن باللبن وخلط الحنطة بالحنطة
والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود فعند ابي حنيفة يضمن وبه قال الشافعي واحمد وعندهما لا ينقطع حق
المالك بل له الخيار ان شاء ضمن وان شاء شاركه وقال مالك شاركه بلا خيار م حتى لا سبيل للمودع ش بكسر الدال
اي صاحب الوديعة م عليها ش اي على الوديعة م عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان
شاء م اي شرك المودع المودع ان شاء بالكسر م مثل ان خلط الدراهم البيض بالبيض ش بكسر الباء جمع
ابيض م والسود بالسود ش بضم السين جمع اسود اي الدراهم السود بالدراهم السود م والحنطة بالحنطة والشعير
بالشعير لهما ش اي لابي يوسف ومحمد م انه ش اي ان المودع بالكسر م لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة ويمكنه
ش اي الوصول الى حقه م معنى ش اي حكما م بالقسمة ش لان القسمة فيما لا يتفاوت احاده افراز وتعيين حتى يملك كل
واحد من الشريكين ان يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضى فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيخير

٥٢٥

م وكان ش اي هذا الخلط م استهلاكا من وجه ش حيث لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه ش اي الوصول
الى حقه م معنى ش لان عين حقه بالصورة والمعنى والتحقيق فيه ان الاستهلاك من العباد التعييب فاما الاعدام المحل ف
بتخليق الله تعالى والتعييب قد وجد فكان متعديا ضامنا لا شريكا فلا يباح له التناول قبل اداء الضمان كذا في البداية
م ولا معتبر بالقسمة ش اي لا اعتبار وهو مصدر ميمي م لانها ش اي لان القسمة م من موجبات الشركة ش اي
احكامها م فلا يصلح ش اي القسمة م موجبة لها ش اي الشركة لانها تنقلب العلة حكما والحكم علة م ولو ابرأ الخالط
ش بنصب الطاء م اي ولو ابرأ المالك المودع الخالط ذكر هذا فائدة للخلاف المذكور م لا سبيل له على المخلوط ش
اي لا يبقى للمبرئ شيء على المخلوط م عند ابي حنيفة لانه لا حق له في الدين وقد سقط م بالابراء ش وعندهما بالابراء سقط
خيرة الضمان ش اي خيار الضمان والخيرة بكسر الخاء وفتح الياء اخر الحروف اسم للاختيار كالطيرة بالكسر اسم للتطير
وهذه الصيغة في المصدر قليلة م فيتعين الشركة في المخلوط ش يعني يتعين شركته بلا خيار م وخلط الخل بالزيت
ش اي خلط دهن السمسم بالزيت وهو بالخاء المهملة كما ذكرناه وارتفاع الخلط بالابتداء م وكل مايع بغير جنسه ش بجر كل عطفا
اي على الخل اي وخلط كل مايع بغير جنسه كالعسل بالدبس والرب بالقطايف والسمن بالدهن م يوجب انقطاع حق المالك
ش هو خبر المبتدأ م الى الضمان ش في محل النصب على الحال اي يوجب انقطاع حق المالك منتهيا الى الضمان م وهذا ش
اي وحكم الضمان ش اي بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو ظاهر وكذا معنى ش اي وكذا استهلاك معنى اي حكما
م لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ش فتعين المصير الى الضمان م ومن هذا القبيل م في الصحيح ش احترز عما روي عن
ان الجواب في خلط الحنطة بالشعير مثل الجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف والصحيح ان حق المالك ينقطع
بالاجماع وقال شمس الائمة البيهقي في كتاب الغصب من الكفاية وروى الحسن في مسئلة خلط الحنطة بالشعير عن
ابي حنيفة مثل قولهما م لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر ش لما في الحنطة حبات الشعير ... ان هذا افساد المخلوط
والحال مع الراسب يمكن ان يكون فيه من حبات حنطة صاحب الشعير وفي الطافي يكون من حبات شعير صاحب
الحنطة م ولو خلط المايع بجنسه ش بان خلط الشيرج بالشيرج او الزيت بالزيت م فعند ابي حنيفة ينقطع حق المالك
الى الضمان لما ذكرنا ش اشار الى ما ذكره من قوله لانه استهلاك من كل وجه م وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا
للاكثر ش فيضمن صاحب القليل للكثير م اعتبارا للغالب اجزاء ش اي من حيث الاجزاء والفرق لابي يوسف بين
خلط المايع بالمايع من خلاف جنسه وبين خلط المايع بالمايع بجنسه فان في خلاف الجنس ينقطع حق المالك بالاجماع ان الكل
التداخل والشيوع في المايعات اكثر فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق معنى الاستهلاك اما في الجنس يعتبر
الاكثر اذ اقلها تابع لما ان الخاصية باقية كذا في الفوائد الظهيرية م وعند محمد شركه بكل حال ش يعني سواء كان احدهما
غالبا او مغلوبا او كانا متساويين لان الجنس لا يغلب الجنس عنده ش اي عند محمد رحمه الله م على ما مر في الرضاع ش من
الصبي اذا شرب لبن امرأتين بان يجعل لبنهما في قدح ثم صب في حلقه فعند ابي يوسف العبرة للاكثر وعند محمد يثبت
الرضاع منهما جميعا م ونظيره ش اي ونظير الحكم المذكور وهو خلط المايع بجنسه م خلط الدراهم بمثلها اذابة ش اي من
حيث الاذابة في النار اراد انه اذا اذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند ابي حنيفة ينقطع حق المالك بكل حال
وابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر في رواية عنه وقال محمد شركه بكل حال على اصله م لانه يصير مايعا بالاذابة
ش في الضمير لانه يرجع الى الدراهم وكان ينبغي ان يقول لانها تصير مايعة ولكن التذكير اما باعتبار الدراهم وذكره
الراد او اما باعتبار المذكور وكل ذلك لا يخلو عن نوع تعسف م قال ش اي القدوري م وان اختلطت ش اي الوديعة م
ش اي بفتح الدال م من غير فعله فهو شريك لصاحبها ش اي لصاحب الوديعة كما اذا انشق الكيسان من داخلهما او تقرض
فارة ونحوه فاختلط المالان وهذا الكلام بيان لقوله من غير فعله م لانه ش اي لان المودع م لا يضمنها ش هذا تعليل
لقوله فهو شريك لصاحبها وكان حق ترتيب الكلام ان يقال وان اختلطت بماله من غير فعله كما اذا انشق الكيسان ف
خلطا فهو شريك لصاحبها لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه ش اي من المودع بالفتح اي الصنع الموجب للضمان قال السغناقي
ولو تكن تفسيره لذلك بان المودع بان جعل دراهم الوديعة في كيس بال ولكن المختلط بينهما بقدر ملكيهما قلت كلامه
يوهم ان الكيس اذا كان جديدا يضمن ولا يكون شريكا وليس كذلك وانما عدم الضمان عدم الصنع منه سواء كان الكيس
جديدا او باليا وفي الكافي للحاكم فان انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان
وان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسمان الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني اذا كان لاحدهما الف وللآخر
الفان يقسمان الباقي بينهما اثلاثا وقال الولوالجي في فتاواه هذا اذا كانت الدراهم صحاحا او مكسرة فان كان دراهم
احدهما مكسرة لا تثبت الشركة بينهما بل يميز مال كل واحد منهما الى المودع فيدفع ماله ويمسك المودع مال نفسه لامكان

بمال المودع صح

التمييز وان كانت دراهم احدهما صحاحا جيادا وفيها بعض الردى ودراهم الاخر صحاحا رديا وفيها بعض الجياد ثبتت
الشركة بين المالين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بين المالين ثم كيف يقتسمان ان يقصد فان كان لكل واحد مال احدهما جيادا
وثلثه ردي وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المال المختلط اثلاثا والردي اثلاثا على قدر ما كان لكل واحد منهما ثلث
الجياد لانهما اتفقا على انه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فياخذان ذلك واختلفا في الثلث الاخر ادعى كل واحد
منهما لنفسه وذلك الثلث في ايديهما في يد كل واحد منهما نصف الثلث وهو سدس الكل فيكون القول قول
كل منهما فيما في يده ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه فان حلفا برئا عن الدعوى وترك المال في ايديهما كما كان وان نكلا
قضي لكل منهما بنصف الثلث وهو السدس يعني سدس الكل الذي في يد صاحبه وكذلك لكل منهما بينه وان حلف احدهما
ونكل الاخر يرى الحالف فيرد الناكل بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يده الى صاحبه م فيشتركان ش اي المودع
والمودع م وهذا بالاتفاق ش اي الحكم المذكور بالاتفاق بين علمائنا فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل
في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة م قال ش اي القدوري م فان انفق المودع بعضها ش اي بعض
الوديعة م ثم رد مثله ش اي مثل ما انفق فخلطه بالانفاق ورد المثل لانه لو اخذه لاجل الانفاق ثم رده قبل الا
نفاق لم يضمن لانه ان خالف عاد الى الوفاق كذا في المبسوط وقال الشافعي في قول ومالك في قول يضمن الكل
وكذا لو انفق البعض ولم يرد شيا يضمن الكل عندهما وعندنا يضمن ما انفق لان الغرامة بقدر الجناية م خلطه بما
بقي ضمن الجميع ش لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا م على الوجه الذي تقدم ش وفي الذخيرة هذا اذا لم
يجعل علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة اما اذا جعل بحيث يتاتى التمييز لا يضمن الا ما انفق وقال الشافعي
في قول لا يضمن الا ما انفق في الوجهين وبه قال ابن القاسم المالكي واحمد وقال الربيع يضمن الجميع اذا لم يتميز
م قال ش اي القدوري م واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه
او اودعه غيره ش اي اودع الوديعة عند غيره م ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان انما قال زال لان
الضمان واجب عليه بنفس الركوب حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف **وفي التحفة** في المستاجر
والمستعير اذا خالفا ثم تركا الخلاف يبقى الضمان وعند بعضهم هو بمنزلة المودع وفي خلاصة الفتاوى وفي الاجارة
والاعارة للاصح انه لا يبرا عن الضمان بالعود الى الوفاق ش وقال الشافعي لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع
حين صار ضامنا للمنافاة بين كونه ضامنا امينا واذا ثبت كونه ضامنا انتفى كونه امينا وهو موجب العقد فارتفع
العقد فلا يعود الا بسبب جديد م فلا يبرا الا بالرد على المالك ش فلم يوجد ويضمن وبه قال مالك في رواية واحمد
وفي رواية ابن القاسم واشهب يبرا لقولنا م ولنا ان الامر ش اي بالحفظ م وهو الايداع م باق لاطلاقه ش اي
لاطلاق الامر لان قوله احفظ هذا المال يتناول جميع الاوقات بعد الخلاف وقبله وارتفاع حكم العقد ش جواب
عن قول الشافعي لان عقد الوديعة قد ارتفع وحكم العقد هو الحفظ وارتفاعه على الابتدا اوجزه قوله م ضرورة
ثبوت نقيضه ش اي لاجل ضرورة ثبوت نقيض حكم العقد لان ابطال الشي بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع
لابطال الايداع ولا ينافيه م فاذا ارتفع ش اي نقيض حكم العقد بالعود الى الوفاق عاد حكم العقد وهو الاذ
الحفظ المامور به لان الارتفاع كان لضرورة ثبوت نقيضه كما ذكر والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
ومن تشنيع شانه ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه وعورض بان الامر باق فيكون مامو
به والحفظ وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود ولا يبرا عن الضمان برفع المخالفة كما لا
عن لو اقر بعد الجحود **والجواب** بما ذكرنا ان ابطال الشي بما ينافيه او بما هو موضوع لابطاله
فلا يكون المخالفة فيه ردا له من الاصل ومتى لم يثبت بموضوعه لابطال الايداع ولا ينافيه الا ان الامر بالحفظ
مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود لانه قول موضوع للرد
الا ترى ان الجحود في اوامر الشرع ردها يكفر بها والمخالفة بترك صلاة او صوم مما مور به ليست ردا ولهذا
لا يكفر م كما اذا استاجره ش نظير لمسئلة الوديعة بالاستحسان اي كما اذا استاجر رجل رجلا م للحفظ شهرا ش اي الحفظ
متاعه مدة شهر م فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي ش فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك
عن كونه امينا ثم فان قلت هذا التنظير غير مستقيم لان بقا كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد
برده بخلاف ما نحن فيه قلت اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه بالاتفاق كالاجارة
والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستحسان ورد العقد على منفعة الحفظ في المدة
عقد شيا فشيا فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقا المعقود عليه فلذا في الحفظ

بغير بدل فان قلت المستاجر للدابة الى مكان اذا جاوزه ثم عاد اليه لا يبرا ولذا المستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لم يبرا
قلت لان البراءة انما تكون بالاعادة الى يد المالك اما حقيقة واما حكما ويد المستاجر والمستعير يد نفسه فانه يستوفي
المنافع المملوكة من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملا لنفسه لا لغيره فلا يبرا عن الضمان خلافا لزفر اعتبارا
بالوديعة م لحصول الرد الى نائب المالك ش هذا جواب عن قوله فلا يبرا الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك
فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك م قال ش اي القدوري م فان طلبها صاحبها فجحدها
ضمنها ش اي الوديعة وقيد بالجحود عند الطلب لانه اذا جحد عند صاحبها لا بناء على الطلب لا يضمن كذا في الخلاصة
م لانه ش اي لان صاحب الوديعة م لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك بالامساك غاصب مانع فيضمنها
فان عاد الى الاعتراف لم يبرا عن الضمان لارتفاع العقد ش فاذا ارتفع لا يعود الا بعقد جديد م اذ المطالبة بالرد
فقد عزله عن الحفظ رفع من جهته اي رفع للعقد من جهة المالك م والجحود فسخ من جهة المودع ش بفتح الدال
م كجحود الوكيل الوكالة ش يعني بحضرة من الموكل وذلك لانه ترك الالتزام فكان فسخا ونقل في الاجناس عن نوادر
ابن سماعة عن محمد اذا وكل ثم قال لم اوكله لم يكن رجوعا وعزلا عن الوكالة ونقل عن وصايا الاصل اذا اوصى ثم انكر
الوصية فقال لم اوص فهو رجوع وقال في الجامع لا يكون رجوعا وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا اوصى الرجل ثم قال
لم اوص له لم يكن رجوعا ولو قال اشهد واني لا اوصي له فهو رجوع وكذلك لو وكل وكيلا يبيع عبده ثم قال اشهدوا
اني لم اوكله فهو كذب وهو وكيل ولو قال اشهدوا اني لا اوكله ببيع العبد فهو عزل ولو شهدوا عليه بالكفر فجحد
وقال ما كفرت به يكون ذلك توبة ورجوعا عنه م وجحود احد المتعاقدين البيع ش اي وجحود البائع او المشتري حصول
البيع م فتم الرفع ش اي اذا كان الامر كذلك فتم رفع العقد منهما م اولان المودع ش اشارة الى تعليل بان ينفرد بعزل نفسه بحضرة
من المودع ش بكسر الدال م كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع ش اي العقد م لا يعود الا بالتجديد ش اي
بتجديد العقد فلم يوجد الرد الى نائب المالك ش يعني نفس المودع لا نائب المالك فاذا ارتفع العقد بجحوده احتاج الى
التجديد فلم يوجد رده الى نفسه اعني المودع بالفتح فيضمن بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق اراد بالخلاف الاول
الخلاف في الحكم وبالخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل يعني اذا خالف فعلا ثم عاد الوفاق يكون العقد على حاله لانه باق
اذ الخلاف ليس برد للامر المودع بالفعل لان الامر قول ورد القول بقول مثله واما الجحود فهو قول ورد للامر لان الجاحد
يكون متملكا للعين والمالك في ملكه لا يكون مامورا بالحفظ من جهة غيره وفي الزاد هذا كله يجحد الوديعة في المنقول اما
لو جحدها في العقار قال شمس الائمة السرخسي لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف في جميع الوجوه ومنهم من قال العقار
يضمن بالجحود بلا خلاف وان كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما وقال الحلواني في ضمان الجحود في العقار عن ابي حنيفة روايتان
م ولو جحدها عند غير صاحبها ش بان قال اجنبي ما حال وديعة فلان عندك او قال اعندك وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي
وديعة م لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر ش انما خص قول ابي يوسف بالذكر وان كان عدم الضمان هو قول اصحابنا الثلاثة
لان هذا الفصل لم يكن مذكورا في مبسوط محمد وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فاورده لذلك **وفي النهاية** جحدها في وجه
المودع من غير ان يطالبه بالرد بان قال ما حال وديعتي عندك ليشكرها على حفظها فجحدها لا يضمنها وروي بشر عن ابي يوسف
اذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف اذا اقر ثم هلكت لا يضمنها لان الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ
ولذا في الذخيرة وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك او غيره كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره
م بقوله لان الجحود عند غيره ش اي غير المودع من باب الحفظ لان فيه قطع الطامعين ش عن الوديعة فلا يضمن وبه قالت الثلاثة
م ولانه ش اي ولان المودع بفتح الدال ش لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه ش اي من المالك وهو كما عزله م او طلبه ش اي او
بغير طلبه اي طلب المالك لان العقد قائم بينهما فلا يرتفع الا بهما م فبقي الامر ش اي العقد باعتبار بقائه بيد المالك فلا يضمن
م بخلاف ما اذا كان ش اي الجحود م بحضرته ش اي بحضرة المالك وقد مر وجهه **وفي الاجناس** اما المودع اذا جحد الوديعة كان
ضمانا ابو عبد الله الجرجاني يقول انه على وجهين ان نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن وان لم ينقلها
عن موضعها حتى هلكت لا يضمن **وفي المنتقى** اذا كانت الوديعة او العارية مما يحول نقض بالجحود وان لم يحولها وفي الاجناس
الامانة تنقلب مضمونة بالموت اذا لم يبين الا في ثلاث مسايل احدها متولي الوقف اذا مات ولا يعرف حال غلتها الذي اخذها
ولم يبين لا ضمان عليه ذكره هلال البصري **والثانية** السلطان اذا خرج الى الغزو وغنموا فاودع بعض الغنيمة
بعض الغانمين ومات ولم يبين من اودع لا ضمان عليه ذكره في السير الكبير **والثالثة** احد المتفاوضين في يده مال الشركة
ومات ولم يبين لا ضمان عليه ذكره في الاصل وفي الواقعات اذا قال دفنت الوديعة في مكان لا ادري او نسيت موضعها فهذا على
وجهين اما ان قال دفنتها في داري او في كرمي او في موضع اخر ففي الوجه الاول والثاني لا يضمن اذا كان للدار والكرم باب

لانه ليس بتضييع وفي الوجه الثاني يضمن لانه تضييع **ونقل** في الاجناس عن نوادر ابن رستم اذا ادعى
المستودع ضياع الوديعة منذ عشرة ايام فقال صاحب الوديعة انا اقيم البينة انها كانت في يده منذ يومين
وقال المستودع وجدتها بعد ذلك فضاعت صدق فان قال حين خوصم ليس له عندي وديعة ثم قال وجدتها
وضاعت ضمن قال ش اي القدوري م وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان له حمل ومؤنة ش اي عند
ابي حنيفة **وفي شرح** الاقطع هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة الا في موضع واحد وهو ان يكون طعاما كثيرا
فانه يضمن استحسانا اذا سافر به لا قياسا وقال الامام الاسبيجابي في طريقة الخلاف اذا كان لها حمل ومؤنة
فعند ابي حنيفة لا يضمن سواء كان السفر قريبا او بعيدا وقال محمد يضمن سواء كان قريبا او بعيدا وقال ابو
يوسف ان كان بعيدا يضمن والا فلا ثم قال واجمعوا ان كان الطريق مخوفا يضمن كيف ما كان ثم قال واجمعوا
على انه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير واجمعوا على ان الاب والوصي اذا
سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع اذا سافر بمال وكل ببيعه قالوا ان قيده بمكان بان قال له بعه بالكوفة
فسافر به يضمن وان اطلق فسافر لا يضمن اذا سرق او ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة ثم الواو في قوله
وان كان للوصل والضمير في له يرجع الى الوديعة باعتبار المودع بفتح الدال لانه يطلق على الوديعة وعلى الذي
يقبلها ايضا كما علم من قبل وقال الكاكي اي بمال الوديعة وفيه نظر لا يخفى والحمل بفتح الحاء مصدر حمل الشي يقال
ما له حمل ومؤنة يعني ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال وفي الاصل ما له مؤنة في الحمل وهذا اقرب
الى الوجه وقالا ش اي ابو يوسف ومحمد ليس له ذلك ش اي السفر بالوديعة م اذا كان له حمل ومؤنة ش وقال
الشافعي ليس له ذلك في الوجهين ش اي فيما له حمل ومؤنة وفيما ليس له وبه قال مالك اذا اقدر ان يردها على
صاحبه او وكيله او الحاكم او امين فاما اذا لم يقدر على احد منهم لا يضمن للضرورة وللشافعي في نقلها من قرية الى
قرية فيما دون مدة السفر اذا كانت المسافة امينة وجهان وهذا الخلاف اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا يضمن
بلا خلاف واذا امنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركه
في اهله ثم اطلاق قولها ليس بموضع الجامع الصغير ولا المبسوط فانه ذكر في الجامع الصغير ان له ان يخرج خلافا
للشافعي **واختلف** اصحابنا بعد فقال ابو حنيفة لا يضمن قصر الخروج او طال وكان له حملا ومؤنة او لا وقال
ابو يوسف ان قصر الخروج لا يضمن بكل حال وان طال لم يضمن الا فيما له حمل ومؤنة وقال محمد كذلك الا فيما له مؤنة
فانه لا يملك ان يخرج به قصر او طال وفي المبسوط بعد ما ذكر قول ابي حنيفة قال اذا قربت المسافة فله ان يسافر بها وان
بعدت ليس له ذلك ولابي حنيفة رضي الله عنه اطلاق الامر ش اي امر الامر لانه امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد كما
لا يتقيد بزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا ش هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره ان يقال لما
ان اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليست محلا للحفظ فاجاب بقوله والمفازة الخ
قيد بقوله امنا اذا كان مخوفا يضمن م ولهذا ش اي لكون المفازة محلا للحفظ م يملكه الاب والوصي في مال الصبي ش اي يملك
السفر الاب والوصي بمال الصغير فلو كان التلف مضمونا لما جاز لهما ذلك فان قلت سافرتهما بمال الصغير للتجارة
والناس يخاطرون فيها للطمع الربح والمودع ليس له ذلك لانه ليس حق التصرف والاسترباح فلا يكون الاستدلال به على المودع
صحيحا **قلت** هذا توضيح لا استدلال ولئن كان استدلالا لا نوجبه لان ولايتهما على مال الصغير نظرية ولا له
وجوه النظر كانه عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهو التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف هذا حاصل
ما ذكره السغناقي وتبعه على ذلك صاحب النهاية وصاحب العناية ولكن هذا محل المناقشة فان لقايل ان يقول لا نسلم
جواز سفر الاب والوصي بمال الصغير لان الله تعالى امر بالاحسن في قربان مال اليتيم فاين الاحسن والحسن بالمسافرة
بماله ولا نسلم كون عدم السفر وهم التلف وكون السفر مظنة التلف محقق لا ينكر خصوصا في قيام الفتن بين الناس م وهما
ان تلزمه اي ان المالك يلزمه م مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد ش اي سفره بما ليس له حمل ومؤنة
لان فيما له حمل ومؤنة اضرار عليه فان **قلت** كيف يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة **قلت** باعتبار موت المودع
في الطريق فانه حينئذ يلزمه مؤنة الرد وقال الشافعي تعينه ش اي يتعين حفظ الوديعة بالحفظ المتعارف وهو الحفظ
في الامصار ش لان اسباب الصيانة تتهيا في الامصار من كل وجه وفي غيرها من وجه دون وجه م فصار كالاستحفاظ باجر
ش اي فصار حكم الوديعة في الحفظ كالاستيجار رجلا للحفظ ساعة بدراهم فانه لا يسافر فان سافر ضمن م قلنا مؤنة الرد
في ملكه ش هذا جواب عن قولهما يعني ان تلزم المالك في ملكه تفسير سلمنا ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس بمعنى من
قبل المودع لما لك م ضرورة امتثال امره ش اي لاجل ضرورة امتثال المودع امره فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان

فهو يعني راجع الى المالك م فلا يبالي به ش اي بلحوق المؤنة لانه ضروري وضمني م والمعتاد كونهم في المصر ش جواب عن قول
الشافعي اي المعتاد قول اهل الامصار في المصر يعني المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر م لا حفظهم ش اي
ليس المعتاد حفظ المودعين في المصر ثم اوضح ذلك بقوله م ومن كان في المفازة يحفظ ماله فيها ش كاهل الخيام والاخبية
فانهم يحفظون اموالهم في المفازة ولا ينقلونها الى الامصار م بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي
التسليم في مكان العقد ش اشار بهذا الى ان قياس الشافعي قياس بالفارق فلا يجوز م واذا نهاه المودع ش بكسر الدال
اي اذا نهى المودع رب المال م ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ش لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان
صحيحا م قال ش اي القدوري م واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه
حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش حتى لو دفع يضمن نصفه وقال لا يدفع اليه نصيبه **وفي الجامع الصغير** ثلاثة
استودعوا رجلا فغاب اثنان وليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك ش اي عند ابي حنيفة انما ذكر رواية الجامع
الصغير تنبيها على ثلاث فوائد الاولى التنبيه على ان المراد بموضع الخلاف ومن اطلاق القدوري الوديعة هو المكيل
والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون **الثانية** ان القدوري نص على الاثنين وفي الجامع الصغير على الثلاثة
ولو رواية الجامع لكان لقايل ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة اقل من نصيب الغايبين فيصير مستهلكا
ويحمل تبعا للاكثر فلا يوجد من المودع واما نصيب الحاضر من الاثنين لا يكون مستهلكا ولا تبعا فله اخذه فنبه برواية
الجامع على ان الحكمين سوا **الثالثة** انه ذكر في كتاب الوديعة القاضي لا يامر المودع بالدفع ويوهم ذلك ان ياخذ
ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان ياخذ هو دل ان هذه النسبة وتلقب هذه المسئلة بمسئلة الحمامي وحكايته ان رجلا
دخل الحمام واودعا عند الحامي هميانا من ذهب فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الهميان وذهب معه وخرج الاخر وطالبه
بالهميان وعلمها بوخيا مل ذلك فتحير الحامي فقيل يفصل هذا الامر عند ابي حنيفة فذهبوا اليه وقصوا عليه القصة فقال
ابو حنيفة لا تقل دفعته دفعته الى صاحبك ولكن قل لا ادفعه اليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحامي م والخلاف
في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر ش اي مختصر القدوري ذكر هذا احترازا من ذوات الامثال
حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والعبيد والدواب ليس للحاضر ان ياخذ بالاجماع م لهما اي لابي يوسف ومحمد م انه
ش اي الحاضر م طالبه ش اي طالب المودع م بدفع نصيبه فيومر بالدفع اليه ش لانه كالمالك لنصيبه حقيقة فلا يتعدى
عليه بقبض نصيبه بعينه الا خراج كما في الدين المشترك ش اي كما يطالب الحاضر في الدين المشترك بان باعا عبدا مشتركا اذا
حضر احدهما كان له ان يطالب المديون فكذا هنا م وهذا ش توضيح لما ذكره م لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه ش اي لان
الحاضر يطالب المودع بتسليم ما سلم اليه من الوديعة وهو النصف وهذا كان له ش اي للمودع م ان ياخذه ش اي ان ياخذ
نصيبه الذي هو النصف م فكذا يومر هو بالدفع اليه ش اي كما ان له ان ياخذ فكذا يومر بالدفع الى المالك الحاضر م ولابي
حنيفة انه طالبه ش اي ان الحاضر طالب المودع بدفع نصيب الغايب م لانه طالبه بالمفرز ش اي المقسوم وليس له فيه حق
م وحقه المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ش اي حق للغايب والحاضر م ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة
ش لانه ليس بوكيل في ذلك بالاجماع فثبت ان القسمة ليست بنافذة بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه ش اي حق
المديون لانه يسلم مال نفسه لا مال غيره م لان الديون تقضى بامثالها ش لا باعيانها فلا دفعه نصيب الحاضر تصرف في ملك
نفسه وليس فيه قسمة على الغايب اما المودع بدفع مال الغير الا يرى اذا غاب واحدا له عند احد دين ووديعة فجاء رجل
وادعى الوكالة منه بقبض الدين والوديعة فصدقه امر بتسليم الدين دون الوديعة وقد نظر صاحب العناية في صرف
الراجع الضمير بتسليم حقه الى المديون **وقال** لان الاول الانسان لا يومر بالتصرف فيما له بالدفع الى من لا يجب له عليه
ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث
القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة وفي
نظره نظر لان عبارة المصنف تشعر ان الضمير يرجع الى المديون على ما لا يخفى وقوله لان الاول الانسان لا يومر الخ ليس كذلك
لان المامور هنا بالدفع انما هو الى من يجب له عليه ذلك ولا كلام في عدم جواز الامر بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك فان
لم يكن له ان ياخذ جواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه والضمير في قوله يرجع الى القايل المعهود في الذهن اي قول القايل نفع
لقوله لهما وكذا قلنا ليس من ضرورته ان جبر المودع على الدفع ش يعني ليس من ضرورة جواز الاخذ استلزام جبر المودع على
الدفع لان الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لا ينفك عنه كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان
م وله عليه ش اي على المودع بالكسر م الف لغيره فلغريمه ش اي فلغريم المودع بالكسر ان ياخذه ش اي الالف م اذا ظفر به
ش اذا كان من جنس حقه بناء على تاويل قوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان ان المراد احرحقه اذا ظفر به م وليس للمودع

ان يدفعه اليه ش اي الى العزيز ودلت هذه المسئلة على ان الحيز ليس من لوازم الانفكاك م قال س اي القدوري م وان اودع
رجل عند رجلين شيئا مما يقسم ش وهو الذي لا تعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون ومما لا ينقسم وهو ما يتعيب كالعبد
والدابة والثوب الواحد ونحوهما م لم يجز ان يدفعها احدهما الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ش لان
المالك رضي بحفظهما واجتمعا على حفظ الكل متعذر فيؤمر بالقسمة لان المالك قد رضي بها حيث علم بذلك والثابت
دلالة كالثابت صريحا واذا دفع احدهما كله الى الاخر ضمن عند ابي حنيفة م وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما
باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفة س اي هذا التفصيل عنده م وكذلك الجواب في المرتهنين ش بان رهن رجل عند
رجلين ما يمكن قسمته فدفع احدهما الى الاخر ضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما ذكره في المبسوط م والوكيلين بالشراء اذا
سلم احدهما الى الاخر ش بان وكل رجل رجلين ليشتريا شيئا لهما مالا مما يقسم فدفعه الى الاخر فضاع عنده ضمن الدافع
وكذا حكم المستبضعين والوصيين والعدلين في الرهن اذا سلم احدهما الى الاخر م وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر
في الوجهين ش يعني فيما يقسم وما لا يقسم م هما ش اي لابي يوسف ومحمد انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما
ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم ش هما قاسا ما يقسم على ما لا يقسم والجامع وجود الرضى دلالة في الدفع
لاعتماده على امانتهما م وله ش اي ولابي حنيفة م انه ش اي المالك م رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله ش اي كل
احد المودعين كل المودع بالفتح م لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فبقي
الاخر من غير رضى المالك فلا يضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن س اي عند ابي حنيفة
والدال فيها مفتوحة وهذا اشارة الى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم م بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما
الاجتماع عليه ش اي على المودع م اناء الليل والنهار ش اي ساعاتهما وهو جمع انى على وزن معي ويقال انى وانو م وامكنهما
المهاياة ش وهي القسمة والتناوب م كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال ش هذا ظاهر وقال في
المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة
لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل م واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن ش لان هذا الامر
لا يفيد فصار لغوا لانه لم يكن له بد من التسليم اليها م في الجامع الصغير واذا نهاه المودع ش بكسر الدال ان يدفعها الى احد من
عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كان شيئا يحفظ على يد
النساء فنهاه عن الدفع الى امراته ش لعدم الشرط الافادة كما ذكرنا م وهو محمل الاول ش اي المذكور في الجامع الصغير محمل لما
ذكره القدوري مطلقا بانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الوديعة شيئا حقيقيا يمكنه استصحابه بنفسه كالخاتم
ونحوه فدفعه الى عياله ضمن م لانه لا يمكن اقامة العمل مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغوا ش لانه شرط ينافي
اصله فكان باطلا م وان كان له منه بد ضمن ش اي وان كان للمودع منه اي من عياله بدّ بان كان منهم من لا يوثق بامانته
فنهاه رب المال عن الدفع اليه فدفع اليه ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به ش
اي بتعيين المودع عدم الدفع الى من في عياله مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر ش لانه شرط مفيد وامكن العمل به والمفيد
انما يلغوا اذا لم يمكن العمل به وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امراته وله امراة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار وله اخرى
فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الدفع الى امراته وليس له سواها فخالف لا يضمن لان الاول غير مفيد والثاني مفيد غير
مقدور العمل وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من هذه الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين
في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ش قالها حتى لو تفاوتا ضمن وقالت الثلاثة ان نقلها الى مثل الاول لا يضمن وان نقلها
الى بيت دونها ضمن ولو نهاه الحفظ في غير هذا البيت بعدم تعين في الحفظ في بيت اخر سوا كان مثله او دونه لمخالفة
امر صاحبها وعندنا في الامر والنهي لا يضمن اذا لم يتفاوت البيتان م وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان
في الحرز فكان ش اي الشرط م مفيدا فيصح التقييد س لامكان العمل به م ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان
كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة ش اي حرز لا ظاهرا وكل امر يخرج منه
فهو عورة ولذلك كل امر يستحى منه وسنه عورة الانسان وعورات الجبال شقوقها ويقال اعور المكان اذا بدا منه
موضع خلل ولذا اعور الفارس ورجل اعور يخلل العين م صح الشرط ش لكونه مفيدا م قال س اي في الجامع الصغير م
ومن اودع رجلا وديعة فاودعها رجلا ش اي المودع اودعها رجلا اخر م فهلكت فله س اي فللمالك م ان يضمن الاول
ش اي المودع الاول م وليس له ان يضمن الاخر ش اي مودع المودع م وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه ش وفي الذخيرة انما
يضمن المودع الاول بالايداع اذا هلكت الوديعة بعد ان يفارق الاول الثاني اما لو هلكت قبل المفارقة لا يضمن لوجود
المودع اليه وانما يضمن بالتضييع م وقالا له ان يضمن ايهما شاء ش اي المودع او مودع المودع وبه قال الشافعي ومالك واحمد

ن

في رواية م فان ضمن الاخر رجع على الاول ش اي فان ضمن المالك المودع الاخر رجع المودع الاخر على المودع الاول
لانه مغرور من جهته فانه اودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه م
لهما س اي لابي يوسف ومحمد م انه ش اي ان المودع الثاني م قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهو مودع
المشتري م وهذا س اي ابو حنيفة لو وجه ضمان الثاني م لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني م
غيره اذا ضمن الاول لم يرجع ش اي الاول م على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه م وان ضمن الثاني
م رجع س اي الثاني م على الاول لانه عامل ش في القبض والحفظ م فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ش وهو الضمان م وله
اي ولابي حنيفة رضي الله عنه م انه س اي ان المودع الثاني قبض المال من يد امين لانه س اي المودع الاول م
بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما ش اي من المودع الاول والمودع الثاني ما داما مجتمعين
م فاذا فارقه س اي الاول الثاني م فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك ش اي بسبب ترك الحفظ الملتزم م اما الثاني
ش اي المودع الثاني م فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين م لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في
حجره ثوب غيره س ... حيث لا يضمن لانه لم يوجد منه صنع بخلاف مودع الغاصب لان الاول بمجرد الدفع متعد والثاني بالاخذ
م قال ش اي في الجامع الصغير ش ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد ش اي ادعى كل واحد منهما م انها ش
اي الالف م له وانه اودعها اياه وابى س اي امتنع صاحب اليد م ان يحلف لهما فالالف بينهما ش وفي بعض النسخ فالالف لهما
م وعليه س اي وعلى صاحب اليد الف اخرى بينهما س اي بين المدعيين وصورة المسالة في الجامع محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الف درهم في يد رجل ادعاه رجلان كل واحد منهما يدعي انه اودعها اياه فابى ان يحلف بينهما قال تكون
هذه الالف بينهما ويغرم الفا اخرى فيكون بينهما نصفين انتهى وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول
ابن ابي ليلى لا يجب عليه الا دفع الالف بعينها لانه لو اخذ الا الفا واحدة فلا يجب عليه الفا اخرى وشرح ذلك س اي الحكم
المذكور م ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ش وهو قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر م ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي الفا م وبايهما
بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ش لعدم المرجح م ولو تشاحا س اي لو تنازعا في البداءة بالحلف م اقرع بينهما
تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل س اي ميل القاضي الى احدهما م ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شيء لهما لعدم
الحجة ش يعني من جهة المدعيين م وان نكل عن الثاني ش يعني بعد ما حلف للاول يقضي له س اي للثاني م لوجود الحجة
س اي وهو النكول وان نكل الاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول س يعني للاول لان الثاني ربما يكون انما نكل لانه
بدأ بالاستحقاق فلا تنقطع الخصومة بينهما الحاصل المسالة على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لكل منهما او يحلف للاول وينكل
للثاني او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لهما لا شيء لهما وان حلف للاول ونكل للثاني فالالف له بذلك او باقراره وان نكل
الاول وحلف للثاني فالالف للاول ولا شيء للثاني وان نكل لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى لان النكول له اوجب لكل
واحد منهما كل الالف ليس معه غيره م بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير
حجة عند القضاء ... ش لجاز ان يوجره ليحلف للثاني فينكشف وجه
القضاء فانه يقضي بالالف للاول او للثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا
كان الالف بينهما فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه وهذا الخلاف الاقرار لاحدهما فانه يقضي بالالف للمقر له
لانه حجة موجبة بنفسه فلا يتوقف على القضاء م ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما
في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببدله ش اي لان المودع المنكر اوجب
الحق لها ببذله عند ابي حنيفة لان النكول بذل عنده او باقراره ش اي عندهما لان النكول اقرار عندهما م وذلك س
اي الاقرار او البذل م حجة في حقه س اي في حق المودع المنكر وبالصرف اليهما ش اي بصرف المودع الالف الى المدعيين
م صار قاضيا حق كل واحد بنصف حق الاخر فيغرمه ش اي فيغرم الالف الذي صرف اليها فيصير الفان م ولو
قضى القاضي للاول حين نكل ش مع انه ليس له ذلك ذكر الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني
ش اراد انه لا يبطل قضاؤه فيحلف للثاني م واذا نكل يقضي بينهما ش بالالف ويغرم الفا بينهما م لان القضاء للاول
لا يبطل حق الثاني ش لانه تعلق الكل س اي لان القاضي يقدمه ش اي بتقديم الاول للتحليف م انما بنفسه س اراد باختياره
او بالقرعة م لا يبطل حق الثاني لانه فعل ما ليس له فعله ش ان الامام علي البزدوي لم يذكر انه اذا احلف للثاني ماذا حكمه
وذكر اخوه ابو اليسر في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله الاول وان نكل له اول ايضا يقضي بنكوله لهما م
وذكر الخصاف انما نفذ قضاؤه للاول ش يعني يكون كل الالف له ولا يكون بينهما م ووضع ش اي الخصاف م المسئلة في

م بان كان في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد انه له واودعه اياه م وانما نقد ش اي قضا القاضي الاول م لمصادفته
محل الاجتهاد لان من العلما يقضي للاول ش اي بالنكول ولا ينتظر س اي القاضي م لكونه ش اي النكول م اقرارا
س اي دلالة م لان امتناعه عن اليمين م يدل علي الاقرار م ثم لا يحلف للثاني س اي للمدعي الثاني م في هذا العبد اي ش
يعني لا يحلفه بالا قتصار علي لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته م لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول ش اراد به لما اقر
به للاول وثبت به حق الاول فلا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكنه دفعه للثاني م بعد ذلك ش وقل حلفه بالله مالك
عليك هذا العبد ولا قيمته وهي هكذا وكذا ولا اقل منه م قال ش اي الحاكم م ينبغي ان يحلفه ت علي هذا الوجه م عند
محمد خلافا لابي يوسف لان بمجرد الاقرار بنا علي المودع اذا اقر بالوديعة لانسان م ودفع بالقضا الي صاحبه ش اي غير
المقر بقيمته عند محمد اي يضمن ما اقر بالوديعة لانسان ودفع بالقضا به اقر بالتزام الحفظ فمتي اقر به لانسان فقد سلط
علي الاخذ صار تاركا للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن كما لو دل سارقا علي السرقة م خلافا له ش اي لابي يوسف لان بمجرد
الاقرار لم يثبت علي الثاني شي واما الغوات بالدفع باكراه القاضي فلا يكون سوجبا للضمان وهذا الخلاف كما علمت فيما اذا
كان الدفع بالقضا واما اذا كان بلا قضا بان اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطات بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الي الاول
لان اقراره بهذا صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها لانه صار مستهلكا علي الثاني لاقراره بها للاول
فيضمن قيمتها وهذا بالاتفاق فان قلت ما وجه بنا المسيلة المتقدمة علي المسيلة الثانية قلت لان النكول اقرار
فبالاقرار بالوديعة ضمن عند محمد وكذا بالنكول فيبنا في التحليف وعند ابي يوسف لا يضمن منه بالاقرار فكذا هنا بالنكول
فلا فايدة في التحليف م وهذه س اي هذه المسيلة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع للثاني بعد قضائه للاول
ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته م فرعه تلك المسيلة التي اختلف ابو يوسف ومحمد فيها واشار الي ذلك بقوله
م وقد وقع فيه بعض الاطناب س اي التطويل يعني وقع الاطناب في الاصل في باب اقرار الرجل بالمال وكان ينبغي ان يقال
فيها لان المسيلة سونت ولكن التذكير باعتبار المذكور واما نضائح فان الفقها يتسامحون في العبارات ومن جملة تفريعها
المسيلة ما لو قال المودع اودعنيها احدكما ولا ادري ايكما هو فالمدعيان اذا اصطلحا علي اخذها فلهذا والالف بينهما ولكل
للمودع الامتناع عن تسليم الالف اليهما وان لم يصطلحا ويدعي كل ان الالف له فانه يحلف لكل واحد وقال الشافعي
واحمد يكفي يمين واحد ثم ان حلف لهما قطع دعواهما في قول ابي يوسف وفي قول محمد لهما ان يصطلحا بعد الاستحلاف
علي اخذ الالف بينهما وبه قال الشافعي في وجه وفي قول يقسم بينهما ولو نكل يقضي بالالف بينهما ويضمن الفا اخري بينهما
وعند الشافعي واحمد لا يضمن الفا اخرى بل يقرع بينهما عند احمد او يصطلحا عند الشافعي وان حلف لاحدهما ونكل للاخر قضي
بالالف للذي نكل ولا شي للذي حلف وكذا لو قال علي الف لهذا او لهذا وكل واحد يدعيها فهو علي هذه الوجوه الاربعة والله اعلم

م كتاب العارية ش

وجه المناسبة بين الكتابين ان كلا منهما امانة وعوارٍ في بابها التخفيف والتشديد افصح قال في المغرب هي منسوبة الي العار
اسم من الاعارة وقال الجوهري كانها منسوبة الي العار لان طلبها عار وعيب والعارية مثل العارة وقد خطاه علي هو
لانه عليه السلام باشرها علي ما يجي عن قريب وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه جعل للمعير نوبة
في الانتفاع بملكه علي ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متي شا ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا
لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة
اليه في مثلها م قال ش اي القدوري رحمه الله م العارية جايزة لانه نوع احسان ت وقد علي المحتاجين من سبيل فيكون جايزا
بلا خلاف للقوم في انها واجبة وانما قدم جواز البيان علي تفسيرها لشدة تعليق الفقه بها م وقد استعار النبي صلي الله عليه
وسلم دروعا من صفوان ش اخرجه ابو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن امية ابن صفوان
ابن امية ان النبي صلي الله عليه وسلم استعار درعا يوم حنين فقال اغصب يا محمد فقال بل عارية مضمونة ورواه
احمد في مسنده والحاكم في المستدرك وسكت عنه وقال وله شاهد صحيح ثم اخرجه عن خالد الحذا عن عكرمة عن ابن
عباس ان رسول الله صلي الله عليه وسلم استعار من صفوان ابن امية ادرعا وسلاحا في غزوة حنين فقال يا رسول
الله اعارية موداة قال نعم عارية موداة وقال حديث صحيح علي شرط مسلم واخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن اسحاق
ابن عبد الله ثنا خالد ابن عبد الله عن خالد الحذا به فان قلت في الروايتين اشكال لان في احدهما قال بل عارية مضمونة
وفي الاخرى بل عارية موداة قلت قال صاحب التنقيح هذا دليل علي ان العارية منقسمة الي موداة او مضمونة قال
ويرجع ذلك الي المعير فان شرط الضمان كانت مضمونة والا فهي امانة قال وهو مذهب احمد وعنه انها مضمونة بكل حال

ابو حنيفة

ابو حنيفة لا يضمن الا اذا فرط فيها وسيجي تحرير الكلام فيه عن قريب ان شا الله تعالي ومقصود المصنف بهذا ههنا اثبات
جواز العارية فقط واما بيان حكمها في الضمان وعدمه فسيقول عن قريب م وهي تمليك المنافع بغير عوض ش هذا
لفظ القدوري وهذا هو التفسير عند اكثر العلما ق قوله تمليك المنافع جنس يتناول الاجارة وغيرها وقوله
بغير عوض يخرجها وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير س ذكر الضمير مع قول العارية مونثة اما
باعتبار المذكور واما باعتبار ان العارية في الاصل اما مصدر كالعافية والكاذبة او اسم للمصدر وكل يستوي
فيه التذكير والتانيث وبه قوله قول الشافعي واحمد واستدل الكرخي علي ذلك باربعة اوجه الاول قوله لانه
ينعقد بلفظه الاباحة س ذكر الضمير مع كون العارية مونثة اما باعتبار المذكور واما باعتبار العارية في الاصل
اما مصدر كالعافية والكاذبة او اسم للمصدر وكل منهما يستوي فيه التذكير والتانيث بان قال المعير احللت لك هذا الثوب
مثلا يكون عارية والتمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة الثاني هو قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع ذلك الجهالة لا تصح
التمليك اي لا يشترط في العارية بيان المدة والتمليك يقتضي ان تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم
الا بضرب المدة وهي ليس بشرط في العارية فكان تمليكا للمجهول الثالث هو قوله ولذلك يعمل م فيه النهي ش اي كالا يشترط فيه
ضرب المدة لذلك يعمل فيه نهي المالك عن الاستغلال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجير لا يملك نهي المستاجر عن الانتفاع
الرابع هو قوله م ولا يملك الاجارة من غيره س اي لا يملك الاستعارة فلو كان تمليكا لجاز له ذلك كما يجوز للمستاجر ان يوجرها
استاجره لتملكه المنافع م ونحن نقول م انه ش اي ان عقد العارية او يكون وجه التذكير في الضمير ما ذكرنا الان م ينبئ عن
التمليك فان العارية من العرية وهي العطية س فاذا كانت العارية عطية يكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك س مثل
ان يقول ملكتك منافع هذه الدار شهرا او جعلت لك سكني داري هذه شهرا ذكره في المبسوط واذا انعقدت بلفظ التمليك
يكون تمليكا دون قوله فان العارية من العارية مناقشة لانه ان اراد انه مشتقه من العرية كما قال الاتراري وليس كذلك
فان العارية اجوف واوي ولهذا ذكره اهل اللغة في باب عور والعرية ناقص وحرف العلة للاسم ولذلك ذكره اهل اللغة في باب
عور والاشتقاق ان يجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعني والمراد من التناسب ان يكون في الحروف والترتيب كضرب فانه
مشتق من الضرب فلا اشتقاق بين عور وعرو فان قلت هذا الذي ذكرته في الاشتقاق الصغير واما الاشتقاق
الكبير فلا يشترط فيه الا التناسب في اللفظ دون الترتيب كجبذ من الجذب قلت المراد من الاشتقاق حيث اطلق هو الصغير
ولين سلمنا ان بينهما تناسبا في اللفظ ولكن لا نسلم ان بينهما اشتقاقا كبيرا ايضا لعدم المناسبة في المعني فان مادة العارية تدل
علي التناوب او التداول ومادة العارية تدل علي الالمام والاتيان يقول عروت الرجل اعروه عروا اذا الممت به واتيته طالبا
فهو معرو وفلان تعروه الاضياف وتعتريه اي تغشاه وان اراد ان معني العارية ماخوذ من معني العرية فليس كذلك لما بين لك
من اختلاف المعاني في اصل المادة لان العرية هي النخلة يعطي صاحبها ثمرها عاما لرجل محتاج فيعروها المحتاج اي ياتيها وهذا معني
العرية وتفسير المصنف بقوله وهي العطية ليس تفسيرا بحسب ولكن لما كان فيها الاخذ والعطا اطلق عليها العطية وهي فعيلة بمعني
مفعول وانما ادخلت فيها الها لانها افردت فصارت في عداد الاسما مثل النطيحة والاكيلة الاترازي انك اذا حيث بجامع النخلة
نحو نخلة عري فلا يحتاج اليها لان الفعيل اذا كان بمعني المفعول يستوي فيه المذكر والمونث واذا ذكرت اصل ذلك وان اراد ان
حكم العارية كحكم العرية فليس لذلك لان المعير له ان يرجع في العارية متي شا والمعري ليس له ذلك والمنافع قابلة للملك
كالاعيان ش هذا جواب عن سوال مقدر تقديره ان يقال المنافع اعراض لا تبقي فلا تقبل التمليك فاجاب به ثم بني علي ذلك
قوله م والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ش وهذا الانواع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين ش اي تمليك العين بعوض كالبيع و
تمليكها بغير عوض كالهبة والصدقة فكذا المنافع م تقبل النوعين بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية ش والجامع دفع الحاجة
ش اي الجامع بين الاعيان والمنافع دفع حاجة الناس الي نوعي التمليك فكما انها يحتاجون الي نوعي التمليك في الاعيان فلذلك يحتاجون
الي ذلك في المنافع وما قيل ان هذا استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيا بالجامع
فان سلم من النقض فذاك وان انتقض يكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن م الاستدلال فاما ان يكون في التعريفات
وايضا فان هذا قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الي فرع هو نظيره ولا
نص فيه والموضوعات ليست حكم شرعي وموضعه اصول الفقه ومن شرطه القياس ايضا ان يكون الحكم الشرعي متعديا الي الفرع
هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان لجوابه ان هذا التعريف انما لفظي وهي كان لفظيا فاذكر فليبيان المناسبة لا للاثبات
علي ذلك وان كان رسميا فاذكر بيان لخواص يعرف بها العارية ولكن لو عرفت العارية بانها عقد علي المنافع بغير عوض وجعل المذكور
في الكتاب حكمها لسلم من التكلف م ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك ش هذا جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة رد
ذلك انه مجاز م كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي تمليك س اي والحال انها تمليك م والجهالة لا تفضي الي المنازعة

ش هذا جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجه ذلك مجاز م كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي
ش أي والحال انها تمليك م والجهالة لا تفضي الى المنازعة ش هذا جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان
الجهالة المانعة هي المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك م لعدم اللزوم ش لان المعير له ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها
غير لازمة م فلا يكون ش أي الجهالة م ضايرة ش أي مضرة يعني مفضية الى النزاع بخلاف الاجارة لانها عقد معاوضة
وتعلقت صفة اللزوم بها فتفضي الجهالة فيها الى النزاع م ولان الملك يثبت بالقبض ش هذا وجه اخر أي الملك في
العارية يثبت بقبضها م وهو الانتفاع وعند ذلك ش أي عند القبض م لا جهالة ش لانه عند القبض معلوم وما
قبله لا يفضي الى المنازعة ولهذا لو ملك المنفعة بالتسمية في الاجارة لا يشترط ضرب المدة كما في الصبغ والخياطة
م والنهي منع عن التحصيل ش هذا جواب عن قوله ولذلك يعمل فيه النهي ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس
في العارية تمليك بل لانه من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن التملك م فلا يحصل المنافع على ملكه ش لكونه دليل الرجوع
والاسترداد لا ابطال الملك بعد ثبوته م ولا يملك الاجارة ش جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غير معنى
انما لا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر ش أي بالمعير لانه ملكه على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو صحت الاجارة لم
يتمكن من الاسترداد م على ما نذكره ان شاء الله تعالى ش اراد به عند قوله وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره م قال
ش أي القدوري م وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه ش أي حقيقة في عقد العارية م واطعمتك هذه الارض لانه
مستعمل فيه ش أراد انه مجاز في تمليك المنفعة لان الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وان
اضيف الى ما لا يطعم عينه كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال فان قيل في عبارته نظر لانه
اراد بقوله مستعمل انه مجاز لم يصح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في اصول الفقه فلا فرق
اذا بين العبارتين واجيب بان كليهما صريح لكن احدهما حقيقة والاخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز
ليعلم ان الاخر حقيقة م ومنحتك هذا الثوب ش أي اعطيتك لان المنح بمعنى اعطى ومنه المنحة وهي الناقة والشاة تعطى
الرجل ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح م وحملتك على هذه الدابة اذا لم
يرد الهبة ش أي بقوله هذا اعني حملتك على هذه الدابة وقوله ومنحتك هذا الثوب قال الشيخ حافظ الدين كان
ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل ثم قلت بان الضمير يرجع الى المذكور وقلت المذكور شيئان احدهما
قوله ومنحتك هذا الثوب والاخر حملتك على هذه الدابة م لانهما لتمليك العين ش يعني حقيقة م وعند عدم ارادته
الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا ش أي مجازا من حيث العرف العام واستشكل حافظ الدين الذي هنا ايضا من
وجهين الاول انه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازا للتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في
بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فتكون عارية
لكنه يحتمل الهبة وهذا تناقض ظاهر والثاني انهما لما كانا للتمليك حقيقة والحقيقة يراد باللفظ بلا نية
فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة وتصدى الاترازي بالجواب بقوله نعم ان لفظ حملتك
يدل على الاركاب لغة ولكن يدل على التمليك عرفا يقال حمل الامير فلانا ويراد التمليك ويستعمل للعارية ايضا
قال تعالى اذا ما اتوك لتحملهم اي لتركبهم فاذا نوى العارية او الهبة كان كما نوى وان لم ينو شيئا كان عارية
لانها المتيقن بها قلت هذا جواب عن الاشكال الثاني على انه يدل على ان النص مال الى النية لما قلنا
حمل اللفظ على ادنى الاحتمالين وهو تمليك المنفعة وهذا خلاف قاعدة الاصول م قال واخدمتك هذا العبد
لانه اذن له في استخدامه ش م وداري لك سكنى لان معناه سكنها لك ش فاذا كان
معناه هذا تكون عارية م وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله
لك ش لانه منصوب على التمييز من قوله لك م لانه ش أي لان قوله لك م يحتمل تمليك المنافع ش كما يحتمل تملك العين فاذا
ميزه تعين المنفعة م فحمل عليه ش أي على تمليك المنافع م بدلالة اخره ش أي اخر الكلام وهذا حمل المحتمل على المحكم لان
سكنى محكم في العارية م قال ش أي القدوري م وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء ش سواء كانت العارية مطلقة
او موقتة وقال مالك لا يجوز الرجوع في الموقتة قبل مضي الوقت فيكون حكمها عنده كالاجارة وفي الجواهر اذا قال
اعني بغلامك او ثورك في حرث يوما او يومين فليس بعارية بل يرجع في حكم الاجارة وكل ما كان من هذا القبيل حكمه
حكم الاجارة في الصحة والفساد م لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ش هذا الحديث اخرجه
ابو داود عن اسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن ابي امامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله
تعالى اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث الى ان قال العارية مؤداة والمنحة مردودة م واخرجه الطبراني ايضا في

معجم

معجمه وروى هذا الحديث من الصحابة عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وانس رضي الله عنهم اما حديث عبد الله فاخرجه البزار
في مسنده حدثنا عبد الله بن شبيب حدثنا اسحاق بن محمد حدثنا عبد الله بن عمر عن زيد بن اسلم عن ابن عمر قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم العارية مؤداة واما حديث ابن عباس رضي الله عنهما فاخرجه ابن عدي في الكامل عن اسمعيل بن ابي زياد
السكوني قاضي الموصل حدثنا سفيان الثوري عن سالم الافطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال الزعيم غارم والدين مقضي والعارية مؤداة والمنحة مردودة واعله باسماعيل وقال انه منكر الحديث وعامة ما يرويه
لا يتابع عليه واما حديث انس فاخرجه الطبراني في مسند الشاميين وقد ذكرناه في الكفالة قوله المنحة بكسر الميم وسكون النون وقد
فسرناها عن قريب قوله مردودة اي يجب ردها وجه الاستدلال به ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية
خاصة وفيه زيادة مبالغة في ان العارية مستحق الرد ولان المنافع التي لم توجد لا يتصور فيها القبض فصح الرجوع عنه اي عما
لم يوجد لان التمليك لا يكون الا في الموجود م قال ش أي القدوري رحمه الله م والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن
وفي بعض النسخ لم يضمنها وقيد بقوله من غير تعدي لان هلاكها بالتعدي يوجب الضمان بلا خلاف ولو شرط الضمان في العارية
هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التحفة وقال في الخلاصة الفتاوى رجل قال لاخر اعرني ثوبك فان ضاع فانا له ضامن قال
لا يضمن ونقله عن المنتقى وقال الكاكي وبقولنا قال مالك قلت في مذهبه تفصيل حيث قال يضمن فيما يخفى هلاكه ولا يضمن فيما لا يخفى
وفي الجواهر العارية نوعان يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم يظهر له كذب
تكذيب ذلك الا بقوله والنوع الثاني يخفى هلاكه ويغاب عليه وهذا النوع لا يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم يقم بينة فان
قامت فلا ضمان عليه فيه وكذا ما علم انه بغير سببه كالسوس في الثوب ووافق اشهب وعبد الحكم النوع الاول وكذا قال في الثاني
ولو انه مصدق على المستعير على كل تقدير قامت بينة بهلاكه ام لا وقال القاضي ابو محمد والصحيح انه لا يضمن قال الكاكي ايضا
وهو قول علي رضي الله عنه يعني عدم الضمان قول علي رضي الله عنه وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري وعمر بن عبد
العزيز وشريح والاوزاعي وابن شبرمة وابراهيم وبقي شريح ثمانين سنة بالكوفة وحدث الكرخي في مختصره عن الرمادي عن
عبد الرزاق عن اسماعيل عن عبد الاعلى عن محمد بن الحنفية ان عليا رضي الله عنه قال لا تضمن العارية انما هو المعروف الا ان تخالف
وحدث ايضا بسنده الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها الا ان يتعدى وقال الشافعي
يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه ش احترز به عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه م لا على الاستحقاق
يعني الامين استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الاخر بدون رضاه واحترز به عن المستأجر فانه يقبض المستأجر بحق له لكن لا يملك
النقض قبل مضي المدة بدون رضاه م فيضمنه ش أي اذا كان كذلك يضمن العارية وتذكير الضمير باعتبار المذكور م والاذن ثبت
ضرورة الانتفاع جواب عن سؤال مقدر تقريره ان يقال قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان وتحرير الجواب ان الاذن ثبت
ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت
في غيرها لم يظهر فيه الا الاذن لكونه وراء الضرورة وهو معنى قوله فلا يظهر فيما وراءه ش أي فلا يظهر الاذن فيما وراء الضرورة
وتذكير الضمير باعتبار المذكور ولهذا ش أي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد ش اراد ان مؤنة الرد واجبة على
المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
اذا هلكت ضمن وكذا هذا وبقوله قال احمد وهو قول ابن عباس وابو هريرة وعطا واسحاق وقال قتادة وعبد الله بن حسن
العنبري ان شرط ضمانها ضمن والا لا وقال ربيعة كل العواري مضمونة وفي الروضة اذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء
تلفت بآفة سماوية او بفعله امر بفعله بتقصير او بلا تقصير هذا هو المشهور وحكي قول انها لا تضمن الا بالتعدي وهو ضعيف
ولو اعار وشرط ان تكون امانة لغى الشرط وكانت مضمونة وفي حاوي الحنابلة ان شرط نفي ضمانها سقط الضمان وان تلفت اجزاؤها
باستعماله حيث مستقيمة لم يضمن في اصح الوجهين وان اركب منقطعا دابة للثواب فتلفت لم يضمن ولنا ان اللفظ لا ينبئ
عن التزام الضمان لان الضمان انما يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس من ذلك ما يوجب له اما العقد فلان اللفظ الذي
ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان م لانه لتمليك المنافع او لاباحتها لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه
والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه ش وانما يوجب القبض الضمان اذا وقع تعديا ش فلا ضمان بدونه م وانما وجب الرد
ش هذا جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد تقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل
المستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لقبض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان م والمقبوض
على سوم الشراء هذا جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء تقريره انه ليس مضمونا بالقبض بل بالعقد وهو معنى قوله
م بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد ش فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم
العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا حكما تقديرا صيانة لاموال الناس عن

ق

الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشرا وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا له الا ان الامثل في ضمان المعقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الامثل نظرا ما عرف في موضعه ثم قيل يريد به شيخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط وقال الحاكم في الكافي رجل استعار من رجل سلاحا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين او طعن بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه لانه فعل من عمل ما اذن فيه وفي فتاوى الولوالجي رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه وكذا اذا وجد كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر لا ضمان عليه لانه عارية في يده فان قلت ما تقول في قوله عليه السلام بل عارية مضمونة وقد مر في اول الكتاب بتمامه وقوله عليه السلام اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك اخرجه الترمذي عن شريك وقيس ابن الربيع عن ابي حصين عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه عليه السلام كل عارية مضمونة وقوله عليه السلام وقال ثم ان الحسن نسي حديثه فقال هو امينك لا ضمان عليه قلت الحديث الاول فيه اضطراب سندا ومتنا وجميع وجوهه لا تخلو عن نظر ولهذا قال صاحب التمهيد الاضطراب فيه كثير ولا حجة فيه عندي في تضمين العارية ثم على تقدير صحة قوله مضمونة الرد عليك بدليل قوله حتى يؤديها اليك ويحتمل ان يريد اشتراط الضمان والعارية بشرط الضمان مضمونة في رواية للحنفية واخرج النسائي عن يعلى بن امية قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا قال قلت يا رسول الله اعارية مضمونة او عارية مؤداة قال بل عارية مؤداة قال ابن حزم حديث حسن وليس في شي مما روي في العارية خبر صحيح غيره وما سواه فليس بشي ولا اشتغال به وفرق فيه بين الضمان والاداء وقيل انما قال عليه السلام بل عارية مضمونة لانه عليه السلام اخذ دروع صفوان بغير رضاه بدليل قوله اغصبا الا انه عليه السلام كان محتاجا الى السلاح فكان لا اخذه له حلالا ولكن بشرط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخمصة بشرط الضمان وقال الابياري وقيل كان هذا اشتراط الضمان على نفسه وبه اخذ قتادة وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط ايضا ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرايط ما لا يجوز بين المسلمين قلت قد تقدم الان ان العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية واخرج عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن بعض ابن صفوان عن صفوان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه عاريتين احديهما بضمان والاخرى بغير ضمان والحديث الثاني قال ابن القطان المانع من تصحيحه ان شريك وقيس ابن الربيع مختلف فيهما ولم يحكم الترمذي ايضا بصحته ولئن سلمنا انه صحيح فهو يقتضي رد العين ولا كلام فيه والحديث الثالث رواه الحسن عن سمرة والحسن لم يسمع منه قيل لم يسمع منه غير حديث العقيقة واكثر اهل العلم رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة وايضا الاداء فرض ولا يلزم منه الضمان ولو لزم من هذا اللفظ الضمان للزمهم ان يضمنوا الرهون والودايع لانها مما قبضت اليد واذا لم يدل الحديث على الضمان فلم يخالفه الحسن في قوله لا ضمان عليه ولم يثبته ايضا وقال البيهقي في باب من قتل عبده بعد ذكر الحديث الحسن عن سمرة في الجنا الاداء من قتل عبده قتلناه قال قتادة ثم ان الحسن نسي الحديث وقال لا يقتل حر بعبد يشبه ان يكون الحسن لم ينس الحديث ولكن رغب عنه لضعفه وهذه العلة موجودة في الحديث المتقدم ايضا فافهم قال ش اي القدوري م وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان اجره فعطب ش اي هلك م ضمن لان الاعارة دون الاجارة عقد لازم دون الاجارة والشي لا يتضمن ما هو فوقه ش اي لا يستتبع ما فوقه لان القوي لا يحمل نبا الضعيف وقال الحاكم في الكافي اذا استعار الرجل من الرجل على ان يذهب بها حيث شا ولم يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها الى الحيرة وامسكها بالكوفة شهرا يحمل عليها او يؤاجرها قال لا ضمان عليه اي في شي من ذلك الا في الاجارة خاصة فانه حيث اجرها صار ضامنا ويتصدق بالغلة لانه امره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول اي انتفاع شا واليه التعيين فيفعله ان شا استعملها في الركوب او في الحمل عليها واي ذلك فعل لا يمكن ان يفعل غيره بعد ذلك لان المطلق اذا تعين يتقيد فلا يبقى مطلقا ولكن لا يملك الاجارة اصلا لانه عقد لازم والعارية عقد جائز وبنا الجائز على اللازم لا يجوز وقال الاسبيجابي في شرح الكافي وقد قال بعض اصحابنا بانه يملك الاجارة وتنعقد جائزة غير لازمة ثم قال والصحيح انه لا يملك الاجارة وفي تحفة الفقهاء ليس للمستعير ان يؤاجر فان فعل فهو ضامن حين سلمه الى المستاجر ويكون المعير بالخيار ان شا ضمن المعير وان شا ضمن المستاجر لوجود التعدي منهما فان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر لانه ملك العين بالضمان فكانه اجر ملك نفسه فظهر انه ان ضمن المستاجر ان كان لا يعلم انه عارية يرجع على المستعير لانه ضمن الغير فرب باعاب عقد فيه بدل فيكون غرورا فاما اذا كان يعلم لا يرجع لانه لا غرور فيه والرجوع بحكم الغرور م ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما ش تعليل ثان ويمكن ان يكون جواب شبهة ذكرها السايل وهو ينبغي ان يملك المستعير الاجارة لانه مالك المنفعة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يجبر حق تمام المعير عذرا في نقض الاجارة فاجاب عنها بقوله ولانا لو صححنا

اي لو صححنا عقد اجارة المستعير لا يصح الا لازما لانه لا يصح ان يكون غير لازم لانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فالعقادة غير لازم لانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم عكس الموضوع بهذا الاستيلا اليه وكذا الاستيلا الى كونه لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير لان اللزوم لا يكتسب الا منه فيكون من مقتضيات عقد العارية وفي كونه لازما زيادة ضررا بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة لعدم قدرته عليه الى انقضائها فحينئذ يكون عقد الاعارة عقدا لازما وهو ابينا خلاف المشروع م فابطلناه ش اي عقد الاجارة م وضمنه ش اي ضمن المعير ما اجره حين سلمه ش اي الى المستاجر لانه اي لان عقد الاجارة م اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وحكم الغصب الضمان وفي الذخيرة واذا اجرها صار ضامنا وكان الاجر له يتصدق به م وان شا المعير ضمن به المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه اللام في لنفسه تتعلق بقبضه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر ش اي ان ضمن المعير المستاجر يرجع المستاجر م على المؤاجر ش وهو المستعير م اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور عنه ش اي عن المستاجر لان هذا الغرر في ضمن العقد بخلاف ما اذا علم اي المستاجر بكونها عارية في يد المؤاجر حيث لم يرجع عليه لانه لم يوجد منه الغرور وقال الثلاثة لا يرجع مطلقا لانه غاصب ثان فيضمن بفعله م قال ش اي القدوري م وله ش اي للمعير م ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والزراعة والسكنى كذا ذكر النظاير التمرتاشي وبه قال مالك والشافعي في قول وفي مختصر الاسرار يجوز للمستعير ان يعير وان شرط ان لا يعير الا ان يكون مما يختلف في الاستعمال م وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بيناه من قبل م يعني في هذا الباب انها اباحة المنافع عنده م والمباح له لا يملك الاباحة وهذا ش اي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة لا يصار الى التمليك وبه قال احمد م ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا ش يعني في هذا الباب م فيملك الاعارة يعني اذا كانت الاعارة تمليكا للمنافع ملك المستعير حينئذ الاعارة لان المتملك يتصرف في ملكه م كالموصى له بالخدمة ش اي بخدمة عبده مثلا يجوز له ان يعير لتملكه المنفعة م والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة ش هذا جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة م فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة ش اي يجعل المنافع ايضا قابلة للملك في الاعارة دفعا لحاجة الناس م وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل ش بين ما لا يختلف وتقرير الجواب انه انما لا يجوز اعارة ما استعاره فيما يختلف باختلاف المستعمل م دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره ش اما ما لا يختلف باختلاف المستعمل فليس فيه ضرر وقد مر ان المتملك يتصرف بمثله م قال رحمه الله اي قال المصنف رحمه الله م وهذا ش اي ما ذكرنا من ولاية الاعارة للمستعير م اذا صدرت الاعارة مطلقة ش اي عن الوقت والانتفاع م وهو ش اي كما يصدر عن عقد الاعارة م على اربعة اوجه ش وهي قسمة عقلية وانحصارها على الاربعة ضرورة لان الشيئين هما الاطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما م الوقت والانتفاع فكانت اربعة لا محالة م احدها شيا في اي وقت شا عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما ش اي في الوقت والانتفاع بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعته وليس له ش اي للمستعير م ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد ش مثلا استعار دابة ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فلا يحمل غيرها م الا اذا كان خلافا مثله ش كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة اقفزة من هذه الحنطة فحملها عشرة اقفزة من حنطة اخرى م او خير منه ش اي او كان خلافا الى خير منه م بان قال عشرة اقفزة من الحنطة فحمل عليها عشرة من شعير لا يضمن استحسانا وفي القياس يضمن لانه يخالف وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته والشعير اخف من الحنطة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا م والحنطة مثل الحنطة ش اشار بهذا الى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة حنطة المستعير او غيره فالحنطة جنس واحد سوا كانت للمستعير او لغيره او عينها المعير او لم يعينها م والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه ش اي عكس الثالث وهو ان تكون مطلقة في حق الوقت مقيدة في حق الانتفاع م وليس له ان يتعدى ما سماه ش اي ليس للمستعير ان يتعدى ما عينه المعير في الوجهين الاخيرين ثم فرع على هذا ابا لغا التفريعة بقوله م فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا ش لان الناس يتفاوتون في الركوب م لانه لما اطلق فله ان يعين ش اي لان المستعير لما اطلق العارية فله ان يعين الاطلاق م حتى لو ركب بنفسه فليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ش وفي بعض النسخ ليس له ان يركبه اي ليس له ان يركب الدابة غيره والتذكير يكون على تاويل الحيوان او الحمار او الفرس او البغل ولو اركب غيره ليس له ان يركبه ش اي بنفسه وتذكير الضمير بالتاويل الذي ذكرناه الان ثم ذكر في الكتاب ان المستعير يملك الاعارة ولا يملك الاجارة ولم يذكر انه هل يملك الايداع بهذا وكذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يودع واليه ذهب الفقيه ابو الليث والشيخ الامام ابو بكر محمد ابن الفضل البخاري والصدر الاجل برهان الايمة والد الصدر الشهيد قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه اشار محمد في اخر كتاب العارية فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم انه

فهو خصم وان قال الذي في يده قد اودعنيها فلان الذي اعرتها منه فليس بخصم وهذا يدل على ان للمستعير ان يودع واستدل وعليه
الفتوى وقال ـــ الاتراري هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في اخر كتاب العارية من الاصل وفي الكافي وقال
بعضهم لا يودع قصدًا وكان الكرخي يقول لا يجوز ان يودع واستدل بمسئلة ذكرها في الجامع الصغير وهي ان المستعير
اذا بعث العارية فليس ذلك الا الايداع منه كذا في شرح الطحاوي م حتى لو نقله ضمنه لانه تعين الاركاب ش يعني
لو ركبه بنفسه بعد ان اركب غيره ضمنه وهو لو نقله ضمنه لانه تعين الاركاب الصحيح وهو اختيار فخر الاسلام وقال
غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب ولا يضمن شيئا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده
لانه يملك الاعارة قال اي القدوري وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض يعني عارية
هذه الاشياء قرض ش قال الكاكي ولا نعلم فيه خلافا الا ما نقل عن بعض اصحاب الشافعي هذه اعارة فاسدة في وجه يعني بعضهم
الصحيحة وفي وجه لا يضمن لانه اعارة فاسدة ذكره في شرح الوجيز قلت ذكر في الروضة لا يجوز اعارة الطعام قطعا
ولا الدراهم والدنانير على الاصح وقال ـــ الامام وجرى الوجهان في اعارة الحنطة والشعير ونحوهما وقال
المتولي هذا اذا اطلق اعارة الدراهم اما اذا صرح بالاعارة للتزين فينبغي ان يقطع بالصحة وفي الجواهر للمالكية اذا
استعيرت الدراهم والدنانير لتبقى اعيانها كالصيرفي يجعلها بين يديه ليري انه ذو مال فيتضمنه البايع والمشتري
او الرجل يكون عليه دين ويجعلها في يده فيستعيرها لذلك فهذه تضمن اذا لم يقيموا البينة على تلفها ولا تضمن مع الشهادة
على ذهابها وفي المغني قال ابو بكر البلخي قال اعرتك هذه القصعة من الثريد فاخذها فاكلها فعليه مثلها او قيمتها
لان اعارة ما لا ينتفع بها الا له قرض قال ابو الليث الجواب هكذا اذا لم يكن بينهما مباسطة او دلالة الاباحة وقوله
والمكيل يتناول كل مكيل والموزون يتناول كل موزون والمعدود يتناول كل المعدود وقال الحاكم في كافيه وعارية
الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال ويوزن او يعد عددا مثل الجوز والبيض انتهى وفي الغاية وكذا
الاقطان والصوف والابريسم والصوف والمسك والكافور وساير متاع العطر والصيدلة التي لا يقع عليها الاجارة على مثالها
قرض لذلك م لان الاعارة تمليك المنافع ولا يملك الانتفاع بها ش اي بالاشيا المذكورة م الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك
العين ضرورة وذلك ش اي تمليك العين م بالهبة او القرض وادناهما ش يعني ضررا على المعير لانه يوجب المثل م والهبة لا
يوجبه م فيثبت ش اي الادنى لانه الثابت يقينا م ولان من قضية الاعارة الانتفاع ش اي انتفاع المستعير م ورد
العين ش اي الى المعير وقد عجز عن رده للاستهلاك م فاقيم رد المثل مقامه ش اي مقام العين م قالوا ش اي المشايخ هذا
اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا ش من عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها
والمعيار العيار الذي يقاس به غيره ويسوى وفي بعض النسخ ليعيرها وهذا اختيار الصواب ليعاير قال الجوهري عايرت المكاييل
تلك وموازينك ولا تقل عيرت م او يزين بها ش اي بالدراهم والدنانير م دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة
المسماة وصار كما اذا استعار انية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده ش او منطقة مفضضة او خاتما وكذلك فكل ذلك لا يكون
قرضا لان هذه الاعيان مع الانتفاع مع بقائها يمكن فصار نظير ساير العواري م قال ش اي القدوري م واذا استعار
ارضا ليبني فيها او ليغرس ش فيها م جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه ش اي يكلف المستعير م قلع البنا والغرس
ش بفتح العين وكسرها كذا في المغرب اما الرجوع فلما بينا ش عند قوله وللمعير ان يرجع متى شاء م واما الجواز فلانها
ش اي فلان المنفعة م معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة ش دفعا للحاجة م واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا
لارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن ش اي المعير وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور ش
يعني من جانب المعير م حيث اعتمد اطلاق العقد ش وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه الوعد
ش اي من المعير م وان كان ش اي المعير وقت العارية فرجع قبل الوقت صح رجوعه لما قلنا ش من ان له الرجوع متى شاء
وعند مالك ليس له الرجوع قبل مضي المدة وفي الجواهر متى كانت العارية الى اجل معلوم او كان لها قدر معلوم لعادة
العاجة الى موضع كذا او العبد ليبني بنا او ليخيط له ثوبا فهي له لازمة كهيئة الرقاب فان لم يضرب اجلا ولا كان لها
مدة انقضا فهي لازمة ايضا بالقول والقبول وليس له الرجوع فيها ويلزمه ابقاؤها مدة ينتفع بها فيها الانتفاع
المعتاد مثلها عند استيفاها م ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد ش اي لما في الرجوع في الموقت من خلف الوعد
وهو شعبة من النفاق م وضمن المعير ما نقص البنا والغرس ش اي نقصان البنا والغرس فكلمة ما مصدرية
ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي نقص البنا فعلى هذا يكون البنا والغرس مرفوعين على الفاعلية على
الاول وعلى الثاني يكونا منصوبين على المفعولية والغرس بكسر العين ذوي بالفتح على ارادة المغروس م بالقلع
ش اي بسبب القلع ووجهه ان ينظر كم يكون قيمة البنا الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا اذا قلع في الحال

يكون

يكون قيمة النقض دينارين فيرجع بما وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق سوا لبطلان الاجل في العواري
ولنا هو قوله م لانه مغرور من جهته ش اي لان المستعير مغرور من جهة المعير حيث وقت له والظاهر هو الوفا بالعهد
فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكر القدوري في المختصر ش حيث قال وان وقت العارية فرجع قبل الوقت
ضمن المعير ما نقص البنا والغرس بالقلع فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة والاعارة
ليست كذلك قيل له ان التوقيت من المعير ضمان لقيمة البنا والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى ويقدر كانه
قال ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك كما انك وحيث كانت الاعارة دون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من ٥٥
ان يترك الوقت وذلك ما قلنا م وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله ش وهو ابو الفضل محمد بن احمد السلمي المروزي
صاحب التصانيف مصنف الكافي والمنتقى وغير ذلك استشهد في شهر ربيع الاخرة سنه اربع وثلاثين وثلاثمائة
م انه ش اي ان الشان م يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنايه ويكونان ش اي الغرس والبنا م له ش اي
لان كل واحد من البنا والغرس ملك المستعير قالوا ش اي المشايخ المتاخرون م اذا كان في القلع ضرر بالارض
فالخيار لرب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع ش وهو الغرس او البنا م والترجيح بالاصل اي يكون بالا
صل ومذهب الشافعي في هذا ما ذكره في الروضة ان اعارة الارض للبنا والغرس نوعان مطلقة ومقيدة ففي
المطلقة للمستعير ان يبني ويغرس ما لم يرجع المعير فاذا رجع لم يكن له البنا والغرس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع
مجانا وكلف تسوية الارض كالغاصب وان كان جاهلا فوجهان واما ما بني وغرس قبل الرجوع فان امكن رفعه من غير نقص
يدخله رفع والا فينظر ان شرط عليه القلع مجانا عند رجوعه وتسوية الحفر لزمه فان امتنع قلعه المعير مجانا وان شرط القلع
دون التسوية وان لم يشترط القلع نظر ان اراد المستعير مكن منه ويلزمه تسوية الحفر على الاصح وان لم يرده لم يكن للمعير قلعه
مجانا لكن يخير المعير بين ثلاث خصال ان يبقيه باجرة ياخذها وان يقلع ويغرم ارش النقص وهو قدر التفاوت
بين قيمته نابتا ومقلوعا وان يتملك بقيمته وفي المعتمد للمستعير البنا والغرس الا ان يرجع المعير له ان يجدد كل
يوم غرسا وبعد انقضا المدة ليس له احداث البنا والغرس واذا رجع المعير قبل المدة او بعدها فالحكم كالرجوع في الاول
لكن هنا وجه انه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة وقول انه اذا رجع بعد المدة وله القلع مجانا بفعله الساحي والمذهب الا
ول ومذهب احمد ما ذكر في حاويهم وان اعار ارضا لغرس او بنا مطلقا والى مدة فيرجع وقد شرط القلع متى رجع او عند
انقضا المدة تفرغت لزمه القلع ولم يلزمه النقص ولا المستعير تسوية الارض الا بشرط وان لم يشترطا قلعه فللمعير
اخذه بقيمته او قلعه فللمعير اخذه بقيمته او قلعه وضمان نقصه فان قلع فللمستعير التسوية وان ابيا ذلك وابيع كلاهما
ولو استعارها ش اي الارض م ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع ش قال الاتراري قيل ينبغي ان يروي على بنا المفعول
من الثلاثي المجرد والاصح ان يروي بكسر الصاد من الاحصاد يقال احصد الزرع اذا حان حصاده وقال ــ الكاكي كلاهما
يجوز والاول هو الاول لكثرته وقيل الباب الباب الثاني فافهم م وقت او لم يوقت ش اراد ان الارض تترك في يده بطريق
الاعارة باجر المثل سوا عين مدة او لا والتوقيت هو تعيين الوقت م لان له ش اي للزرع م نهاية معلومة وفي الترك مراعاة
الحقين ش اي حق المعير والمستعير كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يبلغ بعد فانه يترك الارض في يده باجر
مراعاة للجانبين كذا هنا وبه قال الشافعي في وجه ومالك واحمد في وجه وعن احمد ان كان مما يحصد قصيلا بالاصرار فله الرجوع
لعدم الضرر فيه ثم استحصد الزرع فصاحب الارض ياخذ الارض مع الاجر وقال ـــ ابو اسحاق الحافظ انما يجب
الاجر لصاحب الارض اذا اجر الارض سنة او القاضي بعد مضي المدة وبدون ذلك لا يجب الاجر لصاحب الارض اذا اجر الارض
سنة او القاضي ومن اكثر الروايات انه يشترط الاجر وقد قيل يقتضي تعليل المصنف بقوله لان له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر
عن المالك لان في ابقائه ضرر له والضرر مدفوع وقال ش اي القدوري واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب
عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه ش لان الغرم بالغنم وهذا لا خلاف فيه م واجرة رد العين المستاجرة
على الموجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى ش لانه سلم له ما شرط
من اجرة العين م فلا يكون عليه ش اي على المستاجر مؤنة رده ش لما ذكرنا من ان الغرم بالغنم م واجرة رد العين المغصوبة
على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه ش لقوله عليه السلام على اليد
ما اخذت حتى ترد ولا خلاف فيه م قال ش اي القدوري رحمه الله م واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن
وهذا ش اي عدم الضمان م استحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولو
ردها الى المالك يردها الى المربط ش بفتح الميم موضع الربط وذكر التمرتاشي عن ابي سلمة ان كان المربط خارج الدار لم يبرا لان
الظاهر انها تكون هناك بلا حافظ وقيل هذا في عادتهم م وان استعار عبدا فرده الى دار مالكه ولم يسلمه لم يضمن ش هذا

هذا اللفظ القدوري ايضا الا ان لفظه واكري الشيخ وان استعار لما بيناه م اشار به الى قوله لان رد العواري الى دار الملاك معتاد
يعني هذا اذا استعار عقدا لو لم يردها الا للعقد للعرف لذلك م ولو رد العين المغصوب او الوديعة الى دار
المالك لم يسلمها اليه ضمن ش هذه من مسائل القدوري ايضا لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك
دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في عياله لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه م بخلاف
العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية م عقد جوهر ش بكسر العين وسكون القاف وهو القلادة م
لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه ش اي في حكم عقد
رد الجوهر قال ش اي في الجامع الصغير م ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن ش اراد بالاجير السائس
ونحوه قال احمد وقياس قول الشافعي ان يضمن كما في الوديعة م والمراد بالاجير ان يكون مشاهرة او مسانهة لا مياومة
فله ان يحفظها بيد من في عياله م وكذا اذا ردها ش اي الدابة المستعارة م مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك
يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده ش اي لو رد المستعير الدابة الى المالك فهو يرده الى عبده وذكر
الضمير في الموضعين باعتبار الحيوان او الحمار ونحوه م وهو مثل هذا ش اي عدم الضمان بالرد الى عبد رب الدابة
في العبد الذي يقوم على الدواب ش وهو السائس وقيل فيه وفي غيره ش اي في عدم الضمان في العبد الذي يقوم
على الدواب وفي غيره م وهو الاصح ش اي القول الثاني هو الاصح م لانه ش اي لان مالك الدابة م وان كان لا
يدفع اليه ش اي الى عبده الذي لم يقم على الدواب دائما ش بكسر الياء آخر الحروف بعدها موحدة ومعناه دائما
م يدفع اليه احيانا ش اي في بعض الاحيان م وان ردها مع اجنبي ضمن ش يعني اذا هلكت لانه ليس بنائب عن المالك
فصار متعديا م ودلت المسئلة ش اي المسئلة المذكورة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا م لما وضعه في يد الاجنبي
للرد كان ايداعا كما قاله بعض المشايخ ش منهم الكرخي والبقال م وقال بعضهم ش اي بعض المشايخ ومنهم مشايخ العراق يملكه
ش اي يملك المستعير الايداع م لانه دون الاعارة ش اي لان الايداع دون الاعارة لانه لما ملك الاعارة مع انها
ايداع وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى وبه اخذ ابو الليث والفضلي م وفي الكافي وعليه
الفتوى م واولوا ش اي اول مشايخ العراق هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة ش اراد ان هذه المسئلة فيما اذا
كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق م قال ش
ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة
له اي لعقد الاعارة م والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار م حيث لا يكتب اسكنتني ش وكذا في اعارة الثوب لا يكتب
البستني وبه قالت الثلاثة م وله ش اي لابي حنيفة م ان لفظة الاطعام ادل على المراد ش من الاعارة م لانها ش اي لان
لفظة الاطعام م تخص الزراعة والاعارة تنتظمها ش اي تشملها م وغيرها ش اي وينتظم غيرها م كالبناء ونحوه ش مثل نصب
الفسطاط م فكانت الكتابة بها ش اي بلفظة الاطعام اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والعرض يصير معلوما
بقوله اعرتني وكذا في الثوب والله اعلم

م كتاب الهبة ش

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث
ان كلا منهما يشتمل على التمليك الا ان العارية مفردة والهبة مركبة لان العارية تمليك المنفعة فقط وفي الهبة تمليك
العين مع المنفعة والهبة في اللغة مصدر من وهب يهب واصلها وهب لانه معتل الفاء كالعدة اصلها الوعد
والهبة في اللغة فلما حذفت الواو تبعا لفعله عوضت عنها الهاء فقيل هبة وعدة ومعناها ايصال الشيء للغير بما ينفعه
سواء كانت مالا او غيرا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهوبة والجمع هبات وموهوبة والهبة منه اذا قبله والاتهاب
اذا طلب الهبة وفي الشرع هي تمليك المال بلا عوض م الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا ش
هذا الحديث رواه من الصحابة ابو هريرة رضي الله عنه وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم اجمعين اما حديث ابي هريرة
فرواه البخاري في كتاب المفرد في الادب حدثنا عمرو بن خالد حدثنا ضمام بن اسماعيل سمعت موسى بن وردان عن
ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال تهادوا تحابوا واخرجه النسائي في كتاب الكنى عن ابي الحسين محمد
بن بكير الحضرمي عن ضمام بن اسماعيل به وكذلك رواه ابو يعلى الموصلي في مسنده والبيهقي في شعب الايمان وابن
عدي في الكامل واعله بضمام وقال ان احاديثه لا يرويها غيره واما حديث ابن عمرو رضي الله عنهما فرواه الحاكم
في كتاب علوم الحديث فقال سمعت ابا زكريا العنبري قال سمعت ابا عبد الله البوشنجي حدثنا يحيى بن بكير عن ضمام بن اسماعيل
عن ابي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تهادوا تحابوا واما حديث ابن عمر رضي الله عنهما فرواه
ابو القاسم الاصبهاني في كتاب الترغيب والترهيب من حديث اسماعيل بن ابي راشد حدثنا محمد بن داود بن عبد الجبار
ابيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تهادوا

تحابوا

تحابوا وفي حديث عائشة رضي الله عنها فرواه الطبراني في معجمه الاوسط حدثنا محمد بن يحيى بن محمد السكري حدثنا عثمان
ابن سعيد حدثنا عمرو بن الربيع حدثنا المثنى ابو حاتم العطار عن عبيد الله العمري عن القاسم بن محمد بن بكر
عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا اولادكم مجدا واقيلوا الكرام
عثراتهم واخرجه مالك في الموطا مرسلا عن عطاء الخراساني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصافحوا يذهب
الغل وتهادوا تحابوا ويذهب الشحناء قوله تهادوا بفتح الدال وسكون الواو لانه صيغة خطاب الجماعة من التهادي
واصله تهاديوا لانك تقول تهادى تهادا تهاديوا قلبت الياء الفا لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت
لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالى اصلها تعاليوا قال تعالى قل تعالوا الى كلمة سواء قوله تحابوا بتشديد
الباء المضمومة وهو ايضا صيغة خطاب للجماعة واصله تحاببوا ولكن سقطت النون لانه جواب الامر واصله تحاببون
لانه من التحابب من المحبة اذ عمت الباء في الباء وقال الحاكم تحابوا اما بتشديد من الحب واما من التخفيف من المحاباة
قلت يرجح الاول الذي هو المشهور ما اخرجه البيهقي في شعب الايمان عن صفية بنت حرب عن ام حكيم
بنت وداع او قال وادع قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم تهادوا فانه يزيد في القلب حبا م وعلى ذلك ش اي على كون
الهبة مشروعا م انعقد الاجماع ش اي اجماع الامة م وتصح ش اي الهبة م بالايجاب ش بقوله وهبت ونحوه هذا بمجرده في
حق الواهب م والقبول ش بقوله قبلت م والقبض ش بالجر اي وبالقبض فلا تتم في حق الموهوب له الا بالقبول والقبض
كما في لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول بالقبض وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب
فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض كما في البيع او حلف على ان يهب فلانا فوهبه
ولم يقبل بر في يمينه عندنا اما الايجاب والقبول فلانه عقد ش اي فلان الهبة عقد كسائر العقود وذكر الضمير
باعتبار العقد م والعقد ينعقد بالايجاب والقبول لان قيام العقد بهما م والقبض لا بد منه لثبوت الملك ش وبه
قال الشافعي واحمد واكثر الفقهاء والتابعين الا ان احمد يقول ان كانت الهبة عينا تصح بدون القبول في الاصح وفي
الكيل والموزون لا تصح بدون القبض وقال مالك يثبت الملك فيه بدون القبض اعتبارا بالبيع لانه عقد لازم
نقل الملك فلم يتوقف على القبض كالبيع ولانه ازالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف وبه
ابو ثور والشافعي في القديم وابن ابي ليلى وفي كتاب التفريع لاصحاب مالك ومن وهب شيئا من ماله لزمه
دفعه الى الموهوب له اذا طالبه به فان ابى ذلك حكم به عليه اذا اقر واقامت عليه البينة وان انكر الهبة حلف عليها وبرئ
منها وان نكل عن اليمين حلف الموهوب له واخذها منه وان مات الواهب قبل دفعها الى الموهوب له فلا شيء له اذا كان يمكنه
اخذها ففرط فيها وان مات الموهوب له قبل قبضها قام ورثته مقامه مطالبة الواهب بهبته انتهى وقال الخرقي
من اصحاب احمد لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن الا بقبضه وتصح في غير ذلك بغير قبض اذا قبل كما تصح في البيع م وعلى
هذا الخلاف الصدقة ش يعني عندنا يشترط فيها القبض خلافا لمالك م ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة ش هذا حديث
منكر لا اصل له والعجب من الاكمل حيث يقول بل هذا الحديث ليس بمرفوع بل هو قول علي وعمر رضي الله عنهما ولم يبين ذلك ولكن
لذلك بل هو الذي ذكره المصنف قول ابراهيم النخعي رواه عبد الرزاق في مصنفه وقال اخبرني سفيان الثوري عن منصور
عن ابراهيم قال لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل ان تقبض واما قول عمر رضي الله عنه فهو ما رواه البيهقي في حديث
يزيد بن زريع حدثنا سعيد عن قتادة عن يحيى بن يعمر عن ابي موسى قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه الانحال ميراث ما لم يقبض
والاحسن ان يستدل على اشتراط القبض في الهبة بما اخرجه البيهقي من حديث عبد الله بن وهب اخبرنا مالك ويونس وغيرهما
ان ابن شهاب اخبرهم عن عروة عن عائشة رضي الله عنها ان ابا بكر رضي الله عنه نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالغابة
فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس احد احب الي غنى بعدي منك ولا اعز علي فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك
من مالي جداد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحرزتيه كان لك ذلك وانما هو مال الوارث وانما هما اخواك واختاك
فاقتسموا على كتاب الله عز وجل وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار وقال حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب ان مالكا حدثه
الحديث فهذا ادل دليل على اشتراط القبض وبه استدل في المبسوط واصحاب الشافعي في كتبهم نحلها اي وهبها
والجداد بكسر الجيم من جددت الشيء اجده بالضم جذا قطعته وروي جاد عشرين وسقا قال الخطابي الجاد هنا
بمعنى المجدود فعال بمعنى مفعول والوسق ستون صاعا والغابة بالغين المعجمة وبعدها الالف ثم باء موحدة مخففة وهي موضع
مشهور بالمدينة وفي رواية من ماله بالعالية وهو ايضا موضع بالمدينة م والمراد نفي الملك ش اي المراد من قوله عليه
السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة عدم ثبوت حكم الهبة وهو الملك م لان الجواز ش اي جواز الهبة م بدونه ثابت
ش اي بدون الملك لان الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق م ولانه ش اي ولان عقد الهبة م عقد تبرع ش وعقد التبرع لم

يلزم به شي لم يتبرع به م ولا اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيا لم يتبرع وهو ش اي الذي لم يتبرع به هو م ولا يصح ع
لان من ضرورات الملك التسليم ورد بان المتبرع بالشي قد يلزمه تمام ما تبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر
ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم به الشي
الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشي واجبا كما ذكرت في الصور فانه يجب في النذر او المشروع وما لم يتم الواجب به لم
واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به بخلاف
الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ش لما قاس مالك الهبة على الوصية والوقف في عدم اشتراط القبض
اجاب عن ذلك بقوله بخلاف الوصية اراد بين الهبة والوصية فرقا وهو ان الملك لا يثبت في الوصية الا بعد الموت
وحين لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهليته اللزوم وهو معنى قوله م ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم ش يعني الـ
وكذلك القياس على الوقف غير صحيح لانه اخراج الملك الى الله تعالى والتصدق بمنفعته ولهذا لا يشترط القبض م وحق الوارث
متاخر جواب عما يقال الوارث خلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه ويتر
ان حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها س اي الوصية يعني لما لم يكن الوارث خليفة له فيها ليقام مقام المي
فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك م فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا
هذا لفظ القدوري في مختصره م يعني ان قبض الهبة الموهوب له في مجلس العقد بغير اذن الواهب جاز وبحث
الهبة استحسانا قال الكرخي في مختصره فان اذن له في القبض فقبض بحضرة الواهب او بغير حضرته جاز
القبض وان وهب له دينا على رجل واذن له ان يقبضه من الذي هو عليه جاز اذا قبض ذلك استحسانا ايضا وان لم
ياذن له في قبض الدين لم يجز الهبة وان قبضه الموهوب له وان كان ذلك بحضرة الواهب لان المال الذي يقبض عن
الدين ملك الذي عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين او يحمل بقبضه الى غيره فيقبضه الغير وان قبض
بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين ش اي فيما اذا قبض في المجلس باذن
الواهب وفيما اذا قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين ش اي
فيما اذا قبض في المجلس باذن الواهب وفيما اذا قبض بعد الافتراق بدون اذنه وبالقياس قال الشافعي واحمد م لان القبض
تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق س بالاتفاق بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق فلا يصح بدون
لان التصرف في ملك الغير بغير الاذن غير صحيح م ولنا م اراد به وجه الاستحسان قيل ذكر لنا هاهنا غير مناسب لانه ذكر القياس
والاستحسان لم يذكر قول الخصم في المتن فلم يبق ذكر لنا مناسبا بل كان المناسب ان يقول وجه الاستحسان قلت لما كان
القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا ناسب ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي ان القبض بمنزلة
القبول في الهبة م اي ان القبض في الهبة بمنزلة في البيع م من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك س اي في
القبول فاذا كان القبض مثل القبول لا يثبت حكم الملك الا في القبض كما لا يثبت في البيع الا في القبول م والمقصود منه
اي مقصود الواهب من عقد الهبة س اثبات الملك س للموهوب فيكون الايجاب منه س اي من الواهب تسليطا على
القبض م تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ش بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا س انما في بعض النسخ لانه اي لان الشان
انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له اي للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به س اي بالقبول وهو
القبض م بخلاف ما اذا نهاه س كان ينبغي ان يقول وبخلاف ما والقطع عطفا على قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق
لان حكمهما واحد وهذا جواب عن سوال مقدر تقديره ان يقال يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود لو
يجز له القبض وتقرير الجواب انه اذا نهاه يعني صرح عن القبض في المجلس بان قال له لا تقبض فانه لا يصح قبضه في المجلس
وبعده م لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح س اراد بالدلالة الاذن الحاصل من ايجاب الواهب للقبض والصريح هو
قوله لا تقبض فان الاذن الذي حصل من الايجاب دلالة بطل بوجود صريح النهي لان الدلالة لا تقابل الصريح وفيه مناقشة
الاول ان القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع الثانية ان مقصود البايع من
البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البايع تسليطا على القبض حتى لو
قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن الجواب عن الاول ان الايجاب من البايع شطر العقد وهو
لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراه وعن الثالثة بانا لا نسلم ان مقصود
البايع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني فلا يعتبر به م
قال ش اي القدوري م وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول ش اي قوله وهبت م صريح فيه
ش اي في عقد الهبة م والثاني ش اي قوله نحلت مستعمل فيه ش اي في عقد الهبة اراد انه مجاز فيه ايضا صريح لان المجاز المتعارف

كالصريح الان قوله وهبت لما كان صريحا حقيقة ونحلت واخواتها صريحا مجازا فرق بينهما قال النبي صلى الله عليه وسلم اكل اولادك
نحلت مثل هذا قال لا قال رسول الله س هذا الحديث اخرجه الائمة الستة عن النعمان ابن بشير قال ان اباه اتى النبي صلى الله عليه
وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا فقال رسـ
ول الله صلى الله عليه فارجعه اخرجه البخاري ومسلم في الهبة وابو داود في البيوع والنسائي في النحل والترمذي وابن
ماجة في الاحكام اخرجوه من غير وجه عن النعمان ابن بشير بالفاظ مختلفة والمعنى واحد والعجب من الكاكي مع اعتنائه
الى اطلاقه في الحديث انه لما ذكر هذا الحديث قال كذا في المبسوط فهذا قول من لم يحم حول دست الحديث ولا طرق في
سمعه اسم البخاري ومسلم ولا غيرهما وكذا الثالث يقال اعطاك الله تعالى ووهبك الله يعني س اراد بالثالث اعطيتك
اي هو ايضا مستعمل في عقد الهبة مجازا كما يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا ينعقد بقوله اطعمتك
هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشي وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة س هذه اربعة
الفاظ ثلاثة تنعقد بها الهبة مطلقا والرابع وهو حملتك لا تنعقد به الا بالنية على ما يجي به الان م اما الاول
يعني قوله اطعمتك هذا الطعام لان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم اراد به تمليك العين بغير عوض فيكون
هبة بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينه لا تطعم اي لان عين الارض والذي ذكر
باعتبار المذكور في بعض النسخ لان عينها وهو الاصوب فيكون المعنى اطعمتك ما يحصل منها فكان تمليكا لمنفعة الارض
دون عينها م فيكون المراد اكل غلتها اي اذا كان كذلك يكون من قوله اكل غلة الارض وهو ريعها وقال الاترازي
ولنا في تفسير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين
فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يوكل عينه فكان الاطعام في الاية مضافا الى
ما يطعم عينه فافهم قلت لا نسلم انه اضيف الى ما يوكل عينه بل هو مضاف الى عشرة مساكين فافهم
م واما الثاني ش يعني قوله جعلت هذا الثوب لك م فان حرف اللام للتمليك ش فكان معناه ملكت هذا الثوب
الا ترى انه في التمليك بدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك فكذا في التمليك بغير بدل وكسوتك هذا الثوب
معناه لانه لتمليك قال الله تعالى او كسوتهم والكفارة لا يتادى الا بالتمليك م واما الثالث س يعني واما قوله واعمرتك
هذا الشي فلقوله صلى الله عليه وسلم من اعمر رجل عمرى له عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده س هذا الحديث اخرجه مسلم
وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعمر رجلا
عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها وهي لمن اعمر ولعقبه م وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى م يقال
اعمرته دارا او ارضا او ابلا اذا اعطيته اياها وقلت هي لك عمرى او عمرك فاذا مت رجعت الي والعمرى اسم م لما
قلنا س اشارة به الى قوله فان حرف اللام للتمليك م واما الرابع ش يعني قوله حملتك على هذه الدابة م فلان الحمل هو
الاركاب حقيقة فيكون عارية م قيل كيف يستقيم هذا القول وقد قال في العارية ان حملتك لتمليك العين قلت
مر هذا النظر هناك وتحرير الجواب ان قوله هاهنا حقيقة بالنظر الى الوضع وقوله هناك لتمليك العين يعني في العرف
والاستعمال ولكن الحقيقة ما هجرت بالعرف فيصير كانه مشترك م لكنه يحمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس
اي ملكه اياها وهو معنى قوله ش ويراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم م فان المراد به تمليك العين لا تمليك المنفعة
م ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه س اي من فلان ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل
س اراد به ما ذكره من قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة ولكن اذا نوى التمليك يثبت لانه محتمل كلامه م ولو قال داري
لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يقول هذه لك هبة سكنى ودفعها اليه قال هذه عارية وان قال هي هبة تسكنها فهي هبة وان قال هي لك سكنى هبة
فهي سكنى اسمي س ونصب الهبة في الموضعين على الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام لان العارية محكم
في تمليك المنافع والهبة س يحتملها اي يحتمل هذا المنافع م وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم س يعني صار المحكم قاضيا
على المحتمل فكانه قال سكنى داري لك فتكون عارية لان العارية محكم فان قلت من اين تقول انها محكم قلت
لانها لا تحتمل تمليك الرقبة لانه خرج التفسير الاول الكلام فيتغير به حكم اول الكلام قال السراج كان حق الكلام ان
يقول لان التسكين محكم في تمليك المنفعة وكذا ذكره في المبسوط حيث قال لان السكنى محكم واجيب بان سكنى لا يحتمل
الا العارية فاطلق عليه اسم العارية م وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى ش بضم النون وسكون الحاء وهي العطية
م او سكنى صدقة ش بان قال داري لك سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة ش بان قال داري لك عارية هبة
م لما قدمناه م اشارة الى قوله فيحمل المحتمل على المحكم ولو قال هبة تسكنها فهي هبة س ذكر في المبسوط لو قال داري لك هبة

تمكنها او قال عمري تمكنها وسلمها اليه فهي هبة م لان قوله هبة تمكنها مشورة ش بفتح الميم وضم الشين بمعنى الشورى اي
استخراج راي على غالب الظن م وليس بتفسير ش لان الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم م وهو تنبيه على المقصود ش بانه ملكه الدار
عمره لتمكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام ملكك هذا الثوب ملبسه فانما
قيل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل م بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له ش لان قوله سكنى اسم فجاز ان يكون تفسيرا
للاسم فيتغير به اول الكلام كما في الاستثناء والشرط فيكون عارية م قال ش اي القدوري م ولا تجوز الهبة فيما يقسم
الا محوزة ش اي مفرغة عن املاك الواهب حتى لا يصح هبة الثمر على النخل والزرع في الارض بدون النخل والارض
وكذا العكس عندنا م مقسومة ش احترازا به عن المشاع قيل في الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم كل شيء يضره التبعيض
ويوجب نقصانا في ماليته فانه لا يحتمل القسمة كالدراهم والدنانير لهبة بعضه جائز بلا خلاف وقيل كل ما يفوت بالقسمة
منفعته كالاصل وجنس منفعته كالحمام والرحى فهو لا يحتمل القسمة وقيل كل مشترك بين اثنين لو طلب احدهما القسمة
وابى الآخر فالقاضي لا يجبره على القسمة فهو مما لا يحتمل القسمة ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد لها والطارئ لا
حتى لو وهب شيئا ثم رجع في بعضه يصح الهبة والعبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد حتى لو وهب مشاعا وسلم مقسوما
يجوز ولذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر وسلمه جازت الهبة او وهب ثمرا في نخل او زرعا في ارض ثم
سلم بعد ذلك مفرزا يجوز كذا في الذخيرة وعلم نعلم من هذا المعنى قوله لا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة لا يثبت
الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا نظير البيع بشرط
الخيار وفي الغاية قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا يثبت الملك قبل القسمة وقال الشافعي هي
تامة وبعض اصحابنا قالوا انها فاسدة والاصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ولا يقال انها فاسدة بل غير تامة وبعض اصحابنا قالوا
انها فاسدة لما ذكرنا واجمعوا على ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة لما قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
وقال في الطريقة البرهانية قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يفيد الملك بالتخلية وقال شيخ
الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه قال علماؤنا اذا وهب مشاعا يحتمل القسمة لا يجوز سواء كان وهب
من الاجنبي او من شريكه وقال الشافعي يجوز من الاجنبي ومن الشريك وقال ابن ابي ليلى ان وهب من الاجنبي لم يجز وان
وهب من الشريك جاز واجمعوا على انه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه يجوز وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة
مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون المعنى ظاهرا وهب الغير الصحيح المقسوم فيما هو غير مقسوم ولا
مستنكر ودفعه بما ذكرنا فافهم م وقال الشافعي في الوجهين ش اي فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل وبه قال مالك واحمد وفي الروضة
يجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره وسواء وهبه للشريك او غيره ويجوز هبة الارض المزروعة مع زرعها ودون زرعها وعكسها
وفي الجواهر للمالكية ولا يمنع بالشيوع وان كان قبل القسمة ويصح هبة المجهول والآبق والمكاتب وفي حاوي الحنابلة ويصح هبة
المشاع وان تعذرت قسمته ويصح من الشريك وغيره سواء كانت مما ينقل ويحول او لم يكن وسواء كان مما ينقسم او مما لا ينقسم
كالشقص في الولد والدابة والجوهرة والرحى لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه ش من الصحيح والفاسد والصرف
والسلم وغيرها فان الشيوع لا يمنع التمام في هذه العقود بالاجماع م وهذا ش اي جوازه م لان المشاع قابل لحكمه ش اي لحكم
الهبة م وهو الملك ش اي فيكون محلا له م كالبيع والارث وكما هو قابل الحكم يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية
تبرعا لا يبطله الشيوع ش جواب عن سؤال مقدر تقريره ان يقال البيع لا يفتقر الى القبض بخلاف الهبة فانها عقد
تبرع وتحتاج الى القبض فلو قلنا بجوازه في المشاع يلزم ايضا وجوب ضمان القسمة وهو لم يتبرع به فاجاب بقوله وكونه
اي وكون الهبة والتذكير باعتبار الوهب او المذكور تبرعا لا يبطله الشيوع يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض
م بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا ونصفه الآخر بشركة فانه يجوز مع ان القبض شرط وقوع
الملك في القرض ثم لا تشترط القسمة م والوصية ش بان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل
التبرع حتى يكون كما نحن م ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة ش اراد به ما ذكره من قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة
الا مقبوضة وفيه نظر لانه قد تقدم ان هذا الحديث لا اصل له ولم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في اشتراط القبض
في الهبة شيء ولو ثبت اشتراط القبض فقبض كل شيء بحسبه م فيشترط كماله ش اي كمال القبض لان المنصوص عليه
يدل على الاعتناء بوجوده حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته لانه من البيت بالسنة وهذا لان الثابت من وجه دون
وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال م والمشاع لا يقبله ش اي القبض م الا بضم غيره اليه ش الا
بضم غير الموهوب الى الموهوب م وذلك ش اي الغير م غير موهوب ش وغير ممتاز عن الموهوب فصارت الحيازة ناقصة
فلا تنتقض لافادة الملك م ولان في تجويزه ش اي في تجويز عقد الهبة في المشاع الزائد م الزاما للواهب شيئا لم يلتزمه

وهو

وهو القسمة لانه ش لو تملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضوع
التبرع فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصابر من الضرر ما لم يكن
مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا
يلزمها فان قيل هذه العلة غير مطردة لانهم قالوا لا تجوز الهبة من الشريك وليس ثمة ضرر قسمة ولهذا قال ابو حنيفة
لا تجوز هبة واحد من اثنين وليس فيه ضرر القسمة قلت وجود العلة تراعى في حكم الجنس لا في كل صورة
وهذا ش اي ولان تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه ش اي جواز ثبوت الملك قبل القبض كيلا
يلزمه التسليم م وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ش
ضرورة م ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة ش وقد قيل ان هذا الذي ذكره كله مرتبا على اشتراط كمال القبض
وفي اشتراط اصله نظر فكيف باشتراط كماله والصحيح جواز هبة المشاع ورهنه واجارته ووقفه كما يجوز بيعه ورهنه
والوصية به ولا زال الناس على ذلك ولم يرد في رده كتاب ولا سنة ولا اجماع فان طلب الموهوب له القسمة والزم
بها الواهب فهو كما اذا الزم بها البائع وقد باع حصة مما يملكه فكما ان ذلك لا يمنع من صحة البيع وان كان فيه الزام
بما لا يلزمه فكذلك لا يمنع من صحة الهبة م والمهاياة تلزمه ش هذا سؤال عن جواب يرد علينا تقريره ان يقال
ينبغي ان لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة لانه تلزمه المهاياة وفي الحاقها الزام ما لم يلتزم وتقرير الجواب ان المهاياة تلزمه
م فيما لا يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين ش ولم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع بل هذه من ضرورات
الانتفاع بملكه وللقائل ان يقول الزام ما لم يلتزمه الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها نفذ وحكم
وان خصصهم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في
عوده الى ذلك الزام زيادة عين في اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة
لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة
عين ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع م والوصية ليست من شرطها القبض ش هذا جواب عن قوله كالقرض
والوصية تقريره ان الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذا
البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم ش يعني وكذا احكم البيع الخ اراد انه وان كان القبض فيها شرطا
للملك ولكنه غير منصوص عليه فيها وهو معنى قوله فالقبض فيها غير منصوص عليه فيها وهو معنى قوله م فالقبض فيها
غير منصوص عليه ش لان الشرع ما جاء باشتراط القبض فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه ولا يصح نفيه قلنا
لا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء في الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه وكرر الكلام
الكلام في السلم فان اشتراط قبض راس المال للاحتراز عن الكالي بالكالي وهو النسيئة بالنسيئة كذا فسره
ابو عبيد القاسم بن سلام وروى الحديث ايضا وقال حدثني زيد بن حباب عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن
دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الكالي بالكالي م ولانها ش اي ولان
الاشياء المذكورة عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ش يعني فناسب تعلق ضمان القسمة بها بخلاف
الهبة م والقرض تبرع ش هذا من تتمة الجواب عن قوله كالقرض والوصية ش اي القرض تبرع م من وجه
فان المستقرض مضمون بالمثل فشرطنا القبض القاصر ش اي اذا كان كذلك فللشبهة بالتبرع شرطنا القبض
كما في الهبة وللشبهة بعقد الضمان لم نشترط القسمة وهو معنى قوله م دون القسمة ش كما في البيع فاكتفي فيه
بالقبض القاصر م عملا بالشبهين ش وهما ش شبهة التبرع وشبهة عقد الضمان وانتصاب عملا على التعليل اي
لاجل العمل بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ش اي في القرض ليراعى وجوده على اكمل الجهات م ولو
وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع ش هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم تقريره
ان يقال عدم جواز هبة المشاع لا يخلو من احد امرين اما ان يكون دائرا على نفس الشيوع او على لزوم المطالبة
بالقسمة فان قلتم بالاول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم وان قلتم بالثاني يبطل بما اذا وهب نصيبه من شريكه
فانه لا يجوز عندكم مع انه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة وتقرير الجواب ان الحكم معلق بنفس الشيوع في محل يتصور
فيه المطالبة بالقسمة لانه انما جعل مانعا لاجل المطالبة بالقسمة لانه انما جعل مانعا لاجل المطالبة بالقسمة فاقيم
الشيوع مقام المطالبة بالقسمة لكن في الموضع الذي يتصور فيه القسمة وهبة نصيبه من شريكه من هذا القبيل
فاقيم الشيوع مقامها قال الاكمل هذا الحنفية جواب عن قول ابن ابي ليلى فان عنده هبة المشاع
فيما يحتمل القسمة يجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة قلت بعيد وان كان له وجه لان هذا الكلام

من تمه الجواب عما اورد الخصم علينا على ما يخفى م وقال ش اي القدوري م ومن وهب شقصا ش بكسر الشين المعجمة
وسكون القاف اي نصيبا م مشاعا فالهبة فاسدة ش معناه لا يثبت الملك قبل تسليمه مفرزا لان الهبة في نفسها جايزة
على ما قررناه عن قريب لما ذكرنا ش من الهبة فيما يقسم لا تجوز الا محوزة مقسومة م فان قسمه ش اي قسم المشاع واقرز
نصيبه م وسلمه ش اي الموهوب له جاز ش اي يثبت الملك حينئذ ش في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعا فهلك
عند الموهوب له ذكر ابن رستم انه يضمن ولا يفيد الملك وبه اخذ الطحاوي وقال عصام يفيد الملك ولا
يكون مضمونة في يده وبه اخذ بعض المشايخ لذا في فتاوي قاضي خان ش لان تمامه بالقبض ش وعنده ش اي
عند القبض م لا شيوع ش فلا فساد م قال ش اي القدوري م ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم
فالهبة فاسدة ش الاصل هنا ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا
فانه بعد الافراز لا يحتاج الى تجديد على ما يجي الان م فان طحن ش الحنطة م وسلم ش اليه م لم يجز وكذا السمن
في اللبن لان الموهوب معدوم م ش يعني ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالطحن والعصر ولا معتبر بكونه موجودا
بالقوة لان قامة المكناة كذلك ولا يسمى موجوده ولهذا اخرج جواب ما قيل ينبغي ان يجوز بيع الدهن بالسمسم
مطلقا بلا اشتراط ان يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم م ولهذا ش اي ولكون الموهوب معدوما م لو
استخرجه الغاصب ش بان غصب سمسما فاستخرج دهنه فانه م يملكه ش وهو المشاع لان وقت الغصب لم يكن موجودا
فلم يرد عليه الغصب م والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد ش اي الا بتجديد العقد
بخلاف ما تقدم ش وهو المشاع فانه لا يحتاج فيه الى تجديد العقد لان المشاع محل للتمليك ش لكونه موجودا
وقت العقد ويتصور القبض منه لكن م لا على سبيل الكمال وهذا يصح بيعه بالاجماع والمانع فيه لمعنى في غيره وهو
العجز عن التسليم فاذا زال المانع انقلب جايزا وقال الكرخي في مختصره لو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته
او ما في بطن غنمه او ما في ضروعها او وهب له سمنا من لبن قبل ان يسيل وزبدا منه قبل ان يمخض او دهنا
من سمسم قبل ان يعصر او زيتا من زيتون او دقيقا من حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة
وعند استخراج ذلك فان ذلك لا يجوز ولا يشبه هذا الدين لهبة وتسليطه على قبضه لان الدين الذي في
ذمة الغريم يجوز بيعه منه وهبته له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه انتهى وهبة اللبن والصوف
على ظهر الغنم والزرع في الارض والثمر في النخيل بمنزلة المشاع ش يعني لا يجوز كما في المشاع وعند
الثلاثة يجوز ثم عندنا اذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحسانا كما
في المشاع اذا وهبه وسلمه ولذا لو قطع الثمر والزرع وسلمهما م لان امتناع الجواز للاتصال ش اي للا
الواهب لا لكون هذه الاشيا معدومة بدليل ان الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع محل للتمليك حتى
يجوز الصلح عليه عند ابي يوسف وبالفصل يعدم الشيوع والاصل في جنس هذه المسايل ان اشتغال
الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض والقبض الناقص يمنع صحة الهبة فعلى هذا اذا وهب دارا فيها متاع
للواهب او جرابا او جوالقا فيها طعام الواهب فالهبة فاسدة ولا معتبر بالشغل وقت العقد اذا وقع التسليم
فارغا مفرزا ويعتبر الاذن بالقبض بعد التفريع ولا يكفي قوله سلمتها اليك مع الشغل فلو وهب ما في
الدار وما في الجراب او الجوالق من الطعام فالهبة تامة لان الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس مشغولا
بملكه وقيام اليد على البيع لا يوجب قيام الاصل بخلاف المسئلة الاولى ونظيره ما لو وهب جارية وعليها
حلي لو وهبها دون حليها وسلمها فالهبة تامة وكذا الدابة وعليها سرج او لجام او وهب السرج واللجام دون
الدابة وذلك ش اي الاتصال م يمنع القبض كالشايع ش يعني الشايع يمنع فكذا في الاتصال م قال ش اي
القدوري م واذا كانت العين في يد الموهوب له ش بان كانت وديعة او عارية ونحوهما ملكها بالهبة وان لم يجدد
فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط م وهو موجود والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز
نيابة احدهما عن الاخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشي وديعة في يد شخص
او عارية فوهبه اياها لا يحتاج الى تجديد قبض لان كل القبضين ليس بقبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان
بيده مغصوبا او بيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديد لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف لان في
الاعلى مثل الادنى وزيادة فوجد القبض المحتاج اليه وزيادة شي ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج الى
قبض لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان هذا الذي ذكره في الذخيرة وغيره وذكر ابو نصر
في شرحه لو كان مضمونا في يد بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن قبض الواهب بالهبة ولا بد من تجديد القبض

ولو

526

ولو كان مضمونا في يده بالقيمة او بالمثل كالمقبوض على سوم الشرا والمغصوب لو وهب له يثبت الملك ولا يحتاج
الى تجديد القبض لوجود اصل القبض وزيادة قال قلت ما معنى تجديد القبض قلت هو ان ينتهي الى موضع
فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها م بخلاف ما اذا باع منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه ش
الامانة اما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه ش اي ينوب قبض الامانة عن غير الضمان م وهو الهبة وقد
مر مستوفى م وان وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ش اي بمجرد العقد وهذا من مسايل
القدوري م لانه ش اي لان الذي وهبه م في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ش فلا يحتاج الى قبض جديد
ولا يشترط فيه الاشهاد الا ان فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد وقال
ابن عبد البر اجمع الفقها على هبة الاب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض جديد انما هل يحتاج الى القبول
فقال الشافعي والقاضي من الحنابلة لا بد ان يقول بعد قوله وهبته له قبلته وظاهر مذهب احمد لا يحتاج الى
هذا كقولنا وقال مالك لو وهبه ما لا يعرف بعينه كالاثمان لا يجوز الا ان يضعها على يد غيره ويشهد عليه
وعند القاضي لا فرق بين الاثمان وغيرها ولا فرق بين ما اذا كان في بيته وفي يد مودعه لان يده كيده
ش اي لان المودع يد ليد المودع بالكسر حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده فان
قلت لو وهب الوديعة من المودع يجوز فلو كانت يده كيده لم يكن قابضا لنفسه قلت يد
كيده ما دام عاملا له وذلك قبل الهبة واما بعدها فهو عامل لنفسه بخلاف ما اذا كان ش اي الموهوب للابن
مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره ش اي غير الاب فلا ينوب قبض المرتهن والغاصب
عن قبض الهبة للولد م او في ملك غيره ش اي هو في ملك غير الاب اراد به البيع الفاسد فلا ينوب عن قبض المشتري
بالشرا الفاسد عن قبض الهبة للولد وفي الذخيرة لا علامة في حاجة غير بعد الارسال وهب صحة الهبة لانه في يده
حكما فلو لم يرجع حتى مات الاب فهو للولد ولا يصير ميراثا ولذا لو وهب عبدا ابقا من ابنه الصغير فما دام مترددا
في دار الاسلام تجوز الهبة والاب قابض له بنفس الهبة وفي فتاوى ابي الليث وهب لابنه الصغير دارا مشغولة
بمتاع الواهب جاز وفي المنتقى عن محمد لو وهب داره لابنه وفيها ساكن باجر لا يجوز ولو كان بغير اجر يجوز لان في الا
ول يمنع قبض غيره فيمنع تمام الهبة بخلاف الثاني م والصدقة في هذا مثل الهبة ش اراد ان الصدقة في الحكم المذكور
كحكم الهبة فيما اذا تصدق بما في يد الهبة او الغاصب او المشتري بالشرا والتعليل هو التعليل م وكذا اذا وهبت له
امه وهو ش اي والحال انه م في عيالها والاب ميت والوصي ش هاتان الحلتان ايضا حال قد يقوله في عيالها لكون
لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض م وكذا كل من يعوله ش
يعني كل من يعود الصبي اذا قبض الهبة له يصح كالاخ والعم والاجنبي وعند الثلاثة للصبي غير الاب من الاولياء
ان يوكل من يقبض ويقبل له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع وقال ابن قدامة في المغني
والصحيح عندي ان الاب وغيره في هذا سوا فقيل اطلق جواز قبض هولا ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان
ولاية القبض لهولا اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع
وجود واحد منهم فلا سوا كان الصبي في عياله القابض او لم يكن وسوا كان ذا رحم محرم منه او لم يكن لانه ليس لهولا ولاية
التصرف في ماله فيقام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض
من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنايع فقيام هذا القدر
يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة قلت هذا ليس باطلاق وانما هو اقتصر في التقييد وذلك
لان قوله وكذا كل من يعوله عطف على قوله وكذا اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي
له فيكون هذا في المعطوف ايضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام
ووصيه كوصي الاب م وان وهب ش اي للصغير م اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدايرة ش اي الامر الداير
بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع م الضار فاعل من ضار يضير والضير الضرر وفي بعض النسخ الضار بتشديد
الرا وكلاهما واحد ش وان وهب لليتيم هبة يقبضها له وليه وهو ش اي وليه م او الوصي او جد اليتيم او وصيه ش
اي وصي الجد لان لهولا ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان ش اي اليتيم م في حجر امه ش اي في حضنها وتربيتها
فقبضها له ش اي قبض الهبة لليتيم م جايز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ما له وهذا من بابه ش اي قبض
الهبة له من باب الحفظ م ولانه لا يبقى الا بالمال ش اي لان حفظ اليتيم لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس م فلا بد من
ولاية التحصيل ش اي فلا بد ان يكون سبيل من التحصيل في حقه لتعاود ذلك من ضرورته م وكذا اذا كان في حجر

احبى برئيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض في حقه ش لانها
كالخلف والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل م وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه
وهو من اهله ش اي الصبي من اهله يتمحض نفعا وفي المبسوط هذا جواب الاستحسان وهو قولنا اما في القياس لا يجوز
قبضه بنفسه وان كان عاقلا وهو قول الشافعي وفي رواية عن احمد ان قبضه باذن صح وعنه كقولنا فان قيل عقل الصبي اما
ان يكون معتبرا او لا فان كان الثاني وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود الاصل
فالجواب ان عقله فيما هو فيه من تحصيل ما هو نفع معتبر لتوفر المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها ايضا لانه فتح
به باب اخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المتردد بين النفع والضرر لسد باب المضرة عليه لان عقله قبل
البلوغ ناقص فلا يستبد به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره براي المولى م وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها
لها بعد الزفاف ش بكسر الزاي مصدر زف العروس الى زوجها اي هديتها لتفويض الاب امورها اليه دلالة ش حيث زفها
اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب
حتى لو قبضها جاز وذكر في الايضاح الدخول وفي الذخيرة شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة ان يكون جامع
مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض اصحابنا والصحيح انه اذا كان يعولها يصح قبضه عليها جامع مثلها او لا لما ذكرنا ولو
زفت لم يجز قبض الزوج والاب لانها صارت دليلة نفسها حين بلغت عاقلة كذا في المبسوط بخلاف ما قبل الزفاف
لانه قبل الزفاف لا يكون له عليها يد مستحقة م ويملكه ش اي يملك الزوج قبض الهبة مع حضرة الاب ش احترز به عما
ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا م بخلاف الام وكل من يعولها غيرها ش اي غير الام
حيث لا يملكونه ش اي قبض الهبة لها م الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ش في الصحيح متعلق بقوله
يملكه مع حضرة الاب قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا
لا يملكونه الا بعد الموت او غيبة منقطعة ثبتت رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها قلت كان
حق الترتيب في التركيب ان يقول ويملكه مع حضرة الاب في الصحيح بخلاف الام وعبارته لا تخلو عن الايهام م لان تصرف
هؤلاء للضرورة لا لتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة ش احترز بقوله لا لتفويض الاب عن تصرف الزوج لما ذكرنا
ان ولاية الزوج بتفويض امورها دلالة اليه اما قبض غير الاب عليه انما يصح للضرورة ولا ضرورة عند حضور من له ولاية
قال ش اي القدوري م واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع ش لان المانع هو
الشيوع عند القبض وقد انتفى ونقل صاحب الاجناس عن الاصل اذا وهب رجلان دارا من رجل جاز في قوله ولو وهبا
رجل من رجلين جاز في قولهم جميعا وكذلك في الاجارة من رجلين جاز لم يجز في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد جاز
وفي الرهن من رجلين جاز في قولهم جميعا وان رهنها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة
الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين ش داره فانه يجوز فالهبة اولى لان تاثير الشيوع في الرهن
ش داره فانه يجوز فالهبة اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اللازمة في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون
الهبة وبه قالت الثلاثة م وله ش اي ولابي حنيفة م ان هذه هبة النصف من كل واحد ش منهما ولهذا يثبت الملك في
النصف لهذا في النصف لهذا بالاجماع ولهذا ش اي ولاجل كون هذه هبة النصف من كل منهما م لو كانت فيما لا يقسم
فقبل احدهما صح ش فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة م ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف
ش هذا استدلال ثان والفرق بين الاستدلالين ان الاول من جانب التمليك وهذا من جانب الملك فاذا ثبت الملك
لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك ش اي كالملك يكون لكل واحد منهما النصف م لانه حكمه ش اي لان
التمليك حكم الملك فاذا ثبت الملك مشاعا ثبت التمليك كذلك لانه حكمه اذ العقد يثبت بقدر دليله م وعلى هذا الاعتبار
ش اي الاعتبار المذكور وهو ثبوت الشيوع في التمليك بثبوت الملك مشاعا م يتحقق الشيوع ش فتفسد الهبة فان قلت القبض
حصل بالتسليم ولا شيوع فيه دون القبض والملك يتعلق بالقبض ليعلى الضمان المتبرع فوجب ان يعتبر كانه وهو التسليم
لاجل القبض قلت التسليم انما يعتبر اذا حصل منه القبض على سبيل الكمال ولانه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو
من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم م بخلاف الرهن ش جواب عما استشهد به لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما
ش اي من المرتهنين م كملا ش نصب على الحال من الضمير الذي في يثبت اي كاملا فاذا كان حكمه الحبس فلا شيوع فيه م وهذا
اي لو صح لما ذكره م اذ لو قضى ش اي الراهن م دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن ش لان حكمه الحبس فيتصور ان يكون
محل الحبس ثابتا لكل واحد على الكمال وفي الجامع الصغير ش انما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف
فيها وبين رواية المبسوط م اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم

يجز

٥٢٧

يجز عند ابي حنيفة ش حاصل هذا ان ابا حنيفة رضي الله عنه يجعل الهبة مجازا عن الصدقة اذا صادفت الفقير والصدقة مجازا عن
الهبة اذا صادفت الغني لوجود المجوز اذ كل منهما تمليك بغير بدل م وقالا لا يجوز للغنيين ايضا ش يعني كما يجوز للفقيرين
مطلقا فلذلك يجوز للغنيين مطلقا م جعل ش اي ابو حنيفة كل واحد منهما اي من الهبة والصدقة م مجازا عن
الاخر والصلاحية ش اي صلاحية جعل كل منهما مجازا عن الاخر ثابتة لان كل واحد منهما ش اي من الهبة والصدقة
م تمليك بغير بدل م فاذا كان كل منهما تمليكا بلا بدل يجوز استعارة احدهما عن الاخر لوجود العلاقة م وفرق ش اي
ابو حنيفة م بين الصدقة والهبة في الحكم ش حيث جوز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين م وفي الاصل ش
اي المبسوط م سوى ش اي في الحكم م فقال وكذلك الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة ش اي لا يجوز الصدقة على رجلين عنده
كما لا يجوز الهبة وهو كما ترى لم يفرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز وعلل بقوله لان الشيوع مانع في الصلة
لتوقفها ش اي لتوقف الهبة والصدقة م على القبض ش والشيوع يمنع القبض على الكمال م ووجه الفرق ش اي بين الهبة
من اثنين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز م على هذه الرواية ش اي رواية الجامع الصغير م ان الصدقة
يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد ش لا شريك له فيقع بجميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها وانما الفقير نائب
عن الله تعالى بحكم الرزق الموعود فصار كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له م والهبة يراد
بها وجه الغني وهما اثنان ش لان فرض المسألة فيه م وقيل هذا هو الصحيح ش اي المذكور في الجامع الصغير من جواز الصدقة على الفقيرين
هو الصحيح فاذا كان هو الصحيح يحتاج الى ما ذكر في الاصل الى تاويل اشار اليه بقوله م والمراد المذكور في الاصل الصدقة على غنيين
ش فيكون مجازا عن الهبة والمجوز ما ذكرناه فعلى هذا التاويل لا مخالفة بين الروايتين فلا يحتاج الى الفرق م ولو وهب لرجلين دارا لا
حدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ش وبه قالت الثلاثة التفصيل في الهبة ان كان
يقول ابتداء لم يجز بالاتفاق سواء كان التفضيل بالضاد المعجمة او بالتفصيل بالصاد المهملة كقوله وهبت لك ثلثه ولهذا وهبت لك ثلثيه كالاخر
او بالتساوي كقوله لهذا وهبت لك نصفه ولهذا لك نصفه وان لم يذكره في الكتاب وان كان بعد الاجمال لم يجز عند ابي حنيفة سواء
كان متفاضلا او متساويا بناء على اصله وجاز عند محمد مطلقا بناء على اصله وفرق ابو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة
لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية اشار اليها بقوله م ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان ش
هذا تمام كلام المصنف وجعل السغناقي هذا على قوله ولو قال الى اخره تفصيلا ابتداء نقلا عن غاية الفتح من الذخيرة والايضاح
وعنهما انه لم يجز بالاتفاق وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتداء م فابو حنيفة
مر على اصله وكذا محمد ش اي وكذا محمد مر على اصله لان هذه هبة واحدة من رجلين نص على التفاضل والتساوي او لا الا ترى ان في
البيع من رجلين يجعل شيئا واحدا منهما نص على التفاضل او لا فكذا هنا م والفرق لابي يوسف ان التنصيص على الابعاض يظهر
ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ش هذا على صورة التفصيل بالمهملة بالتفصيل وعلى صورته بالتساوي في
رواية عدم الجواز فلكونها جاءت معدولة عن اصله وهو اصل محمد فليست بحاجة الى الدليل وهذا التوجيه يظهر خلل ما قاله
السغناقي ان في قوله بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم باذكره موضع خلافه
من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيص بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك
نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض م بالتنصيص اذا لم يتقدمه الاجمال ووجه ظهور خلله انه انما
يستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست بحاجة الى الدليل لجريانها على اصله
م وهذا ش اي توضيح لدلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن وهذا اذا قال م
لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض بان قال رهنتكما هذا الشيء على ان يكون النصف رهنا
عند هذا والنصف الاخر عند هذا كان هذا فاسدا لان بالتفصيل يتفرق العقد فكذا هاهنا اما اذا نص على التناصف
فلا نكن نصحح العقد فجعل هذا مجازا عن موجب العقد حيث يقتسم العقد لان مطلق العقد يقتضيه فلا يكون حالة التفصيل
كالة حالة الاجمال فيصير التفسير لغوا فلا يختلف العقد فلم يعتبر شيوعا في العقد بخلاف ما نص على التفاوت في العقد حيث
يتبدل العقد لان التفصيل يخالف الاجمال فيجب اعتباره فيتفرق العقد وفي الاسرار وكلام محمد اوضح لان
افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد هنا ولا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين وانما يثبت بالتفصيل التفاضل في الصفة
والسبيل للهبة نفس الشيوع لا شيوع بالقبض اصلا وقد قال الكاكي وانما حرر دليل محمد في المبسوط دليل على اختياره قول محمد
انتهى وفي نوادر ابن رستم عن محمد لو دفع درهمين فقال احدهما لك هبة والاخر يكون عندك وديعة فضاعا جميعا يضمن
درهما وهو من الاخراجين واما ضمن الوديعة الهبة لا شركاء بد احق على فساده لان الهبة كانت غير مقسومة وهكذا نقل في الاجناس
من النوادر وهذا يشعر ان الهبة الفاسدة مضمونة بملكها الموهوب له الا ترى الى ما ذكر في المضاربة الكبيرة لو دفع الف

دراهم الى رجل وقال نصفها هبة ونصفها مضاربة لم تجز الهبة لانه مشاع ولو هلك عند القابض ضمن النصف
وهو خمسمائة درهم وقال الولوالجي في فتاواه رجل معه درهمان قال لرجل اخر لك درهم منهما فالمسئلة على وجهين اما ان كانا
مستويين لا تجوز الهبة وان كانا مختلفين تجوز والفرق ان في الاول تناولت الهبة باحدهما وهو مجهول وفي الثاني تناولت
قدر درهم منهما وهو مشاع يحتمل القسمة وقال فيها ايضا رجل وهب لرجلين درهما صحيحا تكلموا فيه
قال بعضهم لا يجوز لان تنصيف الدرهم لا يعتبر لكان مشاعا لا يحتمل القسمة وهي المفرزة للعقد وروي فدوري ابن
عن ابي يوسف فيمن قال لرجلين وهبت منكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها صحت الهبة ولو قال وهبت منك
نصف هذه الدار ومن الاخر نصفها لم تصح الهبة لان في الاول اوقع العقد صفقة ثم فسر بمقتضى الصفقة في القسمة
وفي الثاني فرق احد الايجابين عن الاخر وفي الشفيع هبة رجل من رجلين على اربعة اوجه احدها ان يكون العقد
مختلفا والقبض مختلفا وثانيها ان يكون العقد معا والقبض مختلفا وكلاهما لا يجوز وثالثها ان
يكون العقد مختلفا والقبض معا ورابعها ان يكون كلاهما معا بان يقولا قبلناها وقبضناها فلا يجوز عند
ابي حنيفة خلافا لهما وهبة العين الواحد لاثنين من اثنين لا يجوز عنده خلافا لهما ولو كان من واحد لاثنين جاز عنده
خلافا لهما قال صاحب المجتبى وفيه نظر ولو وهب لابنيه صغير وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض والله اعلم

م باب الرجوع في الهبة ش

لما كانت الهبة غير لازمة حتى صح الرجوع فيها احتاج الى بيان مواضع الرجوع فعقد بابا عليها قال واذا وهب هبة لاجنبي
فله الرجوع فيها اي في الهبة والمراد الموهوب لان الرجوع انما يكون في حق الاعيان دون الاقوال ثم لصحة الرجوع
قيود الاول ان يكون لاجنبي وهو ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه وخرج منه من لم يكن ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام
والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي الثاني ان يكون قد سلمها اليه لانه قبل التسليم يجوز مطلقا
الثالث ان لا تقترن بشيء من موانع الرجوع ولعله لم ينبه على القيدين الاخيرين اعتمادا على انه يفهم ذلك من
كلامه وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهبه لولده ش وبقوله
قال مالك واحمد في ظاهر مذهبه ثم في هبة الوالد لولده عن احمد في رواية لا يرجع وعن مالك اذا رغب راغب في مواصلة
الولد بسبب المال الموهوب بان زوج لاجل ذلك وجهزه لا رجوع فيه وكذا اذا انتفع الولد به في غير ذلك له
الرجوع وللشافعي في غير الاب من الاصول قولان احدهما لا رجوع لان الخبر ورد في الاب واصحهما انها كالاب وعن مالك
لا رجوع لهم سوى الام وقال احمد لا رجوع لها ايضا فاما غير الاصول من الاقارب كالاخ والعم وساير الاقارب كالاجنبي
وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع وكل من وهب هبة فليس فيها رجعة الا للوالدين خاصة فان لهما الرجعة فيما وهبا
لولدهما ما لم يداين او يتزوج فان تداين او تزوج لم يكن للوالدين في الهبة رجعة فان تغيرت الهبة عند الولد فليس
للوالد فيها رجعة وان باعها الولد واخذ ثمنها لم يكن للوالد الى الثمن فيها سبيل انتهى وفي الوجيز للشافعية ولا رجوع
الا للواهب فيما وهب لولده وفي معناه الوالدة والجد وكل اصل وقيل انه مختص بالاب وان تصدق الاب عليه فالقول في
الرجوع خلاف ومهما تلف الموهوب او زال ملك المتهب فات الرجوع ولا يثبت طلب القيمة وقال الحوفي لا يحل لواهب
ان يرجع في هبته وان لم يثب عليها الا الاب واما الحديث فاخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب
عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لرجل ان يعطي عطية او يهب
هبة او يرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب ياكل فاذا شبع قاء ثم عاد
في قيئه قال الترمذي حديث حسن صحيح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح الاسناد ورواه
احمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه م ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده
ش توجب ان يلزم كالبيع م علاقة الوالد لولده على اصله غ اي على اصل الشافعي فان من اصله ان للاب حق الملك في مال الابن
لانه جزوه فهبة الوالد للولد وتقريره انا لا نسلم ذلك لانه لم يتم التمليك لكونه جزا له ش لان الوالد كسبه او بعض كسبه
لم يتم التمليك كما في الزكاة ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها قال الاترازي فيه نظر لانه من
كلام علي رضي الله عنه لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وقد مر ذلك واشار به الى ما ذكره قبل هذا وحدث الطحاوي
عن سليمان عن عبد الرحمن ابن زياد عن جابر الجعفي قال سمعت القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الرحمن ابن ابزى
عن علي قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وحدث الكرخي في مختصره قال حدثنا الحضرمي قال حدثنا عثمان
قال حدثنا شريك عن جابر عن القاسم عن ابن ابزى عن علي رضي الله عنه قال الرجل احق بهبته ما لم يثب منها

كيف

كيف يقول الاترازي فيه نظر لكانه لم يطلع على كتب القوم وهذا الحديث قد رواه ابو هريرة وابن عباس وابن عمر رضي
الله عنهم اما حديث ابي هريرة فاخرجه ابن ماجة في الاحكام عن ابراهيم بن اسمعيل بن مجمع بن جارية عن عمرو بن دينار
عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل احق بهبته ما لم يثب منها واخرجه الدارقطني في سننه وابن
ابي شيبة في مصنفه واما حديث بن عباس فله طريقان احدهما عند الطبراني في معجمه حدثنا محمد ابن عثمان ابن
ابي شيبة حدثني قال وجدت في كتاب ابي عن ابن ابي ليلى عن عطاء عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من وهب هبة فهو احق بهبته ما لم يثب منها فان رجع في هبته فهو كالذي يقيء ثم ياكل فيه الطريق الثاني
عند الدارقطني في سننه عن ابراهيم ابن ابي يحيى الاسلمي عن محمد ابن عبيد ابن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة ثم رجع فيها فهو احق بهبته ما لم يثب منها ولكنه كالكلب يعود في
قيئه واما حديث ابن عمر فرواه الحاكم في المستدرك حدثنا ابو احمد ابن خالد ابن ابي عروة حدثنا عبيد الله ابن
موسى اخبرنا حنظلة ابن ابي سفيان قال سمعت سالم ابن عبد الله يحدث عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
من وهب هبة فهو احق بها ما لم يثب منها وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه الا ان يكون الحمل فيه على شيخنا ورواه
الدارقطني في سننه فان قيل قد قال البيهقي غلط فيه عبيد الله ابن موسى والصحيح رواية عبد الله ابن وهب
عن حنظلة عن سالم عن ابيه عن عمر من قوله واسناد حديث ابي هريرة اليق الا ان فيه ابراهيم ابن اسمعيل وهو ضعيف
عند اهل الحديث فلا يبعد منه الغلط والصحيح رواية سفيان ابن عيينة عن عمرو ابن دينار عن سالم عن ابيه عن عمر
رجع الحديث الى عمر رضي الله عنه من قوله وقال ابن القطان في طريق الطبراني هو لم يتصل الى العرزمي
الا على لسان كذاب وهو ابراهيم ابن ابي يحيى الاسلمي فلعل الجناية منه واما حديث ابن عمر صحيح مرفوعا ورواته ثقات لما قال
عبد الحق في الاحكام وصححه ابن حزم ولذا قال الحاكم كما ذكرنا وقد توبع رواية كما اخرجه الدارقطني عن اسمعيل
الصفار عن علي ابن سهل عن عبيد الله فلا حمل اذا على شيخ الحاكم ولا يسلم للبيهقي انه وهم بل يحمل على ان لعبيد الله فيه اسنادين
لا يقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره حقا فيها
ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض
م اي ما لم يعوض غ هذا اللفظ من الحديث بل هو تفسير لقوله ما لم يثب م ولان المقصود بالعقد هو
التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته ش اي فوات المقصود م اذ العقد يقبله ش اي الفسخ قيل فيه
نظر لان المقاصد بالهبات تختلف فقد يكون المقصود مكافاة الموهوب على احسانه وقد يكون الحامل على الهبة مجرد المحبة
وقد يكون المقصود منح المحبة او النفع بالبدن او بالجاه وتسمى رشوة او العوض المالي وليس المقصد منحصرا بالعوض
المالي حتى يقال انه اذا لم يثب من الهبة بالمال والعوض غير مشروط انه يجوز الرجوع فيها ويمكن ان يجاب عنه بان
المقصود غالبا هو العوض المالي اشار اليه بقوله للعادة يعني عادة الناس غالبا من هباتهم التعويض بالمال
ولهذا يقال الايادي قروض وقد تاكدت بالشرع قال عليه السلام تهادوا تحابوا والمعروف كالمشروط والتعليل
يقتضي وجود الفعل من الجانبين فان قلت يشكل على هذا ما اذا وهب لعبد ذي الرحم المحرم فان له ان يرجع على قول
ابي حنيفة مع انه ليس من اهل التعويض وكذا في هبة العين من الفقير قلت هو من اهل ان يعوض بمنافعه
التي توجد منه ومن اهل ان يعوض بمنافعه التي توجد بكسبه عند اذن المولى واما الهبة للفقير فعبارة الصدقة
وقال صاحب العناية لان العادة الظاهرة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه
ليخدمه والى من يساويه ليعوضه قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث ومع هذا له الرجوع في الكل لعدم
العوض والمراد بما روى اراد به الحديث الذي احتج به في الجملة وهو على صيغة المجهول ويجوز صيغة المعلوم
بان يكون الشافعي فاعله واشار بهذا الكلام الى الجواب عن هذا الحديث تقريره ان المراد م نفي استبداد
الرجوع ش اي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه
يستبد بالاخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضى وهو معنى قوله م واثباته ش اي اثبات الرجوع م للوالد فانه
يتملكه للحاجة ش اي يتملك الرجوع عند حاجته من غير مانع لما ذكرنا م وذلك يسمى رجوعا ش واراد ان رجوع الوالد
عند الحاجة انما يسمى رجوعا باعتبار الظاهر وانما ليس رجوعا في الحكم قيل فيه نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم
اطلق استثناء الوالد ولم يقيد جواز رجوعه فيما وهب لولده بالحاجة فيجب اجراؤه على اطلاقه ويحمل
الفرق بين اخذه من مال ولده ورجوعه فيما وهبه اياه وقد قيل اخر ان المراد لا يحل له الرجوع ديانة ومروءة وهذا
في اكثر الروايات بلفظ لا يحل فكان بمنزلة قوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعان وجاره

في جنبه طاوي اي لا يليق ذلك ديانة ومروة وان كان ذلك جايزا في الحكم اذ لم يكن عليه حق واجب وهكذا نقول لا يليق الرجوع ديانة ومروة فيكون مكروها م قوله في الكتاب ش اي قول القدوري في كتابه م فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة ش اي في الرجوع م فلازمة لقوله عليه السلام العايد في هبته كالعايد في قيئه ش هذا الحديث اخرجه الجماعة الترمذي عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال العايد في هبته كالعايد في قيئه زاد ابو داود قال قتادة ولا نعلم القيء الا حراما وفي بعض نسخ الهداية العايد في هبته يعود في قيئه وهو كذلك في غالب كتب اصحابنا وهذا اخرجه البخاري ومسلم عن طاوس عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال العايد في هبته كالكلب يعود في قيئه م وهذا ش اي تشبيه النبي صلى الله عليه وسلم م لاستقباحه ش واستقذاره لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي الا ترى انه قال في رواية اخرى كالكلب يعود في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه مستقبح قيل قد استدل المصنف رحمه الله على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا او القضا فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان بالقضا فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية فكيف يكون اعانة على المعصية التي هي احرى منعه للجواز واذا كان الرجوع قبل القضا غير جايز فبعده كذلك لان قضا القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضا القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله على حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضا حلالا والقاضي غير مشروع وقد اعترف المصنف بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر واه ضعيف مكروه ولا يقال ان اشتراط القضا ليرتفع الخلاف لان القضا في مسايل الخلاف انما يشترط الخالعي نفوذ الحكم م ثم للرجوع موانع ذكر بعضها ش اي ذكر القدوري بعض الموانع قيل الموانع سبعة جمعها القايل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الموهوب والعين العوض والخا خروج عن ملك الموهوب والزاي الزوجية والقاف القرابة والها هلاك الموهوب وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه ان الموانع تسعة وذلك لانه عد الموت تسمين موت الواهب وموت الموهوب له والتاسع التغيير من جنس الى جنس م فقال ش اي القدوري الا ان يعوضه عنها ش اي الا ان يعوض الموهوب له الواهب عن الهبة ذات لحصول المقصود ش لان مقصوده كان التعويض قد حصل قال [illegible] اصحابنا ان العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد فاما اذا كان عوضه بعد العقد لا يسقط الرجوع لانه غير مستحق على الموهوب وانما يرجع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون الهبة مبتدا وليس كذلك اذا اشترطت العقد لانه يوجب ان يصير حكما لعقد حكم البيع وتعلق به الشفعة ويرد في العيب فدل ذلك انه قد صار عوضا عنها وذكر في التحفة فاما العوض المتاخر عن العقد فهو لاسقاط الرجوع ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء م او تزيد ش اي العين الموهوبة م زيادة متصلة ش كالغرس والبنا والسمن وبه قال احمد في رواية وفي اخرى لا يمنع الرجوع في هبة الوالد لولده وقال الشافعي لا يمنع هذه من الرجوع ولو منع الرجوع وفي الروضة ان كانت الزيادة منفصلة كالولد والكسب رجع في الاصل وبقيت الزيادة للمتهب ولو كان الموهوب ثوبا فصبغه الابن رجع في الثوب والابن شريك في الصبغ ولو قطره او كانت حنطة فطحنها فان لم تزد قيمته رجع ولا شي للابن وان زادت فان قلنا القصارة عين والابن شريك وان قلنا اثر فلا شي له ولو كان ارضا فبنى فيها او غرس رجع الاب في الارض وليس له قلع البنا والغراس مجانا لكنه يتخير بين الابقا باجرة او التملك بالقيمة والقلع وغرامة النقص كالعارية انتهى ومذهب مالك في هذا الفصل انه يمنع الرجوع لمذهبنا وقال في الجواهر ولو زادت العين الموهوبة في عينها او نقصت منع ذلك من الرجوع فيها وقال مطرف وابن الماجشون لا يمنع ذلك من اعتصارها وتغير الهبة في قيمتها بتغير الاسواق لا يمنع من الرجوع انتهى وانما قيد بقوله متصلة لان المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وفي الذخيرة لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد وقال ابو يوسف انما يرجع فيها اذا استغنى الولد عنها والمراد بالزيادة في نفس الموهوب له شي يوجب زيادة قيمته اما لو زاد في نفسه ولم يوجب ذلك زيادة في قيمته كما لو طال الغلام لا يمنع ايضا تلك الزيادة لانها توجب نقصانه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا تمنع ايضا وكذا الحكم في جميع الحيوانات والثمار وغير ذلك ذكره في المحيط فان قيل ما الفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرجوع بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس اجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة انما تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والتبع يرد على ما يرد عليه العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام الا عالة ولا الى الثاني لانه يبقى الزيادة

في يد

في يد الموهوب له مجانا لم يتعرض الى الربو واما في المنفصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة لو تبقت في يد الموهوب تابعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضى ذلك ولا باختياره فكانه م لانه ش اي لان الشان م لا وجه للرجوع فيها ش اي في العين الموهوبة م دون الزيادة لعدم الامكان اي لعدم امكان الفصل م ولا مع الزيادة ش اي ولا وجه للرجوع لها مع الزيادة م لعدم دخولها تحت العقد ش اي لعدم الزيادة في العقد ولم تثبت موهوبة فيها لا يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع الرجوع اصلا فان قلت حق الرجوع ثابت في حق الاصل فيسري الى اوصافه قلت ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل لانه عرض قايم بالواهب وليس يوصف للمحل ولا يقال الملك لا يوصف الاصل من اوصاف اللزوم لان العدم ليس بشي حتى يجعل من اوصافه وفي الذخيرة الزيادة من حيث السعر لا يمنع لانها ليست بزيادة في العين بل هي زيادات رغبات الناس والعين بحالها ولو علم القرآن او الحرفة او اسلم او نقي دينه بقضا الا يمنع عند ابي حنيفة وزفر لانها ليست بزيادة في كالتغير وعند ابي يوسف ومحمد واحمد يمنع لانها زيادة معنوية ولو اختلفا في الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد وعند زفر القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب في الرجوع م قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك للورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته ش لان الثابت للوارث وان كان له حكم البقا فيما يرجع المحل حتى يرد بالعيب ويرد عليه وليس المالك هو ملك جديد لانه صار له بعد ان لم يكن ولهذا وجب الاستبرا وحل له لو كان صدقه فصار كانه انتقل اليه في حال حياته فيمنع الرجوع وبهذا اخرج الجواب عما يقال لم يجعل موت المورث في خيار العيب بمنزلة انتقال الملك الى الورثة وجعل هاهنا بمنزلة انتقاله اليهم وتحقيق الجواب ان التوريث انما يجري في الاعيان لا في الاوصاف في خيار العيب يستحق المورث سليما والذي اشتراه معيبا هو الذي انتقل الى وارثه فيكون له الخيار في العين واما هاهنا فليس له ذلك لانه يودي الى توريث الخيار وهو وصف محض فلا يصح واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه اي ما اوجب الملك للموهوب له فلا يكون له حق الرجوع بالشرط لانه اوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب م قال ش اي القدوري م او تخرج الهبة ش اي العين الموهوبة وفي بعض النسخ او تخرج الموهوب م عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ش اي لان خروج ملك الموهوب عن ملك الموهوب بتسليط الواهب فلا ينقضه ش لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود لانه تجدد الملك تجدد سببه ش وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب م فان قال ش اي في الجامع الصغير م فان وهب لاخر ارضا بيضا ش اراد به ارضا خالية عن التواعل فانبت ش اي الموهوب له م في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا ش وهي مصطبة مرتفعة في عرف الناس الدكان هو الذي يسكنه السوقي وهو معروف م او اريا ش بفتح الهمزة وكسر الرا وتشديد اليا اخر الحروف وهو المعلف عند العامة وهو مراد الفقها والاري في اللغة محبس الدابة وقد يسمى الاخية اريا وهو حبل يشد به الدابة في محبسها وهو في التقدير فاعول والجمع الاواري بتخفيف وتشديد تقول منه اريت للدابة تارية وتاري بالمكان اذا اقام به م وكان ذلك ش الواو للحال والتقدير والحال انه قد كان ذلك والاشارة الى المذكور من قوله انبت في ناحية منها نخلا الخ وفي الذخيرة وان كان ذلك لا يعد زيادة كالاري او يعد نقصانا كالتنور في الكانون لا يمنع الرجوع فيد به لان ما لا يكون كذلك اذا كان ولكن لعظم المكان لا يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها م زيادة فيها ش اي في الارض وقد اعاد بعض الشراح الضمير الى الدار وليس كذلك لان المذكور هو الارض وانما حمله على ذلك زيادة فيها ما ذكره في الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه قوله وكان ذلك زيادة فيها يريد بهذا ان يبني دكانا يعد ذلك زيادة في الدار وهذا لان الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار كما اذا كان في احدى عينيها بياض فزال البياض فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية وان كانت في موضع خاص لذا هذا م فليس له ان يرجع في شي منها لان هذه زيادة متصلة ش وان الاتصال يمنع الرجوع م وقوله وكان ذلك زيادة فيها ش اشار بهذا الى بيان فايدة القيد في الجامع الصغير بقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض عظيمة لا يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها ش اي في غير القطعة التي فيها الزيادة قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي هذا اذا كانت الارض صغيرة يزيدها الغرس فاما اذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في ذلك المكان الذي غرس فيه الاشجار ويكون وضع مسالة الكتاب في الارض الصغيرة قال [illegible] واذا كانت الهبة دارا فانهدم البنا كان له ان يرجع في الباقي لان هذا نقصان في الهبة والنقصان لا يمنع الرجوع وكذلك اذا استهلك بعض الهبة ببيع او غيره ينقطع حق الرجوع في المستهلك ويبقى في الباقي وفي فتاوى العتابي قصر الثوب يمنع الرجوع وغسله لا ولو علق حلية او حبلا في المسجد او وضع منبرا بوادي او بابا او جصص ليس له الرجوع لانه يترك عادة ولو وضع فيه حبا او علق قنديلا له الرجوع

والقتل والعتق في اللؤلؤة ان كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع ولو وهب عبدا صغيرا فشاخ ونقصت قيمته لانه زاد
في بدنه ولو ازدادت قيمته بالنقل من بلد الى بلد اخر يسقط بخلاف ما اذا غلا السعر م وقال ش اي في الجامع الصغير م وان باع
نصفها غير مقسوم ش اي ان باع الموهوب له نصف الارض الموهوبة حال كونه غير مقسوم م رجع في الباقي
لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع منها شيئا له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها
بالطريق الاولى ش هذا كله ظاهر غني عن زيادة بيان م وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها ش اي وبه
قالت الثلاثة وفي هبة المراة لزوجها وكذا العكس م لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع
فيها ش هذا الحديث اخرجه الحاكم في مستدركه في البيوع والدارقطني والبيهقي في سننهما عن عبد الله
ابن جعفر عن عبد الله ابن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها فان قلت هذا الحديث ضعفه
البيهقي وقال ابن الجوزي في التحقيق وعبد الله ابن جعفر هذا ضعيف قلت قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط
البخاري ومسلم ولم يخرجاه ولكن الشيخ تقي الدين تعقبه في الامام وقال بل هو على شرط الترمذي وحطا صاحب
التنقيح ابن الجوزي في تضعيفه عبد الله ابن جعفر هذا ضعيف وقال بل موثقه ليس بالقوي قلت ثم
ذكره في كتاب البيوع في سننه حديث الحسن عن سمرة انه عليه السلام نهى عن بيع الشاة وصحح اسناده وقال
وقد احتج البخاري بالحسن عن سمرة فالعجب كل العجب من البيهقي اذا كان الحديث له تصحيحه بالاسناد الذي يضعف
عند قوله عليه والعجب ايضا من بعض من يتصدى في الانظار وهذا الكتاب انه قال هذا الحديث
ضعفه البيهقي وسكت على هذا ومعنى ظاننا انه نظر والعجب ايضا من الاترازي مع دعواه العريضة في المذهب
حيث قال في شرحه قيل هذا قول عمر ولذلك قال الكاكي نورد حديثا اخر ضعيفا وسكت عن الصحيح واستدل بالعقل
ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل ش لان كل عقد افاد المقصود يلزم فان وهب لغير اخيه او لاخيه العبد
يرجع خلافا لهما في الاولى م وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة ش يعني ان ما بينهما
من الزوجية نظير القرابة بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب وعدم قبول الشهادة م وانما ينظر الى هذا المقصود
وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ش لو وقع الهبة لاجنبية وكان مقصوده العوض ولم يحصل م ولو
ابانها بعدما وهب فلا رجوع ش لان وقت الهبة زوجية وفي جامع قاضي خان وهبت لزوجها ضيعة على ان لا يطلقها وقتا
معلوما فطلقها قبله فالهبة باطلة وان لم يوقت ثم طلقها بعده فالهبة صحيحة لانه وفى بالشرط وقال الامام الاسبيجابي
في شرح الكافي رجل وهب لامراة هبة ثم تزوجها فله ان يرجع فيها لانه لم يقع مجازاة ولا صلة وان وهب لها هبة
ثم ابانها ثم تزوجها ليس له ان يرجع فيها لانه حصل المقصود بهذه الهبة وهي تحقيق الصلة حال وقوعها فبطل حق الرجوع م وقال
ش اي القدوري م واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه
الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود ش لشرطان يعلم انه عوض هبته فاذا لم يعلم فله الرجوع في هبته والموهوب
في عوضه وفي جامع قاضي خان وفتاواه صرح بالتعريض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض هبته بان يقول
الموهوب خذ هذا عوضا او جزاء هبتك او بدل هبتك اما اذا لم يعلم كان لكل واحد منهما
الرجوع وفي المبسوط سواء كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها
لانها ليست معاوضة محضة فلا يتحقق فيه الربا ولابد ان يكون العوض من مال غير الموهوب حتى لو عوض
شيئا من الموهوب بان كانت الهبة الف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز ولذلك لو كان
الهبة دارا والعوض بيت منها لا يجوز عند زفر يجوز ويشترط شرائط الهبة في العوض من القبض والافراز
لانه تبرع م وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا ش لان هذه الالفاظ كلها تدل على المكافاة لحصول مقصود
الواهب وانقطع الرجوع م وان عوضه اجنبي عن الموهوب له م متبرعا ش اي حال كونه متبرعا
فقيد فان الحكم في غير المتبرع كذلك حتى لو عوضه الاجنبي بامر الموهوب له او عوضه بشرط ان يرجع على الموهوب
له بطل الرجوع وانما ذكره ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الاولى ولكن لو عوضه بامره
له ان لا يرجع بالعوض عليه الا ان يضمنه الموهوب له صريحا او لا والفرق ان الاداء في قضاء الدين مستحق عليه
فكان في الامر بالاداء اسقاط المطالبة بمال مستحق فيملك ما في ذمته فيرجع عليه اما العوض في الهبة غير مستحق
على الموهوب له فانما امره بان يتبرع عنه بمال نفسه والتبرع بمال نفسه على الغير لا يثبت حق الرجوع الا من غير
ضمان وقال الكرخي في مختصره لو عوض رجل اجنبي عن الموهوب له الواهب عن هبته وقبض الواهب

لم يكن للواهب ولا على الموهوب في هبته سواء عوض بامر الموهوب له وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية
ولا يرجع على الموهوب له الا اذا قال عوض عني على اني ضامن فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي ش اي لاسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين م كبدل الخلع والصلح ش اي من
الاجنبي فان المراة تستفيد ببدل الخلع سقوط ملك الرجوع عنها فجاز ان يكون البدل على الاجنبي وكذلك
الصلح عن انكار لانه لما لم يسلم للمصالح سوى سقوط حق الخصومة جاز ان يجب بدل الصلح عن الاجنبي ابتداء
بدون ان يجب عليه وكذلك الصلح عن دم العمد لانه اسقاط وكان الصلح عن دين سواء كان باقرار او انكار وفي
المبسوط قال يصح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون وهذا
مثله م واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض
لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ش اي من العوض م ثم يرجع وقال زفر بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر م وهو
الهبة وهو قاس احد العوضين على الاخر لان كل واحد منهما مقابل بالاخر كما في بيع العوض بالعوض فانه اذا استحق
بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا انه ش اي ان الباقي م يصلح عوضا للكل من
الابتداء ش وما يصلح ان يكون عوضا للكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل
من الابتداء اذ الاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو ش اي الباقي وعورض بان العوض انه عوض واجزاء العوض
تنقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا
عن النصف ابتداء واجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في
شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تم مبادلة فيوزع
البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبره
المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع
والعلة لا تنقسم على اجزاء الحكم م الا انه ش اي الا ان الواهب م يخير ش بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة
وبين ان يمسكه ولا يرجع م لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده ش اي يرد ما
بقي من العوض قال وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع في النصف الذي لم يعوضه لان المانع خص م
النصف ش اي قال في الجامع الصغير وغاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يفسد كما لو رجع في
النصف بلا عوض فان قيل لما تقدم ان العوض لاسقاط الحق توجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط
كما في الطلاق اجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف
الطلاق م قال ش اي القدوري م ولا يصح الرجوع ش اي في الهبة م الا بتراضيهما ش اي بتراضي الواهب والموهوب
له م او بحكم الحاكم ش بحكم على الموهوب له بالرد اليه حتى لو استرد بغير قضاء ولا رضى كان غاصبا فلو هلك في يده
يضمن قيمته للموهوب له وقال الشافعي واحمد يجوز الرجوع في موضع له الرجوع بدون القضاء والرضا وقال
شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح مختصر الكافي ليس للواهب ان يرجع في هبته عند غير قاض لان العقد
انعقد بتراضيهما فلا ينفرد بالفسخ لعدم ولايته واذا فسخ لا ينفسخ الا بتراضيهما على الفسخ ثم بتراضيهما انتهى
واختلف المشايخ في معنى قولهم لا يصح الا بقضاء او تراض فمنهم من قال لان الرجوع في الهبة مختلف
فيه كما ذكر المصنف ومنهم من قال انما كان للواهب ان يرجع بغير قضاء او تراض لان الموهوب له ملك الهبة بالقبض
وتصرفا فلا يثبت الا بهما كما في الرد بالعيب بعد القبض لانه ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد ومنهم من
قال بان الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه لعقد وقوع الملك للموهوب له رقبة وتصرفا لا عين حقه واستيفاء
بدل الحق من حيث الفسخ بعد تمام الملك للعاقد رقبة وتصرفا لا يكون الا بقضاء او رضا بخلاف خيار الرؤية
وخيار الشرط فان من له الخيار ينفرد بالفسخ من غير قضاء ولا رضى لانه في الفسخ مستوف عين حقه لا بدل
حقه لانه لم يثبت هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصده لا في المبسوط م ولانه ش اي لان الرجوع في الهبة مختلف
بين العلماء ش قال بعض الشراح منهم تاج الشريعة لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي فكان ضعيفا
فلم يعمل بنفسه في ابطال حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه ترجيح ليتقوى بها وقال صاحب العناية فيه نظر والحق
حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت قلت نظره وارد لان مذهب ابي حنيفة بالرجوع لا ينفرد به
الشافعي وامثاله وكيف يكون اختلاف من لم يوجد وقت اجتهاد المجتهد سببا لكونه ضعيفا ولكن قوله ان ثبت
عجز منه وكيف يقول ذلك بالشك وهو مذهب جماعة من الصحابة كعمر وعثمان وعلي وابي الدرداء وغيرهم رضي الله

عنهم اجمعين واخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال هو احق بها ما لم يعوض منها يعني الهبة
وصححه ابن حزم وقال لا نخالف له من الصحابة واخرج البيهقي من حديث حنظلة عن سالم عن ابيه عن
عمر رضي الله عنه من وهب هبة فهو احق بها ثم كلام ابن حزم ونقل كلام صاحب العناية ايضا لانه ادعى
لا مخالف له من الصحابة الى من ذهب منهم الى الرجوع فحينئذ يتعين حمل كلامه على الخلاف بين العلماء من التابعين
وفي اصله ش اي وفي اصل الرجوع م وهاء ش اي ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير
وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال السغناقي وتبعه الاترازي والكاكي ناقلين عن
المغرب ان وهاء بالمد خطأ وانما الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا اذا ضعف وقال صاحب العناية
وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ **قلت** قال الجوهري
وهى السقاء يهي وهيا اذا تخرق وانشق وفي السقاء وهي بالتسكين ووهية على التصغير وهو خرق قليل وهي
الحائط اذا ضعف بالسقوط انتهى فهذا كما ترى من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وكسرها في الغابر
نحو رمى يرمي ومصدر هذا الباب يأتي على وزن فعل بفتح الفاء وسكون العين نحو رمى رميا ووعى يعي
وعيا فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وههنا بالمد خطأ لان هذا مصدر على وزن فعال كما يقول
في قلى يقلي قلا وقلى يقلي قلى وقلاء **قوله** صاحب العناية لان مد المقصور السماعي
ليس بخطأ لان جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصود حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل
بالتسكين فمن اين يأتي المد نعم هذا الذي ذكره انما يكون اذا كان المصدر على وزن فعل بتحريك العين
على ان قصر الممدود ومد المقصور من ضرورات الاشعار فافهم فحينئذ ينبغي ان يقرأ وفي اصله وهي
بالتسكين او وهاء بالمد وقد وقع في نسخ الهداية كلاهما وكلاهما صحيح بما ذكرنا والخطأ وهي بتحريك العين
والقصر وهذا هو التحقيق واما الخطأ والتخطئة من التقليد وفي حصول المقصود خفاء لان المقصود
منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان عرضه اظهار الجود والسماحة وان كان العوض لم يحصل فعلى
الوجهين الاولين لا رجوع لحصول مقصوده وعلى الوجه الاخير له الرجوع فلما تردد امره احتاج الى القضاء
ليترجح جانب الرجوع على عدمه فلا بد من الفصل ش يعني اذا كان الامر كذلك فلا بد من الفصل م بالرضا او بالقضاء
حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه ش اي الموهوب له م قبل القضاء نفذ ش اي عتقه م ولو منعه ش اي الموهوب له
لو منع الموهوب له اذا اهلك الموهوب من يده بعد قضاء القاضي بالرجوع قبل الطلب لان اول القبض غير
مضمون وهذا دوام عليه ش اي المتحقق بعد القضاء دوام على القبض الذي لم ينعقد سببا للضمان م الا ان يمنعه
بعد طلبه لانه تعدى ش الا ان يمنع الموهوب له عن الواهب بعد طلبه عند القضاء بالرجوع لانه
حينئذ تعدى م فاذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل ش وبه قال الشافعي واحمد وقال زفر
الرجوع بغير الهبة بمنزلة القضاء المبتدأ لعود الملك اليه بتراضيهما فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث فاشبه
الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء حتى لا يشترط قبض الواهب ش يعني بعد الرجوع فلو كان كالهبة المبتدأة مثل
ما قال زفر يشترط القبض م ويصح في الشائع ش يعني يصح الرجوع بان رجع على الربع ولو كان كالهبة المبتدأة لما
قال زفر يشترط القبض م ويصح في الشائع يعني يصح الرجوع بان رجع عن نصفه ولو كان كالهبة المبتدأة لما
صح الرجوع في النصف للشيوع لان العقد جائز ش هذا دليل على المطلوب تقريره ان هذا العقد وقع جائزا
غير لازم م موجبا حق الفسخ ش لثبوت حق الرجوع م فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق ش يعني
سواء كان بالتراضي او بالقضاء لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق وثمرة
نتائج الشرعية قوله على الاطلاق اي في الشائع وغيره وفي المقبوض وغير المقبوض والذي ذكرناه اثر
وهو الذي ذكره بقية الشراح ويظهر ذلك بالتأمل ولا يلزم على هذا الرد في المرض فانه لو رد في مرضه بغير
قضاء يعتبر من الثلث ولو كان الرد بالتراضي فسخا من الاصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء
لان فيه روايتين وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله وفي الاستحسان
من الثلث لانه تمليك مبتدأ كما في المبسوط بخلاف الرد ش جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد م بالعيب
بعد القبض ش انما يكون في صورة القضاء خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل
رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له م لا في الفسخ ش لان العيب لا يملك بمنع تمام العقد فاذا كان العقد ثابتا لم
يقبض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضيه العقد من دفعه كان ذلك كابتداء عقد بينهما واما القاضي فانما يقضي

او

او لا يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضي بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء
م فافترقا ش اي الرجوع في الهبة بالتراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي وانما قيد بقوله بعد القبض
لان الرد بالعيب قبل الفسخ والرد بالعيب قبل القبض سواء كان بالقضاء او بالتراضي ومما يتفرع على هذا انه لو وهب لانسان
ثم وهب الموهوب لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء كان الثاني رجع بقضاء او بغير قضاء فالفرق وفي
غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع ان يرده على بائعه كذلك بعد القبض ان كان بقضاء فله ذلك
وان كان بغيره فليس له ذلك قال م واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن
الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة م لانه لم يلتزمها لا صريحا وهو ظاهر ولا دلالة
لانه ما سلم سوى له شيء بخلاف المعاوضة لانه سلم له البدل فيكون ملتزما سلامة المبدل م وهو غير عامل له ش اي
الموهوب له غير عامل للواهب واحترز عن المودع فانه على المودع ما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها
لاجله وعن المضارب اذا اشترى شيئا بمال المضاربة ثم استحق وادى المال وضمنه المستحق فان المضارب يرجع على رب
المال لانه عامل له م والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع ش هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره ان
يقال انه غره باضافة الملك له في المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غره المشتري وتقرير
الجواب ان الغرور انما يكون سببا للرجوع اذا كان في ضمن عقد المعاوضة كالبيع ونحوه حتى لو اخبر انسانا بامن الطريق
فسلك فيه فاخذ اللصوص ثم يرجع على المخبر بشيء فعلم ان حق الرجوع انما يثبت باعتبار عقد المعاوضة كالبيع ونحوه م لا
في غيره ش اي لا يكون الغرور سببا للرجوع اذا كان في ضمن عقد المعاوضة كالبيع ونحوه في غير المعاوضة كمن اخبر انسانا
بامن الطريق فسلك فيه فاخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشيء فعلم ان حق الرجوع انما يثبت باعتبار عقد المعاوضة حتى
لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب ذكره في الذخيرة ولهذا لو وهب الغاصب ما
غصب او باع او تصدق او اجر او رهن او اودع او اعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب له على الغاصب والمتصدق عليه
عليه مثل الغاصب ويرجع المستأجر والمرتهن يرجع المشتري بالثمن ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب
كذا في الفصول للاستروشني فان **قلت** لم قال والغرور في ضمن عقد المعاوضة ولم يقل في عقد المعاوضة
فلا فيه زيادة لفظة ثم ما يفيد قلت نعم قال في ولد المغرور يرجع بالقيمة على البائع وان لم يوجد المعاوضة في الولد ولكنه
غرور في ضمن عقد المعاوضة كان عقد المعاوضة سبب للضمان فلذلك لما كان في ضمنه لان المتضمن يكتسي
كسوة المتضمن فان **قلت** المودع يرجع على المودع بما ضمن مع ان عقد المعاوضة لم يوجد **قلت** هذا ليس بناء على
الغرور بل بناء على انه عامل لانه غره بالهبة كالبائع اذا غر المشتري **قلت** هذا ليس بظاهر على ان التركيب الشايعة
ناطقة بخلاف ما ذكره وقال الاترازي في قول المصنف نظر لان المودع يرجع مع ان عقد المعاوضة لم يوجد قلت لقائل ان
يقول رجوع المودع بما ضمنه لكونه عاملا للمودع لا للغرور كما ذكرناه قال ش اي العبد رحمه الله م واذا وهب بشرط العوض
ش مثل ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد قال الجوهري هذا اذا ذكر بكلمة على مثل ما ذكرنا بالباء
كأن قال وهبتك بهذا الثوب او بالف درهم وتلك الاخر تكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع م اعتبر التقابض في العوضين
حتى لو لم يوجد لا يثبت الملك لواحد منهما م وتبطل بالشيوع ش لانه هبة ابتداء م فان تقابضا صح العقد وصار في حكم
البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء م وان كان هبة ابتداء ش وقال زفر والشافعي هو
بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ش وبه قال مالك واحمد الا ان
الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط براءة الاصيل كفالة ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحا ولو وهب
امرأته لنفسها كان طلاقا ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن كان عليه ابراء فاللفظ واحد والعقود
مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود ولهذا م ش اي ولكون الهبة المذكورة بيعا مطلقا م كان بيع العبد
منه ش اي بيع المولى العبد فالمصدر مضاف الى مفعول وطوي ذكر الفاعل م من نفسه اعتاقا ش بان قال لعبده
بعتك نفسك منك بالف درهم مثلا يكون اعتاقا للعبد ولنا انه اشتمل على جهتين اي جهة الهبة لفظا
وجهة البيع معنى فيجمع بينهما اما اشتماله على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع بينهما فلما ذكره بقوله م وقد امكن ش
اي الجمع م بينهما ش لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع اشار اليه بقوله م وقد يتراخى
ش اي الملك م عن البيع الفاسد والبيع ش اي والحال ان البيع م من حكمه اللزوم ش يعني اظهرت المناسبة بين البيع
م والهبة م وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض ش يعني اذا اقبض العوض م فجمعنا بينهما ش اي اذا كانت
المناسبة بينهما متحققة جمعنا بينهما فان قيل المنافاة ها هنا ثابتة لان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه

بلا فصل وحكم عتقي عليه وتباين اللازمين مستلزم لتباين الملزومين فيتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة اجيب بان البيع
قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب عليه الملك كما في البيع الفاسد لتوقفه على القبض فلم يكن اللزوم
والترتيب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض وقد يترتب الملك عليها بلا
فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتيب من لوازمه ضرورة على ان المحال
الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا انتهاء فلا م بخلاف بيع نفس العبد منه ش هذا
جواب عما قاله زفر والشافعي عن قولهما وهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وتقريره ان بيع العبد من نفسه
انما جعل اعتاقا لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصح لنفسه ش لانه لا يملك غيره مالا فلا يملك نفسه مالا

فصل

اي هذا فصل لما كانت مسائل هذا الفصل متعلق بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة م قال ش اي القدوري
رحمه الله م ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد
والهبة لا تعمل في الحمل بان وهب حمل الجارية دونها فانه لا يجوز لكونه وصفا ش اي لكون الحمل وصفا لها كاطرافها
من اليد والرجل فلا يكون من جنسها فلا يصح استثناؤه لان الاستثناء يكون من جنس المستثنى منه وايضا العقد لا يرد
على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا يصح فكذا اذا استثنى م على ما بيناه في البيوع ش اي في الفصل الذي
باوائل كتاب البيوع م فانقلب شرطا فاسدا ش يعني اذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا
لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى
الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ش لان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل
بالشروط الفاسدة وانما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية لان الحسية اذا وجدت فلا مرد لها فلا يبطل الا بعمل
عدما فان قيل ما الفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع اذا وهب الصوف على ظهر الغنم وامره بجزه
او اللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على ظهر الغنم وامره بالجز او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب
له فانه جائز استحسانا دون الحمل الجواب انما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده بخلاف
الصوف واللبن ومن اصحابنا من قال ان امره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي ان يجوز استحسانا والاصح
لا يجوز خلافا لزفر وابي ثور فان عندهما يصح الاستثناء وتصح الهبة في الام دون الولد م وهذا هو الحكم ش اي صحة
العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم م في النكاح ش بان قال تزوجتك على هذه الجارية الا حملها يبطل الاستثناء
حتى تصير الجارية مع الحمل مهرا م والخلع ش بان جعلت الجارية الحامل بدل الخلع واستثنت الحمل يكون الجارية
والحمل بدل الخلع م والصلح عن دم العمد ش بان قال صالحتك على هذه الجارية الا حملها م لانها لا تبطل الا بالشروط الفاسدة
كالهبة م بخلاف البيع والاجارة والرهن
لانها تبطل بها ش اي بالشروط الفاسدة بان اشترى جارية واجرها او رهنها الا حملها فانه لا يصح لما قلنا فان قلت لا ينبغي
ان لا يفسد الرهن بالشرط كالهبة لتوقف عقد الرهن لانها تبطل بها على القبض وهو فعل حسي قلت القبض في
باب الرهن حكم للرهن لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء وحكم العقد مضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر في العقد
اما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان للقبض حكم الركن العلة والفساد لا يؤثر في الركن فلغي
الشرط كذا في الايضاح قال السغناقي كانه اراد بالركن جزء العقد كما في اركان العبادات انتهى فهذا كما قد علمت
المصنف العقدين في الاستثناء احدهما ما جوز فيه اصل العقد وبطل الاستثناء والاخر ما بطلا فيه جميعا وبقي
قسم ثالث لم يذكره وهو ما يصحان فيه جميعا كالوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه وذكر في
شرح الطحاوي ان هذه ثلاث مراتب الاولى العقد والاستثناء فاسدان نحو البيع والاجارة والكتابة والرهن
الثانية العقد والاستثناء فاسد نحو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح من دم العمد ويدخل في العقد
الام والولد جميعا وكذلك العتق اذا اعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء الثالثة
العقد والاستثناء صحيحان نحو الوصية اذا اوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح ولهذا كما اذا اوصى
بجارية واستثنى خدمتها او غلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لان الخدمة والغلة لا يجري فيها الميراث دون
الاصل الا ترى انه لو اوصى بخدمتها وغلتها لانسان ثم مات الموصى له بعد ما صحت الوصية فانها تعود الى ورثة
الموصي ولا يكون الخدمة موروثة عن الموصى له ولو وقع العقود على ما في البطن اما عقد البيع فلا يجوز ولذلك

عليه

عليه لا يجوز وان قبلت ولذلك الهبة والصدقة لا يجوز وان سلم الامر الي الموهوب له ولو تزوج عليه فالتسمية باطلة
ووجب مهر المثل ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فالصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية باطلة ويكون
للولي على القاتل الدية وانما جاز عتق ما في البطن لان العتق يتأتى وما في البطن مرقوق وكذلك الوصية في
البطن يصح اذا علم وجوده وقت الوصية ولو خالع امرأة على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد
اذا كان موجودا في البطن وقت الخلع وان لم يكن موجودا اما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا فلا سبيل
للزوج على ما في البطن وكذلك لو قالت اخلعني على ما في بطني ولم تقل من ولد فلا شيء له عليها ولو قالت
من الولد فانه يرجع عليها بما ساق من المهر لانها غرت الزوج حين قالت من ولد وليس في بطنها ولد واذا
لم تقل من ولد لم تغره وهذا كذا اذا قالت اخلعني على ما في يدي او على ما في صندوقي هذا من شيء او لم
تقل شيئا فان كان فيه شيء فللزوج وان لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء لانها لم تغره حيث لم تسم
له مالا فاما اذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع فان كان فيه شيء من متاع فهو له وان لم يكن رجع
عليها بما ساق لها من المهر م ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها ش اي الجارية م جازت لانه لم يبق الجنين على
ملكه ش اي على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل م ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل
يبقى على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء م في التحرير لان الجواز في الاستثناء كان باطلا وجعل الحمل موهوبا
م لا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع ش يعني لا يجوز فيما يقسم وروي ان هبة الام يجوز
بعد التدبير وكذا ذكره في المبسوط ويمكن ان يكون قول المصنف فلم يكن شبيه الاستثناء جوابا لورود هذه الرواية
اي في التحرير لان الجواز في الاستثناء كان باطلا وجعل الحمل موهوبا فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل
القسمة وهي جائزة الجواب ان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين
لم يخرج من ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السؤال ادرجه
بقوله م اذ وهبه شيء ش يفسد الهبة لان التقدير او يبقى هبة شيء فيكون حالا عن الضمير الذي في يبقى هو مشغول
بملك الواهب ش كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح لهبة المشاع وفي نوادر هشام
قال ابو حنيفة اذا وهب لابنه الصغير ارضا وفيه زرع الاب او وهب منه دارا والاب ساكن فيها لم يجز
الهبة فيهما وفي الهاروني المجرد قال ابو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له وفيها متاع الرجل
او كان الاب فيها ساكن او فيها متاع له وليس بساكن فيها او قوم سكان بغير اجر جازت فكان قابضا لابنه ولو كان
فيها سكان بغير اجر لجازت فكان قابضا لابنه ولو كان فيها سكان باجر كانت الصدقة باطلة فان قيل قد
نقل في الايضاح مسالة هبة الجارية بعد التدبير شبيه الاستثناء وهبتها بعد الاعتاق غير شبيه الاستثناء
فيعكس ما ذكره المصنف فما التوفيق بينهما قلت مراد صاحب الايضاح بالاستثناء الحقيقي
وهو التكلم بالباقي بعد الثنيا ولكن لم يصح الهبة بذلك الاستثناء لكان الشيوع وهذا يتحقق في مسالة التدبير لبقاء
الملك في المدبر وفي مسالة الاعتاق لم يكن في معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع فصح والمصنف اراد بالاستثناء
استثناء الحمل وفي مسالة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فايدة صاحب
الايضاح هو الامام ركن الدين ابو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن اميرويه بن محمد بن ابراهيم الكرماني قال السمعاني
في معجم شيوخه امام اصحاب ابي حنيفة بخراسان مما ذكره وتفقه على القاضي محمد بن الحسين الارسابندي
فخر القضاة ظهرت تصانيفه بخراسان والعراق ومن تصانيفه الجامع الكبير والتجريد في الفقه في مجلد واحد وشرحه
في ثلاث مجلدات وسماه الايضاح قال السمعاني سمعت منه وكانت ولادته بكرمان في شوال سنة سبع وخمسين
واربعمائة ومات بمرو عشية الجمعة العشرين من ذي القعدة سنة ثلاث واربعين وخمسمائة رحمه الله تعالى
م فان وهبها على ان يردها ش اي فان وهبها جارية له اي لفلان مثلا على ان يردها عليه م او على ان يعتقها
او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرده عليه ش اي على الواهب م شيئا منها ش هذا
متصل بقوله او تصدق عليه بدار لانه لو وصله بقوله او وهب دارا كانت هبة بشرط العوض والهبة
بشرط العوض صحيح حتى تكون هبة ابتداء وبيعا انتهاء وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة
اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها سوى ان يرد بعض الدار الموهوب له على الواهب بطريق العوض لكن
الدار فيصح صرف قوله ان يعوضه حينئذ الى قوله او وهب دارا الا انه يلزم التكرار بلا فائدة فالاولى ان يقال
قلت لا يلزم لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا انما هو بالفاظ متعددة ذكرها م وفي الجامع الصغير عن يعقوب

عن ابي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد
عليه ولا يعوضه منها شيئا وقال الاسبيجابي في شرح الكافي فان كانت الهبة الف درهم والعوض
درهم منها لم يكن ذلك عوضا لان الشيء لا يصلح ان يكون عوضا عن نفسه وكان للواهب ان يرجع في هبته لانعدام
العوض ولذلك اذا كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وان وهب حنطة فطحن بعضها فعوضه دقيقا من تلك
الحنطة كان عوضا لانه بالطحن صار شيئا اخر فانقطع حق الواهب عنه فصار عوضا ولذلك لو وهب لها ثيابا فصبغ
منها ثوبا بالعصفر او خاطه قميصا ثم عوضه اياه لان الزيادة القائمة بالثوب صلح عوضا وبذا انقطع حق المالك
عنه ولذلك لو وهب له سويقا فلت بعضه ثم عوضه بعضه م فالهبة جائزة ش هذا جواب ان في قوله فان
وهبها الح م والشرط باطل ش وبه قال الشافعي واحمد في رواية وابو ثور وعن ابي ثور واحمد في صحة الهبة بالشرط
الفاسد وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع م لان هذا الشروط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك
مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد والاعتاق او غير ذلك لعدمها فكانت فاسدة والهبة لا تبطل ش اي
بالشروط الفاسدة فان قلت للواهب حق فيكون اشتراطه الرد عليه عبارة عن ذلك الحق الثابت قلت قوله
على ان يرد احبار عن لزوم الرد ولزومه غير ذلك الحق اذ ليس من حق لزوم الرد م الا ترى ش اشارة الى بيان اصل
ذلك وهو م ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر ش يعني في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها
ميراثا لورثة المعمر له والحديث اخرجه جماعة البخاري عن ابي سلمة عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يقول العمرى لمن وهبت له واخرجه مسلم ايضا عن ابي الزبير عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امسكوا
عليكم اموالكم لا تعمروها فانه من اعمر عمرى فانها للذي اعمرها حيا وميتا واخرجه ابو داود والنسائي عن
عروة عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العمري جايزة فان قلت يشكل
على هذا ما اخرجه مسلم عن الزهري عن ابي سلمة عن جابر قال انما العمرى التي اجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يقول هي لك ولعقبك فاما اذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها قال معمر وكان الزهري يفتي
به قلت هذا مقيد بالعقب وغيره من الاحاديث مطلقة ونحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعا ولا نبني
المطلق بالمقيد م بخلاف البيع ش فانه يبطل بالشروط الفاسدة م لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ش هذا
الحديث اخرجه الحارثي في مسند ابي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع وشرط وقد طعنوا في هذا الحديث وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب البيوع ولان الشرط الفاسد
في معنى الربو لانه لما قوبل المبيع بالثمن خلا الشرط عن العوض وفيه منفعة لاحدهما وللمعقود عليه وهو من اهل
الاستحقاق ولبس الربو الا مال مملك بالعقد من غير ان يكون عوض والشرط الذي قلنا له حكم المال لانه يجوز
له اخذ العوض عليه وهي يعمل في المعاوضات دون التبرعات ش والهبة ليست من المعاوضات فلا تبطل
بالشرط قال ش اي في الجامع الصغير م ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او
قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل ش لانه كان باطلا م لان الابراء تمليك من وجه ش لانه يرتد
بالرد م اسقاط من وجه ش لانه لا يتوقف على القبول وهبته بالدين ممن عليه ابراء ش وبه قال الشافعي وهل يفتقر
الابراء الى القبول عنده فيه وجهان في وجه يفتقر قلت هذا الكلام لا يستقيم على قول زفر لانه
قال تتم هبة الدين بلا قبول كالابراء تسوى بينهما اما عندنا الهبة لا تتم بدون القبول والابراء يتم من غير قبول
مثلما ذكره في المبسوط ولكن ذكر في المغني ان هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون اما هبة الدين
للكفيل تمليك فيتوقف على القبول وفيه ان هبة دين الصرف والسلم فيه وابراءه يتوقف على القبول في
سائر الديون لا يتوقف الابرا باتفاق الروايات وفي الهبة روايتان قلت في الفرق بينهما
ان بدل الصرف والسلم فيه يوجب انفساخ العقد لانه يوجب فوات القبض المستحق فلم ينفرد احدالعاقدين
به فيتوقف على قبول الاخر بخلاف الابراء عن سائر الديون لانه ليس فيه معنى عقد ثابت وانما فيه معنى
التمليك من وجه ومعنى الاسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول الا في الذخيرة م وهذا ش توضيح لكون
الابرا تمليكا من وجه واسقاطا من وجه لان الدين مال من وجه ش حتى تجب فيه الزكاة ويصح البيع بالدين
وفي بعض النسخ انه مال اي لان الدين م ومن هذا الوجه كان تمليكا ش اي الابراء م ووصف من وجه
ش يعني انه ليس بمال حتى لا يحنث لو حلف ان لا مال له وله ديون على الناس م ومن هذا الوجه كان اسقاطا
م وهذا ش اي ولاجل هذين المعنيين م قلنا انه يرتد بالرد ش هذا اية التمليك م ولا يتوقف على القبول

ش

ش هذا اية الملك م ولا يتوقف على القبول ش هذا اية الاسقاط واطلاق قوله يرتد بالرد يفيد ان عمل الرد
في المجلس وغيره سوا وهذه هي الرواية عن السلف الا ما روي عن الاعمش والاشكال من وجوب الرد في مجلس
الابرا والهبة م والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق لان
التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز ان يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والاقرار بالمال
والحجر على المأذون وعزل الوكيل واما الابرا وان كان اسقاطا من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها
فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال انت بريء من النصف على ان تؤدي الى النصف الان لان ذلك ليس
بتعليق بل هو تقييد الا ترى انه لو قال لعبده انت حر على ان تؤدي الي الف درهم فقبل فانه لا يعتق قبل
الاداء كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي م فلا يتعداها ش اي فلا يتعدي الاسقاطات المحضة الى ما فيه تمليك
قال ش اي القدوري م والعمرى جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعد مماته م وهو قوله عليه السلام اجاز
العمرى وابطل شرط المعمر وقد بيناه عن قريب وبقولنا قال الشافعي واحمد وهو قول جابر بن عبد الله وعبد الله
ابن عباس وعبد الله ابن عمر وعلي رضي الله عنه وروي عن شريح ومجاهد وطاوس والثوري وقال مالك
والليث والشافعي في القديم العمرى تمليك المنافع لا تمليك العين ويكون للمعمر السكنى فاذا مات عادة الى المعمر ان
قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر وفي الجواهر اما العمرى نصورتها ان يقول
اعمرتك داري او ضيعتي فانه قد وهب له الانتفاع بذلك مدة حياته حكمها الجواز فاذا مات رجعت الرقبة
الى المالك الذي هو المعمر فان قال اعمرتك وعقبك فانه قد وهب له ولعقبه الانتفاع ما بقي منهم انسان
فاذا لم يبق منهم احد رجعت الرقبة الى المالك الذي هو المعمر لانه وهب له المنفعة ولم يملك الرقبة ولذلك
اذا قال اسكنتك هذه الدار عمرك او وهبتك سكناها عمرك او قال هي لك سكنى او لك ولعقبك سكنى فاذا مات
المعمر او انقرض عقبه بعد وفات المعمر الواهب رجعت الرقبة الى وارث المعمر يوم مات انتهى م ومعناه ش اي معنى
العمرى اراد تفسيره م ان يجعل داره له عمره ش اي مدة عمره م واذا مات ترد عليه ش اي المعمر بفتح الميم الثانية م ترد عليه
اي على المعمر بكسر الميم الثانية وقيل صورته ان يقول اعمرتك داري هذه او هي لك عمري او
ما عشت او مدة حياتك او حييت فاذا امت فهي رد علي او نحو هذا سميت عمرى لتقييدها بالعمر فان قلت روي
عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في ان العمرى والرقبى والمنحة والعارية والسكنى انها على ملك اربابها ومنافعها
لمن جعلت له ونقل اجماع اهل المدينة على ذلك قلت دعوى اجماع اهل المدينة غير صحيحة لاختلاف كثير
من الصحابة رضي الله عنهم وقوله انها عند العرب تمليك المنافع ولا يضر اذا نقلها الشارع الى تمليك الرقبة كما في
الصلاة والزكاة م فيصح التمليك ويبطل الشرط ش لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة م والرقبى باطلة عند
ابي حنيفة ومحمد وبه قال مالك وهي ان يقول ارقبتك هذه الدار وهي لك حبيس على انك ان مت قبلي
عادت الي وان مت قبلك فهي لك ولعقبك فكانه يقول هي لآخرنا موتا سميت رقبى لان كل واحد يرتقب موت
صاحبه وقال الحسن ابن زياد في المجرد وان قال فقد ارقبتك داري هذه كانت عارية وان قال هي لك رقبى كانت
هبة اذا اقبضها اليه وقال الكرخي في مختصره وقال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا قال الرجل للرجل
هذه الدار لك رقبى فدفعها اليه او قال هذه الدار لك حبيس فهي له اذا قبض وقوله حبيس باطل وكذلك
اذا قال هي لك رقبى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اذا قال داري لك رقبى او داري لك
هذه حبيس قال ابو حنيفة ومحمد انه يكون عارية وقال ابو يوسف تكون هبة م وقال ابو يوسف جايزة ش
وبه قال الشافعي واحمد لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد ش لانه تعليق بالخطر كان ماخوذا
من المراقبة وان كان من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار م كالعمرى ش في الجواز م ولهما ش اي ولابي حنيفة
ومحمد م انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ش لم يثبت رد الرقبى وقال ابن قدامة في المغني وحديثهم انه عليه
السلام اجاز العمرى ورد الرقبى لا نعرفه وقال الاترازي هذا لا يوجب الطعن فان الثقات مثل مالك وابو
حنيفة عملوا به قلت هذا الكلام لا يرضى به الخصم ولا يقع به وليف ولم يبين من منهم رواية
ولا حالهم ومن اي صحابي اخرج ومن خرجه من اهل هذا البيان وفي المبسوط حديثه مروي عن ابي الزبير عن
جابر وحديثهما مروي عن الشعبي عن شريح والحديثان صحيحان ولا بد من التوفيق بينهما فيقول الرقبى قد يكون بمعنى
الارقاب وقد يكون بمعنى الترقب فحيث قال اجاز الرقبى كان بمعنى الارقاب بان يقول رقبة داري لك
وحيث قال رد الرقبة كان من الترقب وهو ان يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك وان

وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك باطل شرعا لما احتمل العيان والملك
الذي اليك فيها ثابت بيقين فلا تزيله بالشك والجواب عن قوله داري لك تمليك وذلك انما يصح اذا لم يفسر
هذه الاضافة بشيء اما اذا فسره بقوله رقبى او حبيس تبين به انه ليس تمليك كما في قوله داري لك سكنى
تكون عارية وقوله انه من الارقاب بمعنى رقبته داري لك الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله احد وايضا نفي
في اللغة ليس بمستحسن والصواب انه بمعنى المراقبة والترقب واما **قوله** الحديثان صحيحان فان كان ذلك
فالتاويل ظاهر وهو انه يراد بالرد والابطال شرط الجاهلية وبالاجازة ان يكون ذلك تمليكا مطلقا
ويدل عليه ما روى جابر انه عليه السلام قال امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فمن عمر شيئا فهو له الا ترى انه
عليه السلام نهى ثم اجاز على اختلاف الغرضين ويبقى الاشتقاق على اصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى انتهى
قلت قول ابي يوسف القوي وهو مذهب احمد والثوري وذلك لان حديث جابر رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال العمرى جايزة لاهلها والرقبى جايزة لاهلها رواه ابو داود والنسائي وحسنه الترمذي
واخرج النسائي ايضا عن حجاج ابن ارطاة عن ابي الزبير عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا من اعمر شيئا
فهي لمن اعمرها جايزة ومن ارقب رقبة فهي لمن ارقبها جايزة وقال ابن المنذر وروينا عن علي رضي الله عنه
انه قال الرقبى والعمرى سواء **قوله** الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله احد فيه نظر لانه لا يلزم بيان
الاشتقاق النص من جهة احد بل كل موضع يوضع فيه حد الاشتقاق وشرائطه يصح ان يقال هذا
مشتق من ذاك وهاهنا كذلك على ما لا يخفى م لان معنى الرقبى تكون عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ
من المراقبة ش يعني مشتق منها م لانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ش اراد بالخطر موت المملك
قبله م واذا لم يصح ش اي الرقبى م يكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به ش وذلك لانه اطلق
له الانتفاع وحاصل اختلافهم راجع الى تفسير الرقبة مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف هذا اللفظ
على انه تمليك والرجوع الى الواهب مستطر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معناه لاخرنا موتا
فكان هذا تعليقا للتمليك بالخطر وذا باطل **وفي الاسرار** حمل ابو يوسف حديث بطلان الرقبى على انه عليه
السلام سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب موتي ان مت قبلك فهي لك فعلى هذا الوجه لا يصح بالا
تفاق وعلى الوجه الاول كالعمري فيصح بالاتفاق **م فصل في الصدقة** ش لما شاركت الصدقة
الهبة في الشروط وخالفتها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصلها بفصل م قال ش اي القدوري م والصدقة
كالهبة لا تصح الا بالقبض ش قال الرازي لما روى اصحابنا في شرح المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه
السلام قال لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وهذا الحديث حجة على الشافعي في تجويزه الصدقة بلا قبض قلت للشافعي
ان يقول هذا ليس بثابت ولئن ثبت فهذا قول الصحابي وقول الصحابي ليس حجة عندي م لانه ش اي لان
الصدقة والتذكير باعتبار التصدق ش تبرع كالهبة م ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ش اراد
به قوله لان تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة م ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
وقد حصل ش اي المقصود فصارت كهبة عوض عنها فان **قلت** حصول الثواب في الآخرة فلم
من الله ليس بواجب لنا ابن يقطع بحصوله قلت يمكن ان يكون المراد حصول الوعد بالثواب م وكذا اذا تصدق على
غني ش يعني لا يرجع م استحسانا لانه قد يتصدق بالصدقة على الغني الثواب ش فان من له نصاب وله عيال
كثيرة فالناس يتصدقون عليه على نيل الثواب وهذا يتادى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه ولا رجوع فيه
بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع بالشك وفي القياس ينبغي ان يرجع لان الصدقة على
الغني هبة وبه قال بعض اصحابنا لانه انما يقصد به العوض منه دون الثواب فصار الهبة والصدقة
في حق الفقير سواء م وكذا اذا وهب لفقير ش يعني لا يرجع م لان المقصود ش من الهبة للفقير الثواب وقد
حصل ش اي المقصود قال ش ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما تجب فيه الزكاة ش اعتبارا لايجاب
عباد الله تعالى فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة والعشرية والارض العشرية
ولا يتصدق بغير ذلك من الاموال لانها ليست باموال الزكاة وقال زفر يجب اخراج الجميع لعموم اللفظ كالاول
وفي الروضة لو قال مالي صدقة او في سبيل الله ففيه اوجه احدها وهو الاصح عند الغزالي وقطع القاضي
حسين به انه لغو لانه لم يات بصيغة الالتزام **والثاني** انه كما لو قال علي ان اتصدق بمالي فيلزمه التصدق
والثالث يصير ماله بهذا اللفظ صدقة وذكر في التتمة ان كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر او نواه

فهو

فهو كما لو قال علي ان اتصدق بمالي اذا انفقه في سبيل الله والا فلغو واما اذا قال ان كلمت فلانا او فعلت كذا فمالي
صدقة فالذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي انه بمنزلة قوله فعلي ان اتصدق بمالي او جميع مالي وطريق
الوفا ان يتصدق بجميع ماله واذا قال في سبيل الله يتصدق بجميع ماله على الغزاة انتهى وذا في غيره انه ان علقه
بشرط المنع كان يمينا فاذا حنث فعليه كفارة م ومن نذر ان يتصدق بالجميع اي جميع ما يملكه لان الملك اعم من
المال لانه قد يملك غير المال مثل القصاص والنكاح والخمر فوجب العمل بعمومه ولكن يحبس قدر ما ينفق به على
نفسه وعياله الى حين يكسب ما لا اخر فيخرج مثله ولا يقدر بشيء لان الناس يتفاوتون في ذلك باختلاف احوالهم
في النفقات م وروي انه ش اي الملك م والاول ش اي المال م سواء ش لان الملك عبارة عن الربط والشد والمال
ما يميل اليه القلب فيكون في معنى الربط والشد فيتناسبان وهذه الرواية رواية الحاكم الشهيد م وقد ذكرنا الفرق
ش اي بين المال والملك ووجه الروايتين في مسائل القضاء ش اي من هذا الكتاب في مسألة مالي صدقة على المساكين
م ويقال له ش اي للناذر يتصدق بملكه م امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسبت
م لا يتصدق على ما انفق وقد ذكرناه من قبل ش اي في كتاب القضاء في باب القضاء بالمواريث **وفي الغاية** ثم
انه يمسك قوته في قوله جميع ما املك صدقة لانه لا بد له منه ولكن لم يبين في المبسوط والجامع الصغير مقدار
ما يمسك من القوت فقال مشايخنا ان كان دهقانا يمسك قوت سنة لان القوت للدهقان يتجدد كل سنة وان كان
تاجرا يمسك قوت شهر لان التاجر لا يتحقق كل حين وانما يتفق في بعض الاحايين فقدرنا بالشهر وان كان محترفا
يمسك قوت يومه لانه يتجدد له قوت كل يوم ثم اذا وجد شيئا يتصدق بمقدار ما امسك للقوت لانه استهلك
قدر القوت من المال الذي لزمه التصدق به فصار ضامنا لمثله **فروع** وفي فتاوي الكبرى اذا تصدق
عن الميت او دعي له يصل ثواب ذلك على الميت وبه قال احمد وقال الشافعي لا يلحق الميت ما يفعله عنه من صدقة
يتصدق بماله او دعا بدعواته او قراءة قرآن اذا قال لله علي ان اتصدق بهذا الدرهم ولم يتصدق حتى هلك في يده
فلا شيء عليه كذا في الذخيرة رجل اخرج الخبز الى المسكين فلم يجده فهو بالخيار ان شاء ادى الى مسكين اخر وان شاء لم يؤد
لانه لم يخرج عن ملكه كذا في التجنيس رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والاب ساكنها **قال** ابو
حنيفة لا يجوز وقال ابو يوسف يجوز وعليه الفتوى كذا في النوازل ولو قال دري في المساكين صدقة فعليه
ان يتصدق بها وان تصدق بقيمتها اجزاه كذا في الاختيار والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب